



Centro di
Documentazione europea - UniCT



Università di Catania

I quaderni europei

Scienze giuridiche



IL DIALOGO TRA CORTE DI GIUSTIZIA,
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO,
CORTE COSTITUZIONALE E CORTE DI CASSAZIONE
SULLA TUTELA EFFETTIVA DEI DIRITTI FONDAMENTALI
DEI LAVORATORI A TERMINE: LA SENTENZA *CARRATÙ-PAPALIA*
DELLA CORTE DEL LUSSEMBURGO

Vincenzo De Michele

Gennaio 2014

n. 60

Vincenzo De Michele

Il dialogo tra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale e Corte di Cassazione sulla tutela effettiva dei diritti fondamentali dei lavoratori a termine: la sentenza Carratù-Papalia della Corte del Lussemburgo

Università di Catania - *Online Working Paper* 2014/n. 60

URL: http://www.cde.unict.it/quadernieuropei/giuridiche/60_2014.pdf

© 2014 Vincenzo De Michele

Università degli Studi di Catania in collaborazione con il Centro di documentazione europea - *Online Working Paper*/ISSN 1973-7696

Periodico mensile registrato al Tribunale di Catania il 22 ottobre 2013 con il numero 15

Vincenzo De Michele, Avvocato del Foro di Foggia

La collana *online* “*I quaderni europei*” raccoglie per sezioni (scienze giuridiche, scienza della politica e relazioni internazionali, economia, scienze linguistico-letterarie, serie speciali per singoli eventi) i contributi scientifici di iniziative sulle tematiche dell'integrazione europea dalle più diverse prospettive, avviate da studiosi dell'Ateneo catanese o da studiosi di altre Università italiane e straniere ospiti nello stesso Ateneo.

I *papers* sono reperibili unicamente in formato elettronico e possono essere scaricati in formato pdf su: <http://www.cde.unict.it/quadernieuropei>

Responsabile scientifico: Nicoletta Parisi

Comitato Scientifico: Fulvio Attinà - Vincenzo di Cataldo - Enrico Iachello - Bruno Montanari - Nicoletta Parisi - Roberto Pennisi - Giacomo Pignataro - Guido Raimondi – Pippo Ranci - Ilde Rizzo - Franco Romerio - Giuseppe Tesauro - Antonio Tizzano - Bert Van Roermund - John Vervaele - Joseph Weiler

Comitato di redazione: Annamaria Cutrona - Antonio Di Marco - Nadia Di Lorenzo - Giovanna Morso - Valentina Petralia - Chiara Raucea

Edito dall'Università degli Studi di Catania in collaborazione con il Centro di documentazione europea d'Ateneo.

Via Umberto, 285 B - 95129 – CATANIA

tel. ++39.095.8737802 - 3

fax ++39.095.8737856

www.cde.unict.it

**IL DIALOGO TRA CORTE DI GIUSTIZIA, CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO,
CORTE COSTITUZIONALE E CORTE DI CASSAZIONE SULLA TUTELA EFFETTIVA DEI LAVORATORI
A TERMINE: LA SENTENZA *CARRATÙ-PAPALIA* DELLA CORTE DEL LUSSEMBURGO**

Vincenzo De Michele

Abstract

Nel lavoro si prendono in esame le questioni pregiudiziali UE "italiane" sollevate dalla Corte costituzionale, dalla Cassazione, dal Tribunale di Napoli e dal Tribunale di Aosta sulla tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori a tempo determinato nel pubblico impiego, per rappresentare i complessi, controversi e difficili rapporti tra i Giudici nazionali e la Corte di giustizia dell'Unione europea per la soluzione di problemi strutturali dell'ordinamento interno, che riguardano centinaia di migliaia di dipendenti pubblici e, più in generale, le pratiche di *dumping* dello Stato in un mercato economico solo formalmente concorrenziale. Il saggio si conclude segnalando che la sentenza *Carratù* e la contestuale ordinanza *Papalia* della Corte di giustizia manifestano la possibilità che l'integrazione europea sul rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali abbia trovato un punto di approdo significativo nel dialogo diretto e spesso informale tra le Alte Corti nazionali e le Corti di Lussemburgo e di Strasburgo, per ricostruire quel *droit acquis communautaire* che la crisi politica, sociale ed economica dell'Italia e dell'Europa sembrava aver smantellato.

In the paper we examine the "Italian" questions EU raised by the Constitutional Court, the Supreme Court, the Court of Naples and the Court of Aosta on the protection of fundamental rights of temporary workers in the public sector, to represent the complex, controversial and strained relations between national judges and the Court of Justice of the European Union for the solution of structural problems of the internal, which affect hundreds of thousands of civil servants and, more generally, the dumping of the Italian State in a market statement only formally competitive. The paper concludes pointing out that the judgment *Carratù* and contextual *Papalia* order of the Court of Justice show manifests the possibility that European integration on strengthening the protection of fundamental rights has found a landing point in significant direct and often informal dialogue between the national High Courts and the Courts of Luxembourg and Strasbourg, to rebuild the *droit acquis communautaire* that the political crisis, social and economic of Italy and Europe seemed to be dismantled.

Keywords

Corte di giustizia - Corte europea dei diritti dell'uomo - Corte costituzionale (italiana e tedesca) - Corte di cassazione (italiana e francese) - integrazione europea - *dumping* statale - tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori pubblici a tempo determinato - principio di equivalenza della tutela - clausole di maggior favore nelle direttive sociali - Stato e applicazione diretta delle norme attuative di direttive sociali - *Carratù* - *Papalia* - *Mangold* - *Vino* - *Sorge* - *Scattolon* - *Agrati* - *Montalto* - *Association de médiation sociale* - *Napolitano* - *Porcellum*

Court of Justice - European Court of Human Rights - Constitutional Court (Italian and German) - Court of Cassation (Italian and French) - European integration - dumping state - The protection of the fundamental rights of public workers temporary - Principle of the equivalence of protection - In terms more favorable social directives - State and direct application of the implementing rules of social directives - *Carratù* - *Papalia* - *Mangold* - *Vino* - *Sorge* - *Scattolon* - *Agrati* - *Montalto* - *Association de médiation sociale* - *Napolitano* - *Porcellum*

**IL DIALOGO TRA CORTE DI GIUSTIZIA, CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO,
CORTE COSTITUZIONALE E CORTE DI CASSAZIONE SULLA TUTELA EFFETTIVA
DEI DIRITTI FONDAMENTALI DEI LAVORATORI A TERMINE:
LA SENTENZA *CARRATÙ-PAPALIA* DELLA CORTE DEL LUSSEMBURGO**

di Vincenzo De Michele

Sommario. 1. Premessa: la “novità” e l’importanza eccezionale delle ordinanze di rinvio pregiudiziale UE della Corte costituzionale e della Cassazione sui contratti a tempo determinato nel pubblico impiego scolastico e nel lavoro marittimo: a) il cavallo di Troia del finto inchino della Corte costituzionale alla Corte di giustizia; b) gli abusi di Stato sulla flessibilità del lavoro come causa dell’ingorgo giurisdizionale in Corte di giustizia; c) evoluzione della “causa” delle ordinanze pregiudiziali italiane sul contratto a termine: richiesta di comporre i contrasti giurisprudenziali interni alla Corte di giustizia; d) la risposta anticipata delle Sezioni unite della Corte di giustizia nella sentenza *Carratù-Papalia*. – 2. Gli abusi del legislatore e dello Stato sulle regole e sui processi in materia di lavoro temporaneo: scambio di informazioni “riservate” sulla svolta europea della Corte costituzionale: a) ci mancava la Corte costituzionale!; b) la centralità dell’ordinanza *de iure condendo* della Corte costituzionale nella causa *Carratù*. – 3. Le osservazioni scritte e orali della lavoratrice, della Commissione europea, di Poste italiane e dell’Avvocatura dello Stato nella causa *Carratù* sull’art. 32, commi 5 e 7, della legge n. 183/2010: a) i fatti della causa principale *Carratù* raccontati dalla Corte di giustizia nella sentenza; b) le osservazioni orali della difesa della lavoratrice all’udienza del 5 giugno 2013; c) le osservazioni scritte e orali della Commissione europea, di Poste italiane e del Governo italiano sulla natura pubblica o privata dell’impresa statale; d) le osservazioni orali della lavoratrice *Carratù* sulla natura pubblica di Poste italiane. – 4. Le conclusioni “provvisorie” dell’Avvocato generale Wahl in Corte di giustizia nella causa *Carratù*: a) le conclusioni dell’Avvocato generale Wahl scritte prima delle ordinanze pregiudiziali delle Alte Corti nazionali; b) l’erronea ricostruzione normativa e fattuale della fattispecie di causa da parte dell’A.G.; c) il giudizio etico e non giuridico nelle conclusioni dell’Avvocato generale Wahl; d) l’erroneo riferimento dell’A.G. alla sentenza *Scattolon* nella non soluzione della questione della norma retroattiva che incide sull’equo processo; e) il giudizio acritico di disvalore etico del comportamento dei lavoratori che abuserebbero del processo serve a coprire le carenze di uno Stato sociale inefficiente. – 5. Gli errori della *Mangold* e la perdita di credibilità della Corte di giustizia nell’interpretazione della direttiva 1999/70/CE: a) l’interpretazione *ad personam* nella sentenza *Mangold* sulla causa intentata da Helm; b) gli effetti negativi della sentenza *Mangold* nel dialogo/confitto tra le Alte Corti; c) il peccato originale da nascondere: l’autonomia della flessibilità contrattuale della Commissione europea negata dalla sentenza Vitari della Corte di giustizia su una questione “italiana”. – 6. Il recepimento della direttiva 1999/70/CE in Germania e la spinta alla flessibilità per i dipendenti privati e pubblici attraverso la causalità definita senza contratti successivi: a) la legislazione tedesca attuativa della direttiva 1999/70/CE; b) la normativa tedesca attuativa dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato e la CGUE; c) la sentenza *Deutsche Lufthansa* corregge gli errori della decisione *Mangold* per la Germania; d) il problema dell’abuso del precariato pubblico tedesco nelle cause *Jansen e Küçük*; e) le “eloquenti” e inizialmente occultate conclusioni dell’Avvocato generale Jääskinen nella causa *Jansen* sull’abuso finanziario degli Stati nell’utilizzo dei contratti a termine; f) la sentenza *Küçük* della Corte di giustizia sulla concatenazione dei contratti causali. – 7. Il mercato del lavoro nel pubblico impiego italiano prima della direttiva 1999/70/CE: le spinte verso l’externalizzazione dei servizi e la demolizione del sistema di collocamento monopolista. – 8. La giurisprudenza interna sollecita il legislatore nazionale a riformare il mercato del lavoro attraverso il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. – 9. Il problematico recepimento della direttiva 1999/70/CE in Italia e la flessibilità a diversa modularità “etica” con identità di norme per i dipendenti privati e per il precariato pubblico: a) le pronunce della Corte costituzionale sui *referendum* in materia di flessibilità del lavoro in entrata e in uscita come antifatto giuridico del d.lgs. n. 368/2001; b) la sentenza n. 419 del 2000 della Corte costituzionale in favore degli abusi normativi di Poste italiane; c) la chiamata in correità della Corte di giustizia nella sentenza n. 419/2000 della Consulta; d) l’assenza di misure preventive antiabusive sul precariato pubblico prima del d.lgs. 368/2001; e) il decreto legislativo n. 368 del 2001 attuativo della direttiva 1999/70/CE per tutti i settori. – 10. La diversificazione delle tutele “interne” in caso di abuso del contratto a termine: le ipotesi ordinarie di riqualificazione a tempo indeterminato e la “conversione” ad esaurimento per nullità del termine: a) la riqualificazione del contratto a tempo determinato nella legge n. 230/1962; b) la tutela speciale/civilistica della riqualificazione contrattuale nell’art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001, ricostruita dalla giurisprudenza della Cassazione e della Corte di giustizia; c) la tutela speciale della riqualificazione contrattuale dei contratti successivi nell’art. 5, commi 3, 4, 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001; d) ricostruzione sistematica dell’apparato sanzionatorio in caso di utilizzo irregolare del contratto a tempo determinato, anche alla luce della sentenza *Carratù* della Corte di giustizia. – 11. Il vano tentativo della Corte costituzionale e della Corte di giustizia di frenare il legislatore nazionale nella liberalizzazione dell’accesso al reclutamento pubblico attraverso i contratti flessibili per esigenze permanenti delle pubbliche amministrazioni e senza selezione concorsuale: a) la ignorata ordinanza n. 251/2002 della Corte costituzionale sui docenti precari della scuola; b) l’ordinanza n. 251/2002 della Corte costituzionale e l’involuzione del sistema di finanziamento della previdenza integrativa nel pubblico impiego; c) le sentenze di vantaggio fiscale della Corte costituzionale in favore dello Stato postale; d) la sentenza n. 89/2003 della Corte costituzionale sui collaboratori scolastici che non hanno mai fatto il concorso pubblico e mai lo faranno; e) il problema etico sollevato dalla Corte

costituzionale sul precariato pubblico senza concorso; f) la 1ª ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del Tribunale di Genova sul precariato pubblico sanitario; g) la sibillina e provvisoria risposta indifferenziata della Corte di giustizia alle ordinanze del Tribunale di Genova nelle sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*. - 12. L'estensione del campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE ad ogni singolo e anche unico contratto a tempo determinato: la sentenza *Del Cerro*: a) la sentenza *Del Cerro Alonso* e la ritrovata competenza della Corte di giustizia sin dal primo contratto a tempo determinato sia per le condizioni di impiego che per le misure sanzionatorie; b) gli effetti positivi della sentenza *Del Cerro* sulla legislazione italiana. - 13. Il ritorno giurisprudenziale in Italia alla "causalità" temporanea e "tipizzabile" sin dal primo o unico contratto a termine: a) la sentenza n. 44 del 2008 della Corte costituzionale e la sentenza n. 12985/2008 della Cassazione riformano in Italia, prima della Germania, la sentenza *Mangold* della CGUE; b) la sentenza *Angelidaki* della Corte di giustizia sul primo e unico contratto a termine; c) la sentenza n. 214 del 2009 della Corte costituzionale sul d.lgs. n. 368/2001 come Testo unico e la sentenza *Sorge* della CGUE sul superamento definitivo della legge n. 230/1962; d) l'inammissibile contrasto giurisprudenziale della Corte di giustizia sul primo e unico contratto a tempo determinato tra le ordinanze *Vino* e la sentenza *Gavieiro Gavieiro* e *Iglesias Torres*; e) la debolezza della Corte di giustizia nella tutela dei diritti fondamentali senza il dialogo con le Alte Corti nazionali; f) il rispetto per la primazia del diritto comunitario e gli errori della *Mangold* nel condizionamento della giurisprudenza di merito italiana sulla causale finanziaria Poste; g) la Corte costituzionale e la causale finanziaria nella sentenza n. 214/2009, in attesa degli ulteriori chiarimenti della Corte di giustizia sulla sentenza *Mangold* e sul primo contratto a termine. - 14. La Corte EDU dichiara irricevibile il ricorso dei lavoratori contro le due ordinanze *Vino* della CGUE sulla acausalità contrattuale in favore di Poste italiane, per consentire alla Corte di giustizia con la sentenza *Carratù* di correggere gli errori interpretativi e procedurali: a) la sentenza n. 107/2013 della Corte costituzionale, le ordinanze di rinvio pregiudiziale della Cassazione sul lavoro marittimo e il ricorso alla Corte EDU contro le ordinanze *Vino* invitano la Corte di giustizia a modificare la legittimazione al primo contratto acausale a tempo determinato; b) il ricorso alla Corte EDU contro le ordinanze *Vino* della CGUE e la documentata flagrante violazione delle norme procedurali sul giusto processo comunitario; c) il ricorso alla Corte EDU contro le ordinanze *Vino* della CGUE e la ricostruzione delle contraddizioni e degli errori della giurisprudenza comunitaria sul primo e unico contratto a termine; d) il ricorso alla Corte EDU contro le ordinanze *Vino* e la legittimazione passiva dello Stato italiano sul giusto processo comunitario per la mancata adesione dell'Unione europea alla Convenzione. - 15. Le novità legislative del 2008 sul lavoro pubblico a termine con la "nuova" applicazione del d.lgs. n. 368/2001 e l'esclusione non dichiarata della tutela dei precari della scuola: a) la nuova flessibilità dei contratti a tempo determinato della scuola pubblica nel dl. 112/2008 e la prima norma del 2009 che impedisce l'applicazione delle misure preventive; b) l'interrogazione della parlamentare europea Rita Borsellino sul precariato pubblico scolastico e la risposta della Commissione europea e del Governo italiano sull'applicazione "integrale" dell'art. 5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001 nel maggio 2010. - 16. L'ordinanza *Affatato* della Corte di giustizia e la contrastata applicazione della disciplina sui contratti successivi al precariato pubblico in generale e ai supplenti scolastici in particolare: a) l'ordinanza *Affatato* di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Rossano sulla mancanza di misure preventive antiabusive per tutto il precariato pubblico; b) la risposta "temporanea" e sibillina della Corte di giustizia nell'ordinanza *Affatato*; c) il legislatore nazionale dopo l'ordinanza *Affatato* riavvia i processi di stabilizzazione nel pubblico impiego, mentre la Commissione europea apre la procedura di infrazione sulla scuola; d) le ordinanze "etiche" del Consiglio di Stato di rinvio pregiudiziale "accusatorio" alla Corte di giustizia della stabilizzazione d'urgenza e senza concorso degli *ex* precari della AGCM; e) il precariato pubblico scolastico e le ordinanze di legittimità costituzionale dei Tribunali di Trento, Roma e Lamezia Terme sul sistema di reclutamento speciale; f) la contrastata e sofferta giurisprudenza "emergenziale" della Cassazione sul precariato pubblico frena il collasso dei conti pubblici, negando provvisoriamente ogni tutela effettiva; g) la Corte di appello di Milano rigetta contestualmente ogni tutela ai precari della scuola pubblica e ai cittadini italiani per la modifica della legge elettorale *Porcellum*; h) il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo contro il *Porcellum* e contro la sentenza n. 13/2012 della Corte costituzionale che ha dichiarato inammissibile il referendum abrogativo; i) la sentenza n. 10127/2012 della Cassazione sospende a termine i diritti dei docenti precari; l) le Sezioni unite della Cassazione nel 2012 e nel 2013 rilanciano la riqualificazione dei contratti a tempo indeterminato dei contratti a termine successivi "legittimi" nel pubblico impiego; m) la Sezione lavoro della Cassazione con le sentenze del 2013 rafforza la tutela effettiva del precariato pubblico e anticipa la risposta della Corte di giustizia nella sentenza *Carratù*; n) l'ignavia sul lavoro pubblico flessibile del legislatore della "grande" riforma "Fornero e le precisazioni della Corte di giustizia sulla tutela effettiva riqualificatoria nella sentenza *Huet*; o) la sentenza *Valenza* della Corte di giustizia rimanda al legislatore nazionale di favore le accuse del Consiglio di Stato di eccesso di tutela nei confronti degli *ex* precari dell'AGCM; p) l'Avvocatura dello Stato critica via *mail* la sentenza *Valenza* della Corte di giustizia e il Consiglio di Stato si adegua disapplicando la pronuncia della CGUE. - 17. La rivoluzione della giurisprudenza costituzionale sul primo e unico contratto a tempo determinato per ragioni oggettive temporanee nel nuovo dialogo con la Corte di giustizia: a) la giurisprudenza "comunitaria" della Corte costituzionale nella sentenza n. 107/2013; b) la Corte costituzionale italiana supera la Corte tedesca di Karlsruhe nel dialogo alla pari e senza censure con la Corte di giustizia; c) il dialogo della Corte costituzionale con l'Avvocatura del libero foro nella costruzione di una fase ascendente comune di ricostruzione dell'interpretazione comunitaria sulla tutela dei diritti; d) la sentenza n. 107/2013 della Corte costituzionale e la soluzione della Corte di giustizia nella causa *Sorge* sul contratto a termine per ragioni sostitutive di Poste; e) la Corte costituzionale nella sentenza n. 107/2013 risolve, attraverso il comune obbligo di specificità rigorosa delle ragioni oggettive temporanee per tutte le imprese grandi e piccole, il contrasto con la giurisprudenza di favore della Cassazione sul sostitutivo Poste; f) la Corte costituzionale nella sentenza n. 107/2013 utilizza il "metodo comunitario" della giurisprudenza della CGUE per potenziare i poteri del Giudice nazionale ed eliminare i favori allo Stato. - 18. Le ordinanze di rinvio pregiudiziale UE della Cassazione sui contratti a termine nel lavoro privato e "pubblico" marittimo: a) il dialogo diretto della Cassazione con la Corte europea nelle ordinanze di rinvio sui marittimi; b) le ordinanze pregiudiziali sul lavoro marittimo e gli abusi contrattuali e organizzativi delle aziende di Stato che condizionano la nomofilachia della Cassazione; c) gli abusi

contrattuali e fiscali di Rete ferroviaria italiana all'attenzione della CGUE; d) la Cassazione nelle ordinanze di rinvio chiede di applicare il d.lgs. n. 368/2001 per sanzionare gli abusi di Stato sul lavoro precario marittimo; e) prima della sentenza *Carratù* della CGUE, la Cassazione nelle ordinanze di rinvio pregiudiziale individua il d.lgs. n. 368/2001 come unica normativa attuativa della direttiva 1999/70/CE; f) la Cassazione nelle ordinanze di rinvio corregge la *Mangold* e costringe la Corte di giustizia a decidere "nel merito", attraverso la norma interna di recepimento con causalità definita per ogni singolo contratto a termine, l'applicazione della clausola 5, n. 1, lettera a), dell'accordo quadro; g) la Cassazione sul lavoro marittimo e il contestuale superamento del contratto acausale della finanziaria "Poste" e il rifiuto del contratto acausale introdotto dalla "legge Fornero". - 19. L'ordinanza "*Napolitano*" della Corte costituzionale e il nuovo ruolo del Giudice delle leggi nel dialogo con le Corti sovranazionali. La delegittimazione terapeutica della legislazione interna e delle Istituzioni politiche nazionali: a) la prima ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale n. 103/2008; b) la Corte costituzionale chiede alla comunità giuridica nazionale di spiegare i motivi di un diverso dialogo con la Corte di giustizia e di un nuovo rapporto tra le fonti del diritto; c) la Corte costituzionale sente la necessità di ricomporre la frattura interpretativa con la Corte europea dei diritti dell'uomo per evitare la disgregazione del sistema di tutele dei diritti; d) il nuovo dialogo triangolare tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo sui diritti civili dei cittadini italiani e sulla tutela del precariato pubblico; e) il *motu proprio* del dialogo diretto con la Corte di giustizia e con la Corte EDU nelle richieste del Presidente della Corte costituzionale all'udienza del 27 marzo 2013; f) l'importanza strategica per l'integrazione europea della prima ordinanza di rinvio pregiudiziale in sede incidentale della Corte costituzionale italiana; g) il *motu proprio* del dialogo diretto con la Corte di giustizia e con la Corte EDU nella relazione agli "infedeli" del 12 aprile 2013 del Presidente della Corte costituzionale; h) il ruolo centrale della Corte europea dei diritti dell'uomo nel ripristinare le condizioni di legalità democratica in Italia, d'intesa con la Corte costituzionale e con la Cassazione. - 20. Criticità strutturali dell'ordinamento interno legate al precariato pubblico: lo squilibrio finanziario della contribuzione del pubblico impiego: a) l'appropriazione indebita della sicurezza del lavoro e della legalità contrattuale dello Stato italiano nei confronti dei suoi servitori precari: la destrutturazione del sistema previdenziale; b) l'appropriazione indebita da parte dello Stato italiano del 2% della retribuzione mensile dei lavoratori pubblici precari e a tempo indeterminato dal 1° gennaio 2001 fino all'attualità; c) la rimozione della *governance* del parastato come soluzione della destrutturazione dello Stato di diritto e della finanza pubblica e privata. - 21. La reazione del legislatore all'ordinanza "*Napolitano*": le insensate modifiche alla disciplina del contratto a termine nel pubblico impiego: a) le novità legislative d'urgenza sulle sanzioni in caso di illecito utilizzo dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego: le divertenti modifiche dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001; b) il nuovo corso governativo della consapevolezza dei danni causati a centinaia di migliaia di cittadini dalla precarietà lavorativa e della volontà di risolverli; c) la sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale sul *Porcellum* e la nuova tutela dei medici destabilizzati ingiustamente dal legislatore, delegittimato solo eticamente *ex tunc*. - 22. Il *punctum dolens* della *querelle*: primato del diritto europeo e costituzionale o discrezionalità illimitata del legislatore nazionale nel modificare le norme di recepimento della disciplina comunitaria? - 23. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale UE del Tribunale di Aosta sulla prova del risarcimento del danno e l'ordinanza *Papalia* della Corte di giustizia. - 24. Il rinvio pregiudiziale UE del Tribunale di Napoli in materia di precariato scolastico sulla leale collaborazione dello Stato e sull'assenza di tutele antiabusive: a) il Tribunale di Napoli sul precariato scolastico riparte dall'ordinanza *Affatato* della Corte di giustizia e dalla (s)lealtà dello Stato italiano sull'art. 5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001; b) il Tribunale di Napoli sul precariato scolastico e la privatizzazione "effettiva" del pubblico impiego contrattualizzato; c) il Pinocchio statale e la lealtà dichiarata ma non provata nei confronti della Corte di giustizia (e dei cittadini e dipendenti pubblici precari italiani): le minacce infantili al Giudice nazionale; d) il cattivo esempio del Pinocchio statale che nessuno controlla e il condizionamento della magistratura nazionale. - 25. Identità sostanziale delle istanze pregiudiziali della Corte costituzionale, della Cassazione e dei Tribunali di Napoli: mancato recepimento della direttiva 1999/70/CE per i due settori del pubblico impiego e del lavoro marittimo, se non viene costituzionalizzata la normativa interna di recepimento dell'accordo quadro: a) identità sostanziale delle ordinanze di rinvio pregiudiziali pendenti in Corte di giustizia sul precariato pubblico: richiesta di chiarimenti sull'effettività delle norme interne attuative; b) l'imperativo categorico di rendere effettiva la tutela del precariato pubblico per conservare la coesione socio-economica del sistema Paese e rilanciare l'integrazione europea; c) pratiche di *dumping* statale italiano in Corte di giustizia o cattive e omissive traduzioni. - 26. La sentenza *Carratù* e l'ordinanza *Papalia* della Corte di giustizia ricostruiscono la nomofilachia europea sulla direttiva 1999/70/CE in materia di tutela del precariato pubblico contro gli abusi dello Stato sulle regole e sui processi: a) introduzione: la sentenza *Carratù-Papalia* della Corte di giustizia come decisione di "sistema" e di integrazione con la giurisprudenza nazionale e con la Corte europea dei diritti dell'uomo; a1) l'istanza di riapertura della fase orale della causa *Carratù*; b) il rigetto/accoglimento dell'istanza di riapertura della fase orale da parte della Corte; c) la normativa interna applicabile alle fattispecie di cause nella sentenza *Carratù-Papalia*; d) la disciplina dell'Unione europea applicabile nelle cause della sentenza *Carratù-Papalia*; e) il primo e unico contratto a tempo determinato entra definitivamente nel campo di applicazione della clausola 5 dell'accordo quadro comunitario; e1) le ordinanze di favore *Vino* e il primo e unico contratto a termine acausale; e2) l'oblio della Corte di giustizia nella sentenza *Carratù* sulle due ordinanze *Vino* e la causale finanziaria in favore di Poste italiane; e3) la sentenza *Bartsch* della Corte di giustizia sul primo contratto a termine acausale precede di cinque anni la sentenza *Carratù*: lo storico ritardo intellettuale degli interpreti nazionali; f) Poste italiane è Stato o organismo pubblico e si applica allo Stato il decreto legislativo n. 368/2001, a parità di condizioni con i datori di lavoro privati; f1) le conclusioni dell'Avvocato generale sulla natura pubblica di Poste italiane; f2) l'interrogatorio formale della Corte di giustizia e la *confessio iuris* degli abusi contrattuali; f4) l'udienza della causa *Carratù* e la confusione sulle norme di tutela sul precariato pubblico; f5) l'ultima sentenza di favore postale del Tribunale (di 1° grado) della Corte di giustizia; f6) la Corte europea con la sentenza *Carratù* riforma tutte le decisioni di favore postale-statale; f7) la sentenza *Bruno* della Corte di giustizia e il sistema previdenziale pubblico di Alitalia e Poste; f8) la sentenza *Kuso* e l'applicazione diretta agli organismi pubblici della normativa europea; f9) la sentenza *Impact* e l'obbligo degli Stati di conformazione alla direttiva

1999/70/CE e di rispettare le scelte legislative già attuate; f10) la sentenza *Carratù* e la sanzione permanente agli abusi dello Stato postale e previdenziale; f11) la sentenza *Carratù* e gli effetti sugli interventi irregolari dello Stato previdenziale in economia e nell'auto-amministrazione privata della funzione giurisdizionale pubblica; f12) la sentenza *Carratù* e la necessità di cambiare lo Stato sociale liberandolo da centri di comando controllati da singoli individui, che condizionano i processi e modificano le regole e la geografia giudiziaria per creare il *caos*; f13) l'Inps e la rimozione del ruolo monopolistico nella gestione della previdenza obbligatoria ed integrativa, dopo la sentenza *Carratù*; f14) Equitalia-Inps e la rimozione del ruolo monopolistico nella gestione della riscossione dei tributi, dopo la sentenza *Carratù*; g) la sentenza *Carratù* e la sanzione antiabusiva interna come condizione di impiego: la risposta alla quarta questione pregiudiziale del Tribunale di Napoli; g1) la sentenza *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* e il superamento delle ordinanze *Vino*; h) la sentenza *Carratù* e l'equiparazione sistematica delle tutele tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato comparabili: la soluzione della applicazione diretta della clausola 4, n. 1, e della clausola 8, n. 1 dell'accordo quadro comunitario in combinato disposto; h1) gli abusi e l'ingiusta durata dei processi del lavoro dipendono soltanto dagli abusi di Stato sulle regole e sui giudizi, in mancanza di una situazione di uguaglianza delle parti processuali; h2) le indicazioni della BCE nella lettera Trichet-Draghi dell'agosto 2011 nella diversa interpretazione delle parti del processo *Carratù* sulle misure da adottare sulla flessibilità in entrata; h3) non esistevano ragioni oggettive per modificare in *peius* le tutele già riconosciute ai lavoratori a tempo determinato, secondo la sentenza *Carratù-Papalia*; h4) non esistevano ragioni oggettive per applicare l'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 e per modificare in *peius* le tutele già riconosciute ai lavoratori a tempo determinato alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, secondo la sentenza *Carratù-Papalia*; i) la sentenza *Carratù* e l'intervento dello Stato italiano nell'economia; l) la sentenza *Carratù-Papalia* e il primo e unico contratto a tempo determinato con causale finanziaria ingiustificata e con ragioni oggettive temporanee di cui all'art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001 e all'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 nel pubblico impiego; m) la sentenza *Carratù* e le questioni pregiudiziali pendenti sul precariato pubblico: la fine ingloriosa dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 nella censura dell'ordinanza *Papalia* e nella teoria dell'"imbuto rovesciato" sugli abusi di Stato sui processi; m1) la tesi di Poste italiane sulla peggior tutela per i lavoratori a termine nel pubblico impiego; m2) la critica dell'Avvocato generale Jääskinen alle sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*; m3) la palingenesi della giurisprudenza comunitaria nella riscoperta della teoria dell'"imbuto rovesciato" sugli abusi dello Stato postale sulle regole e sui processi; m4) la rimozione dalla memoria comunitaria delle precedenti interpretazioni di favore erariale e le cause della palingenesi della giurisprudenza della Corte europea; m5) il ruolo della Cassazione sulla tutela effettiva dei lavoratori precari pubblici dopo la sentenza *Carratù* e l'ordinanza *Papalia* della Corte di giustizia: l'udienza del 9 gennaio 2014 sul "sostitutivo Poste" e sul Collegato lavoro; m6) la scampagnata dell'Avvocatura del libero foro a Lussemburgo a difesa degli dei nazionali all'udienza del 27 marzo 2014; n) la sentenza *Carratù* e la inapplicabilità della doppia decadenza dell'art. 32, comma 4, lettera b) della legge n. 183/2010; o) la sentenza *Carratù* e l'applicabilità del rito Fornero di impugnativa dei licenziamenti ex art. 18 della legge n. 300/1970 anche all'azione giudiziaria di riqualificazione dei contratti a tempo determinato. La discriminazione indiretta dei lavoratori a tempo indeterminato; p) le sentenze *Carratù* e Sibilio della CGUE e l'applicabilità della tutela della riqualificazione a tempo indeterminato anche ai rapporti di "servizio" a termine dei vigili del fuoco volontari; q) la sentenza *Carratù* e gli effetti della riconciliazione con la Corte europea dei diritti dell'uomo dopo la sentenza *Scattolon* e il parziale processo sugli abusi dello Stato italiano; q1) la sentenza *Carratù* rivela gli errori interpretativi commessi nella sentenza *Scattolon*; r) la sentenza *Carratù* e la causa *Mascellani* in Corte di giustizia sul *part-time* nel pubblico impiego: la necessità organizzativa del giusto processo in Corte costituzionale nei giudizi seriali in cui è parte processuale lo Stato; s) la sentenza *Carratù* "rilegge" la sentenza *Della Rocca* della Corte di giustizia sul lavoro a tempo determinato in somministrazione irregolare: l'equiparazione delle tutele dei lavoratori "temporanei"; t) i poteri dei Tribunali di Aosta e di Napoli e di tutti i Giudici nazionali (compresa la Cassazione) dopo la sentenza *Carratù* e l'ordinanza *Papalia* rispetto alle norme retroattive che impediscono o limitano l'applicazione del d.lgs. n. 368/2001 a tutti i lavoratori a tempo determinato al livello di tutela equiparato con i lavoratori a t.i. comparabili. - 27. L'asse italo-francese sul rafforzamento sinergico della tutela dei diritti fondamentali attraverso la costituzionalizzazione interna del diritto derivato europeo e della Carta di Nizza: la nuova Corte di giustizia dei diritti sociali nella sentenza *Association de médiation sociale*.

1. Premessa: la "novità" e l'importanza eccezionale delle ordinanze di rinvio pregiudiziale UE della Corte costituzionale e della Cassazione sui contratti a tempo determinato nel pubblico impiego scolastico e nel lavoro marittimo

a) Il cavallo di Troia del finto inchino della Corte costituzionale alla Corte di giustizia

E' superba¹ la nostra Corte costituzionale o, piuttosto, ha mostrato umiltà² istituzionale nei confronti delle Corti sovranazionali? A questa domanda - *ratione temporis* - si può ragionevolmente dare ragione (e quindi torto) ad entrambi gli autorevoli esponenti delle due opposte tesi: fino a fine marzo

¹ Lo ha affermato il Prof. A. Ruggeri nella relazione sul "Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali, tenuta al III *Workshop di diritto europeo e internazionale*, 15-16 novembre 2013, Genova, organizzato da Medel e Area Europa, pubblicata in *I Quaderni europei, Working paper*, n. 59, dicembre 2013.

² Lo ha affermato il Prof. G. Tesaro nella relazione sulla "Evoluzione del dialogo tra le Corti", cit., replicando all'"accusa" di superbia del Giudice delle leggi nell'affrontare il complesso problema del dialogo tra le Alti Corti nazionali e sovranazionali, soprattutto nei confronti della Corte EDU.

2013 ha indubbiamente ragione la dottrina costituzionale a stigmatizzare la frattura e i contrasti tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e il Giudice delle leggi nazionali, soprattutto sulle questioni *Agrati* sul personale ATA transitato dagli Enti locali allo Stato e *Maggio* sulle pensioni svizzere; da fine marzo 2013 fino all'attualità ha ragione la dottrina "comunitaria" a sottolineare l'"inchino" (senza irreparabili scontri rocciosi) della Corte costituzionale alla Corte di giustizia con il rinvio pregiudiziale in sede incidentale sul precariato scolastico.

Ma sono stati dei veri inchini alla Corte di giustizia, degli atti di umiltà e di rispetto delle competenze quelli del nostro Giudice delle leggi (e, contestualmente, della Cassazione sul lavoro marittimo a termine) o hanno rappresentato e rappresentano un atto d'imperio e di autorevolezza impositiva di un rinvio pregiudiziale non obbligatorio per la Corte costituzionale, ma solo per la Cassazione (e, vedremo, di fatto non obbligatorio neanche per la Corte di legittimità, che dimostra di avere le idee chiarissime sulla normativa interna da applicare)?

Per il casuale ruolo di spettatore e di complice forense dei fatti di causa che hanno portato ai rinvii pregiudiziali delle nostre Corti superiori, chi scrive propendeva - con l'irrazionale fiducia del testimone oculare - per la seconda ipotesi, immaginando Ulisse (la Corte costituzionale) e Diomede (la Cassazione) che si insinuano nella sacra Ilio (la Corte di giustizia) per scoprirne i punti deboli e conquistare con l'astuzia (e per una giustissima ragione) la città troiana della giurisprudenza "comunitaria" e della primazia del diritto dell'Unione.

Rimane il dilemma, non di poco momento, se l'inevitabile conquista fosse finalizzata alla distruzione dell'*acquis communautaire* in previsione di un eventuale implosione del sistema comunitario o, piuttosto, ad una necessaria ricostruzione della roccaforte dei discendenti di Dardano per consolidarne le fondamenta traballanti di fronte agli errori interpretativi commessi dalla Corte di giustizia per salvaguardare gli interessi degli Stati membri più forti e più coinvolti nell'applicazione della direttiva sociale sul lavoro a tempo determinato: Germania e Italia.

Dopo la straordinaria sentenza *Carratù* della Corte di giustizia del 12 dicembre 2013 si può senza dubbio optare per la cessazione pacifica dell'assedio di Lussemburgo, dal momento che il saggio Priamo (il Presidente della III Sezione del Collegio europeo nella causa sul Collegato lavoro 2010) ha deciso di aprire le porte della città giudiziaria e di evitare il bagno di sangue, invitando i litigiosi italiani a rilanciare l'integrazione europea attraverso una piena diretta cooperazione della giurisprudenza di vertice italiana e di quella "comunitaria", offrendo al banchetto della riconciliazione la restituzione delle tante Elena, cioè dei frutti prima proibiti di soluzioni interpretative di carattere sistematico e non estemporaneo, che possano consentire ai Giudici nazionali di riportare ordine nelle situazioni domestiche, una volta rientrati in Patria (non più a Itaca, ma) a Roma.

Nel presente elaborato verrà esaminata la rivoluzionaria scelta della Corte costituzionale sui supplenti della scuola e della Cassazione sul lavoro marittimo di dialogare direttamente con la Corte di giustizia su una materia, l'applicazione della direttiva 1999/70/CE, su cui il Collegio lussemburghese è già intervenuto troppe volte in 10 anni di rinvii pregiudiziali³ per poter seriamente pensare che vi siano ancora dubbi interpretativi da dipanare, e non invece richieste alla Corte di Lussemburgo di chiarimenti sulle contraddizioni della propria giurisprudenza e sul ruolo stesso della nomofilachia autentica delle leggi "comunitarie".

D'altra parte, le istanze pregiudiziali proposte dalla Corte di cassazione sul lavoro a tempo determinato dei marittimi nelle cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13 sono contestuali a quelle proposte dalla Corte costituzionale con l'ordinanza *Napolitano e a.* in causa C-418/13 sui rapporti a termine di tutto il personale della scuola pubblica. La contestualità non è soltanto temporale, ma anche teleologica e culturale: le Alte Corti nazionali ammettono che in due settori dell'ordinamento interno, con centinaia di migliaia di lavoratori precari interessati - quali il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni per il Giudice delle leggi e il lavoro nautico per il Giudice della nomofilachia delle norme interne - non è stata prevista alcuna misura idonea a prevenire gli abusi nella successione dei contratti, come invece imposto dalla clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999 tra CES, UNICE e CEEP, recepito dalla direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999 del Consiglio⁴ (d'ora innanzi, «accordo quadro sul lavoro a tempo determinato»).

³ Dalla ordinanza del Tribunale di Genova in causa C-53/04 all'ordinanza della Corte costituzionale in causa C-418/13.

⁴ GUL 175, 10.7.1999, p. 43.

Si tratta di una situazione di eccezionale criticità dell'ordinamento interno, fotografata a distanza di dodici anni dall'entrata in vigore dell'accordo quadro "comunitario" recepito dalla direttiva 1999/70/CE.

Le Superiori Corti nazionali hanno sollevato quasi contemporaneamente, sia come data di udienza di discussione (27 marzo 2013 per la Corte costituzionale; 3 aprile 2013 per la Corte di cassazione) sia come data di deposito delle rispettive ordinanze pregiudiziali (18 luglio 2013 per la Corte costituzionale; 20 giugno - 9 luglio 2013 per le tre ordinanze della Cassazione), questioni di pregiudizialità del diritto dell'Unione europea che attengono alla non applicazione delle misure preventive antiabusive previste dalla clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro "comunitario" sul lavoro a tempo determinato per due settori economici importanti e con centinaia di migliaia di lavoratori impegnati a termine, quali la scuola pubblica (in realtà tutto il pubblico impiego) e il lavoro marittimo.

Occorre chiedersi, preliminarmente, se esiste un problema di "originalità" delle questioni rispetto alle altre numerose ordinanze di rinvio pregiudiziale sulla disciplina del contratto a tempo determinato e l'applicazione della direttiva 1999/70/CE, cioè se vi siano degli spazi interpretativi su cui la Corte di giustizia non è ancora intervenuta ed è necessario che intervenga o se, invece, la causa delle nuove questioni pregiudiziali sollevate dalla Cassazione e dalla Corte costituzionale dipenda da fattori interni di criticità nel recepire i contenuti dell'accordo quadro "comunitario" e/o da fattori esterni quali la contraddittorietà, ambiguità e/o incertezza della giurisprudenza comunitaria nelle risposte già date all'ordinamento interno.

Infatti, le istanze interpretative del diritto dell'Unione europea proposte dalle nostre Alte Corti rappresentano le ultime domande di pregiudizialità provenienti dai Giudici italiani sulla disciplina comunitaria cui all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, completando il quadro di interventi a chiarimento richiesti con numerosi giudizi incidentali già decisi dai Giudici di Lussemburgo o tuttora pendenti:

- le due distinte ordinanze del Tribunale di Genova nelle cause C-53/04 e C-180/04 decise con le sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*⁵, sull'applicabilità del d.lgs. n. 368/2001 al pubblico impiego e sulla compatibilità della sanzione del risarcimento dei danni previsto dall'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001;
- l'ordinanza del Tribunale di Trani nella causa C-98/09 decisa con la sentenza *Sorge*⁶, sulla compatibilità dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 per esigenze sostitutive con la clausola di non regressione 8, n. 3, dell'accordo quadro;
- l'ordinanza del Tribunale di Rossano Calabro nella causa C-3/10, decisa con l'ordinanza *Affatato*⁷, sulla totale assenza di misure preventive antiabusive in tutto il pubblico impiego e sulla compatibilità dell'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001;
- l'ordinanza del Tribunale di Trani nella causa C-20/10, decisa con la 1^a ordinanza *Vino*⁸, sulla compatibilità dell'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001;
- la 2^a ordinanza del Tribunale di Trani nella causa C-161/11, decisa dalla 2^a ordinanza *Vino*⁹;
- l'ordinanza del Tribunale di Napoli nella causa C-157/11, decisa dalla sentenza *Sibilo*¹⁰, sull'applicabilità della direttiva 1999/70/CE e del d.lgs. n. 368/2001 ai lavoratori socialmente utili;
- le quattro identiche ordinanze del Consiglio di Stato nelle cause riunite C-302-303-304-305/11, decise con la sentenza *Valenza e a.*¹¹, sull'applicabilità (o meno) delle clausole 4 e 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato degli *ex* precari dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato;
- l'ordinanza del Consiglio di Stato nella causa C-393/11, decisa con l'ordinanza *A.E.E.G.*¹², su questione identica a quella già decisa con la sentenza *Valenza* dei contratti a termine degli *ex* precari dell'Autorità energia elettrica e gas;

⁵ Corte di giustizia, II Sezione, due sentenze datate 7 settembre 2006, in causa C-53/04, *Marrosu e Sardino* e in causa C-180/04 *Vassallo*, nei confronti di Aziende sanitarie liguri.

⁶ Corte di giustizia, IV Sezione, sentenza del 24 giugno 2010, causa C-98/09, *Sorge c. Poste italiane*.

⁷ Corte di giustizia, VI Sezione, ordinanza del 10 ottobre 2010, causa C-3/10, *Affatato c. ASL Cosenza*.

⁸ Corte di giustizia, VI Sezione, ordinanza del 11 novembre 2010, causa C-20/10, *Vino c. Poste italiane*.

⁹ Corte di giustizia, VI Sezione, ordinanza del 22 giugno 2011, causa C-161/11, *Vino c. Poste italiane*.

¹⁰ Corte di giustizia, VI Sezione, sentenza del 15 marzo 2012, causa C-157/11, *Sibilo c. Comune di Napoli*.

¹¹ Corte di giustizia, VI Sezione, sentenza del 18 ottobre 2012, cause riunite C-302-303-304-305/11, *Valenza e a. c. AGCM*.

¹² Corte di giustizia, VIII Sezione, ordinanza dell'8 marzo 2013, causa C-393/11, *Autorità Energia elettrica e gas c. Bertazzzi e a.*

- l'ordinanza del Tribunale di Napoli nella causa C-290/12, decisa dalla sentenza *Della Rocca*¹³, sull'applicabilità della direttiva 1999/70/CE ai rapporti di lavoro alle dipendenze di agenzie interinali;
- le ordinanze del Tribunale di Napoli nella causa C-361/12 (su cui v. *infra*), decisa dalla sentenza *Carratù*¹⁴ e nella causa C-89/13 *D'Aniello e a.* (giudizio pregiudiziale tuttora pendente, che sarà deciso con ordinanza) *contro Poste italiane* sulla (in)compatibilità della nuova sanzione introdotta dall'art. 32, commi 5 e 7, della legge n. 183/2010, che riduce anche sui processi in corso il risarcimento del danno per il periodo precedente al momento della riqualificazione giudiziale del contratto a termine invalido;
- l'ordinanza del Tribunale di Aosta nella causa C-50/13, decisa dall'ordinanza *Papalia*¹⁵ del 12 dicembre 2013 sulla inefficacia sanzionatoria dell'art. 36, comma 5 (già comma 2), d.lgs. n. 165/2001;
- le quattro ordinanze del Tribunale di Napoli nelle cause riunite C-22/13 *Mascolo*, C-61/13 *Forni*, C-62/13 *Racca* e C-63/13 *Russo contro Ministero dell'Istruzione* (le prime tre) e *Comune di Napoli* (la quarta) - giudizi pregiudiziali tuttora pendenti -, sulla carenza assoluta di tutele preventive per i contratti a tempo determinato della scuola pubblica.

Alle venti ordinanze pregiudiziali italiane (escluse quelle di Corte costituzionale e della Cassazione sul lavoro nautico) che entrano nel perimetro di applicazione della direttiva 1999/70/CE vanno peraltro aggiunte le seguenti precedenti decisioni della Corte di giustizia che hanno riguardato l'applicazione (o non applicazione) della legge interna n. 230/1962, che disciplinava il contratto a termine nell'ordinamento interno prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001, normativa nazionale che ha recepito la direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato:

- la sentenza *Viscido* del 7 maggio 1998¹⁶, con cui la Corte di giustizia ha precisato che una disposizione nazionale, quale l'art. 9, comma 21, dl. n. 501/1996, che esoneri una sola impresa pubblica come l'Ente pubblico economico Poste italiane dall'obbligo di osservare la normativa di applicazione generale riguardante i contratti di lavoro a tempo determinato non costituisce un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 92, n. 1, TCE, non essendovi stato nessun trasferimento diretto o indiretto di risorse statali verso tale impresa;
- la sentenza *Vitari* del 9 novembre 2000¹⁷, con cui la Corte di giustizia ha rimesso al Giudice nazionale, sulla base della regolamentazione interna e quindi della legge n. 230/1962, il potere di verificare le condizioni di riqualificazione dei contratti a tempo determinato in caso di illegittimo utilizzo anche nei confronti delle Istituzioni comunitarie e, nel caso affermativo, di applicare la corrispondente sanzione;
- la sentenza del 26 giugno 2001¹⁸, con cui la Corte di giustizia, in un giudizio per inadempimento *ex art. 48 TCE*, ha assicurato il riconoscimento dei diritti quesiti agli *ex* lettori universitari di lingua straniera, divenuti collaboratori linguistici, nei confronti dei propri datori di lavoro pubblici (Università), con l'applicazione della legge n. 230/1962 e la riqualificazione in contratti a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro.

A parte le numerosissime questioni proposte dai Giudici italiani, la Corte di giustizia si è pronunciata molte altre volte sull'interpretazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato:

- Grande Sezione, sentenza 22 novembre 2005, in causa C-144/04 *Mangold* sulle clausole 5, n. 1, e 8, n. 3, dell'accordo quadro;
- Grande Sezione, sentenza 4 luglio 2006, in causa C-212/04 *Adeneler* sulla clausola 5, nn. 1 e 2, dell'accordo quadro;
- II Sezione, sentenza 13 settembre 2007, in causa C-307/05 *Del Cerro Alonso* sulle clausole 1 e 4, n. 1, dell'accordo quadro;
- Grande Sezione, sentenza 15 aprile 2008, in causa C-268/06 *Impact* sulle clausole 4, n. 1, e 5, n. 1, dell'accordo quadro;
- II Sezione, ordinanza 12 giugno 2008, in causa C-364/07 *Vassilakis* sulle clausole 1 e 5, nn. 1 e 2, dell'accordo quadro;

¹³ Corte di giustizia, VIII Sezione, sentenza dell'11 aprile 2013, causa C-290/12, *Della Rocca c. Poste italiane*.

¹⁴ Corte di giustizia, III Sezione, sentenza del 12 dicembre 2013, causa C-361/12, *Carratù c. Poste italiane*.

¹⁵ Corte di giustizia, VIII Sezione, ordinanza del 12 dicembre 2013, causa C-50/13, *Papalia c. Comune di Aosta*.

¹⁶ Corte di giustizia, IV Sezione, sentenza del 7 maggio 1998, cause riunite da C-52/97 a C-54/97, *Viscido e a. c. Ente pubblico economico Poste italiane*.

¹⁷ Corte di giustizia, V Sezione, sentenza del 9 novembre 2000, causa C-129/99, *Vitari*.

¹⁸ Corte di giustizia, VI Sezione, sentenza del 26 giugno 2001, causa C-212/99, *Commissione Ce c. Repubblica italiana*.

- III Sezione, sentenza 23 aprile 2009, in cause riunite da C-378/07 a C-380/07 *Angelidaki* e a., sulle clausole 5, n. 1, e 8, nn. 1 e 3, dell'accordo quadro;
- VII Sezione, ordinanza 24 aprile 2009, in causa C-519/08 *Archontia Koukou*, sulle clausole 5, n. 1, e 8, nn. 1 e 3, dell'accordo quadro;
- VI Sezione, ordinanza 23 novembre 2009, in cause riunite da C-162/08 a C-164/08, *Lagoudakis* sulle clausole 5, n. 1, e 8, nn. 1 e 3, dell'accordo quadro;
- I Sezione, sentenza 22 aprile 2010, in causa C-486/08 *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, sulla clausola 4, nn. 1 e 2, dell'accordo quadro;
- II Sezione, sentenza 22 dicembre 2010, in cause riunite C-444/09 *Gavieiro Gavieiro* e C-456/09 *Iglesias Torres*, sulle clausole 1, 2 e 4, nn. 1 e 4, dell'accordo quadro;
- VI Sezione, ordinanza 18 gennaio 2011, in causa C-272/10 *Berziki-Nicolakaki*, sulla clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro;
- II Sezione, sentenza 10 marzo 2011, in causa C-109/10 *Deutsche Lufthansa AG*, sulla clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro;
- VI Sezione, ordinanza 18 marzo 2011, in causa C-273/10 *Montoya Medina*, sulla clausola 4, nn. 1 e 2, dell'accordo quadro;
- II Sezione, sentenza 8 settembre 2011, in causa C-177/10 *Rosado Santana*, sulla clausola 4, nn. 1 e 2, dell'accordo quadro;
- II Sezione, sentenza 26 gennaio 2012, in causa C-586/10 *Kücüik*, sulla clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro;
- VI Sezione, ordinanza 9 febbraio 2012, in causa C-556/11 *Lorenzo Martinez* sulle clausole 1, 2 e 4 dell'accordo quadro;
- II Sezione, sentenza 8 marzo 2012, in causa C-251/11 *Huet*, sulla clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro;
- VIII Sezione, ordinanza 7 marzo 2013, in causa C-178/11 *Rivas Montes* sulla clausola 4 dell'accordo quadro.

b) Gli abusi di Stato sulla flessibilità del lavoro come causa dell'ingorgo giurisdizionale in Corte di giustizia

Il comune denominatore o la causa dell'eccesso di ordinanze di rinvio pregiudiziale provenienti dall'Italia - ma anche dagli altri Stati membri, con la irrilevante eccezione delle complementari (e contrastanti, nel senso che la seconda corregge gli errori della prima) sentenze *Mangold* e *Deutsche Lufthansa* che riguardano datori di lavoro privati e la stessa fattispecie normativa interna, ma che nascono da un finto caso giudiziario quale quello inventato dall'avvocato Helm nella causa *Mangold* - sulla disciplina del contratto a tempo determinato (prima e dopo il recepimento della direttiva 1999/70/CE) risiede nella identità della natura del datore di lavoro "abusante", che è sempre lo Stato (causa C-212/99 *Commissione contro Repubblica italiana*; cause riunite C-22/13 *Mascolo*, C-61/13 *Forni* e C-62/13 *Racca*; causa C-418/13 *Napolitano*) o pubbliche amministrazioni non statali sanitarie o locali (cause C-53/04 *Marrosu* e *Sardino* e C-180/04 *Vassallo*; causa C-3/10 *Affatato*; causa C-157/11 *Sibilio*; cause riunite C-302-303-304-305/11 *Valenza* e a.; C-393/11 *A.E.E.G.*; causa C-50/13 *Papalia*; causa C-63/13 *Russo*) o imprese pubbliche che sono organismi pubblici (cause riunite da C-52/97 a C-54/97; causa C-98/09 *Sorge*; causa C-20/10 *Vino*; causa C-161/11 *Vino*; causa C-290/12 *Della Rocca*; cause C-361/12 *Carratù* e C-89/13 *D'Aniello*; cause riunite C-362/13 *Fiamingo*, C-363/13 *Zappalà*, C-407/13 *Rotondo* e a.).

In realtà, la distinzione tra impiego privato e lavoro pubblico è una *factio* che proviene dalle legislazioni nazionali, mentre la disciplina "comunitaria", a livello interpretativo e applicativo, rimane unitaria nella giurisprudenza della Curia lussemburghese.

La posizione europea, tendente a rendere quanto più possibile omogenea l'applicazione delle condizioni minime di tutela della normativa europea antiabusiva, è stata costantemente rappresentata dagli Avvocati generali ed è rintracciabile nelle Conclusioni di Tizzano nella causa *Cordero Alonso*¹⁹ sul

¹⁹ Presentate il 27 aprile 2006 in causa C-81/05, *Cordero Alonso*.

principio di uguaglianza e non discriminazione, della Stix-Hackl²⁰ nella causa *Burbaud*, della Sharpston sia nella causa di infrazione contro l'Italia²¹ sia nella causa *Rosado Santana*²², di Jääskinen nelle cause *Sorge*²³ e *Jansen*.

In ogni caso, le riflessioni più interessanti sul piano sistematico della disciplina “comunitaria” sul contratto a tempo determinato possono essere considerate quelle dell'Avvocato generale Kokott, prima nel giudizio *Adeneler*²⁴, poi in quello *Impact*²⁵, infine nella causa *Angelidaki*²⁶, che, attraverso un'apparente attenuazione del vincolo della clausola di non regresso, ha contribuito a costruire una rigorosa disciplina quadro europea dei rapporti di lavoro a tempo determinato.

c) Evoluzione della “causa” delle ordinanze pregiudiziali italiane sul contratto a termine: richiesta di comporre i contrasti giurisprudenziali interni alla Corte di giustizia

Pare evidente, allora, che il fondamento e l'importanza delle pregiudiziali della Corte costituzionale e del Giudice di legittimità non possono derivare da ulteriori dubbi interpretativi della disciplina europea, semmai da una richiesta di chiarimenti su alcune risposte contrastanti e contraddittorie già fornite dalla Corte di giustizia, da un lato, e da una sollecitazione alla Corte di giustizia a rafforzare l'indiscusso primato del diritto dell'Unione calandolo nella effettività dell'applicazione concreta delle regole interne che recepiscono gli obblighi “comunitari”.

Per essere chiari, la Cassazione sul precariato pubblico dei marittimi come la Corte costituzionale sul precariato pubblico scolastico chiedono concordemente e contestualmente alla Corte di Lussemburgo di verificare se il processo di costituzionalizzazione interno della disciplina europea possa proseguire nel dialogo tra le Corti superiori, invitando la Corte di giustizia a entrare “nel merito” e senza distinguo o ambiguità (come invece ha fatto il Giudice “comunitario” “primario” con le sentenze *Mangold*, *Marrosu-Sardino* e *Vassallo* e con l'ordinanza *Affatato*, nonché con le due ordinanze *Vino*) dell'efficacia del processo nazionale di recepimento delle direttive non *self executing*, per obbligare lo Stato membro ad applicare la normativa “comunitaria” e le norme interne di attuazione anche nei confronti di se stesso, cioè della pubblica amministrazione e delle sue imprese quali organismi di diritto pubblico.

Nell'immediatezza, come vedremo, la Corte di giustizia ha già risposto alla Corte costituzionale, alla Cassazione, al Tribunale di Aosta (con l'ordinanza *Papalia* del 12 dicembre 2013, decisa contestualmente alla sentenza *Carratù*) e al Tribunale di Napoli (ma anche ai Tribunali di Genova, Trani, Rossano Calabro e Venezia che avevano ricevuto risposte ambigue o contraddittorie) con la sentenza *Carratù*, cancellando con pochi tratti di scrittura giuridica di una disarmante semplicità e raffinata chiarezza raramente riscontrati (che, si immagina, saranno comunque oggetto dei consueti travisamenti e stravolgimenti ermeneutici nelle patrie stanze dell'interpretazione *pro domo* erariale) precedenti decisioni della Corte di Lussemburgo in favore dello Stato italiano, tutte già richiamate, e non solo sulla disciplina del contratto a tempo determinato, ma anche sul personale ATA e sulla retroattività delle leggi come nella sentenza *Scattolon*.

d) La risposta anticipata delle Sezioni unite della Corte di giustizia nella sentenza *Carratù-Papalia*

In particolare, anticipando le conclusioni della decisione che sarà sviluppata alla fine di questo scritto perché la sentenza *Carratù* nasce da molti rivoli e presuppone diverse problematiche dell'ordinamento interno e dei processi “comunitari” già svolti, la Corte di giustizia con la pronuncia del 12 dicembre 2013 sull'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010 chiarisce quanto segue:

²⁰ Presentate rispettivamente il 12 settembre 2002 e l'11 febbraio 2003, causa C-285/01, *Burbaud*.

²¹ Presentate il 1° giugno 2006 nella causa C-371/04, *Commissione CE c. Repubblica italiana*.

²² Presentate il 12 maggio 2011 nella causa C-177/10.

²³ Presentate il 22 aprile 2010 nella causa C-98/09.

²⁴ Presentate il 27 ottobre 2005 nella causa C-212/04.

²⁵ Presentate il 9 gennaio 2008 nella causa C-268/06.

²⁶ Presentate il 4 dicembre 2008 nelle cause riunite da C-378/07 a C-380/07.

- il primo e unico contratto a tempo determinato entra nel campo di applicazione delle clausole 4, n. 1, e 5, n. 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato anche per quanto riguarda le conseguenze sanzionatorie in caso di utilizzo illecito, smentendo così la sentenza *Mangold* e le due ordinanze *Vino* e confermando la sentenza *Sorge*, le sentenze nn. 12985/2008, 2279/2010 e 10033/2010 della Corte di cassazione, nonché la sentenza n. 107/2013 della Corte costituzionale;

- Part. 32, commi da 5 a 7, della legge n. 183/2010 ricade nell'ambito della direttiva 1999/70/CE, anche se le disposizioni controverse sono state emanate per finalità e scopi diversi rispetto alla necessità di attuazione della direttiva, smentendo così la prima ordinanza *Vino* e confermando la sentenza *Gavieiro Gavieiro* e *Iglesias Torres*;

- Poste italiane è organismo di diritto pubblico, è lo Stato italiano che opera in settori economici totalmente aperti alla concorrenza, e non è una impresa privata, smentendo così la sentenza *Viscido* e la prima ordinanza *Vino*;

- a Poste italiane, in quanto organismo statale, si applica il decreto legislativo n. 368/2001 e non vi è traccia nella sentenza *Carratù* dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 (che viene contestualmente dichiarata misura inidonea a sanzionare gli abusi in caso di successione di contratti a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni con l'ordinanza *Papalia*), invocato dall'impresa pubblica nelle osservazioni scritte come sanzione applicabile nel caso (molto contestato da Poste) di riconoscimento della natura pubblica, integrando così le sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo* e la stessa ordinanza *Affatato in parte qua* sulle differenze sanzionatorie tra datore di lavoro pubblico e impresa privata in caso di abusivo utilizzo del contratto a tempo determinato in ragione del concorso pubblico previsto dall'art. 97, comma 3, Cost. per l'ordinamento interno: confermando così anche per l'Italia la giurisprudenza "comunitaria" che ha sempre equiparato e non distinto nei confronti di Grecia, Germania, Spagna, Irlanda, Austria, Francia, datori di lavoro pubblici e privati ai fini dell'applicazione della tutela;

- anche le conseguenze sanzionatorie in caso di illecito utilizzo del contratto a tempo determinato (anche del primo e unico rapporto) entrano nella nozione di condizioni di impiego di cui alla clausola 4, n. 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, smentendo così le due ordinanze *Vino* sulla competenza della Corte ad applicare in orizzontale tra lavoratori a termine - nelle stesse situazioni ma trattati in modo differenziato - il principio comunitario di uguaglianza e non discriminazione, e confermando la sentenza *Land Tirolo* e anche la sentenza *Bruno* sui rapporti *part-time*;

- le situazioni dell'utilizzo illecito di un contratto a tempo determinato e del licenziamento ingiustificato da un contratto a tempo indeterminato sono differenti e, dunque, normalmente non rientrano nei parametri di comparabilità previsti dalla clausola 4, n. 1, dell'accordo comunitario, ma quando, come nel caso della *Carratù* e delle situazioni lavorative identiche, il legislatore nazionale ha introdotto disposizioni più favorevoli ai lavoratori a tempo determinato, cioè ha equiparato la tutela civilistica/speciale prevista dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001 in caso di assunzione illecita a tempo determinato con la tutela prevista per il licenziamento ingiustificato nel campo di applicazione dell'art. 18 della legge n. 300/1970 (nella formulazione antecedente le modifiche della legge n. 92/2012, ma, vedremo, il ragionamento della Corte ha implicazioni cogenti anche nella vigenza della riforma Fornero), il combinato disposto della clausola 4, n. 1, e della clausola 8, n. 1, dell'accordo quadro impone la rimozione o non applicazione di tutte le disposizioni di legge anteriori o successive al d.lgs. n. 368/2001 che impediscono l'applicazione diretta (anche a Poste italiane e a tutte le pubbliche amministrazioni) del principio di uguaglianza e non discriminazione di cui alla clausola 4, n. 1, dell'accordo quadro: così sconfessando o correggendo le sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*, l'ordinanza *Affatato in parte qua*, cancellando le due ordinanze *Vino* e la stessa sentenza *Scattolon* sul personale ATA trasferito allo Stato (v. *infra*), confermando invece le sentenze *Del Cerro*, *Impact*, *Gavieiro Gavieiro* e *Iglesias Torres*, *Huet*, *Valenza*;

- infine, non è necessario risolvere le questioni interpretative sul giusto processo e l'applicazione diretta dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, perché l'applicazione diretta della clausola 4 dell'accordo quadro comunitario non rende necessaria la cogenza della norma primaria del TUE.

Si tratta, dunque, di una sentenza di "sistema" quella resa dalla Corte di giustizia il 12 dicembre 2013 nella causa *Carratù*, destinata ad incidere significativamente sulle categorie giuridiche nazionali e sulle strategie politico-organizzative dell'ordinamento interno e sullo Stato sociale, in guisa tale da

meritare quell'approfondimento finale che presuppone, però, l'analisi della giurisprudenza nazionale e del contesto socio-economico e giuridico che l'ha determinata.

2. Gli abusi del legislatore e dello Stato sulle regole e sui processi in materia di lavoro temporaneo: scambio di informazioni “riservate” sulla svolta europea della Corte costituzionale

a) Ci mancava la Corte costituzionale!

«Ci mancava la Corte costituzionale!» E' stata questa la reazione d'istinto della bravissima rappresentante italiana della Commissione europea all'udienza di trattazione orale del 5 giugno 2013 nella causa C-361/12 *Carratù contro Poste italiane* davanti alla III Sezione²⁷ della Corte di giustizia, in cui si discuteva sulle questioni pregiudiziali²⁸ sollevate dall'ostinato Tribunale di Napoli sulla compatibilità “comunitaria” dell'art. 32, commi 5²⁹, 6 e 7, della legge n. 183/2010, dopo la sentenza n. 303/2011

²⁷ Presidente Ilešić (Relatore della sentenza *Scattolon*), Relatore Toader (già componente del Collegio della sentenza *Sorge* e componente del Collegio della ordinanza *Papalia*), Giudici Ó Caoimh (Estensore delle ordinanze *Affatato* e *Vino*, nonché delle sentenze *Angelidaki* e *Sibilio*, infine dell'ordinanza *Papalia*), Fernlund (Estensore della sentenza *Valenza*, nel Collegio della sentenza *Sibilio* e Presidente del Collegio dell'ordinanza *Papalia*) e Jarašiūnas (Presidente della VIII Sezione nella sentenza *Della Rocca* C-290/12 sulla somministrazione di lavoro a tempo determinato).

²⁸ «1) Se sia contraria al principio di equivalenza una disposizione di diritto interno che, nell'applicazione della direttiva 1999/70/CE preveda conseguenze economiche, in ipotesi di illegittima sospensione nell'esecuzione del contratto di lavoro, con clausola appositiva del termine nulla, diverse e sensibilmente inferiori rispetto [alle] in ipotesi di illegittima sospensione nell'esecuzione del contratto di diritto civile comune, con clausola appositiva del termine nulla; 2) se sia conforme all'ordinamento europeo che, nell'ambito di sua applicazione, l'effettività di una sanzione avvantaggi il datore di lavoro abusante, a danno del lavoratore abusato, di modo che la durata temporale, anche fisiologica, del processo danneggi direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro e che l'efficacia ripristinatoria sia proporzionalmente ridotta all'aumentare della durata del processo, sin quasi ad annullarsi; 3) se, nell'ambito di applicazione dell'ordinamento europeo ai sensi dell'articolo 51 della Carta di Nizza, sia conforme all'articolo 47 della Carta ed all'articolo 6 CEDU che la durata temporale, anche fisiologica, del processo danneggi direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro e che l'efficacia ripristinatoria sia proporzionalmente ridotta all'aumentare della durata del processo, sin quasi ad annullarsi; 4) se, tenuto conto delle esplicazioni di cui all'articolo 3, comma 1, lett. c), della direttiva 2000/78/CE ed all'articolo 14, comma 1, lett. c), della direttiva 2006/54/CE nella nozione di condizioni di impiego di cui alla clausola 4 della direttiva 1999/70/CE siano comprese anche le conseguenze dell'illegittima interruzione del rapporto di lavoro; 5) in ipotesi di risposta positiva al quesito che precede, se la diversità tra le conseguenze ordinariamente previste nell'ordinamento interno per la illegittima interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed a tempo determinato siano giustificabili ai sensi della clausola 4; 6) se i principi generali del vigente diritto comunitario della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, dell'uguaglianza delle armi del processo, dell'effettiva tutela giurisdizionale, [del diritto] a un tribunale indipendente e, più in generale, a un equo processo, garantiti dall'articolo 6, n. 2, del Trattato sull'Unione europea (così come modificato dall'articolo 1.8 del Trattato di Lisbona e al quale fa rinvio l'articolo 46 del Trattato sull'Unione) - in combinato disposto con l'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e con gli articoli 46, 47 e 52, n. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, come recepiti dal Trattato di Lisbona - debbano essere interpretati nel senso di ostare all'emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco temporale apprezzabile (9 anni), di una disposizione normativa, quale il comma 7 dell'articolo 32 della legge n. 183/10 alteri le conseguenze dei processi in corso danneggiando direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro e che l'efficacia ripristinatoria sia proporzionalmente ridotta all'aumentare della durata del processo, sin quasi ad annullarsi; 7) ove la Corte di giustizia non dovesse riconoscere i principi esposti la Valenza di principi fondamentali dell'Ordinamento dell'Unione europea ai fini di una loro applicazione orizzontale e generalizzata e quindi la sola una contrarietà di una disposizione, quale l'articolo 32, commi da 5 a 7, della legge n. 183/10 agli obblighi di cui alla direttiva 1999/70/CE e alla Carta di Nizza se una società, quale la convenuta, avente le caratteristiche di cui ai punti da 55 a 61 debba ritenersi organismo statale, ai fini della diretta applicazione verticale ascendente del diritto europeo ed, in particolare, della clausola 4 della direttiva 1999/70/CE e della Carta di Nizza».

²⁹ Per il commento alla nuova normativa sanzionatoria in materia di contratti a termine si rinvia a L. MENGHINI, *Il regime delle impugnazioni*, in RGL, 2011, I, pp. 139-144; ID., *I commi 5-7 dell'art. 32 della legge n. 183 del 2010: problemi interpretativi e di legittimità costituzionale*, in *Arg.dir.lav.*, 2011, p. 336 ss. (nota all'ordinanza di Cass. 28 gennaio 2011, n. 2112), e *I commi 5-7 dell'art. 32 cit.*; F. BUFFA, *Problematiche interpretative dell'art. 32, co. 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria*, Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Relazione tematica, 8 gennaio 2011, p. 30 ss.; A. CIRIELLO, *L'ordinanza di legittimità costituzionale della Cassazione sull'art. 32, commi 5 e 6, l. n. 183/2010*, ivi, p. 437; P. COPPOLA, *Collegato lavoro, ordinamento comunitario e poteri del giudice*, in RGL, 2011, I, pp. 88-89; R. COSIO, *La violazione della normativa sul contratto a termine: le nuove sanzioni previste nel collegato lavoro*, in *Mass.giur.lav.*, 2010, p. 427 ss.; B. COSSU - F. A. GIORGI, *Novità in tema di conseguenze della “conversione” del contratto a tempo determinato*, in *Mass.giur.lav.*, 2010, p. 896; C. DE MARCHIS, *Osservazioni critiche alle prime decisioni sulla legge 4 novembre 2010, n. 183*, in RGLav, 2011, II, p. 3 ss.; A. DE MATTEIS, *Le ordinanze di rimessione sulla nullità del termine, ibidem*, 2011, I, p. 11; V. DE MICHELE, *La riforma del processo del lavoro nel “Collegato Lavoro” 2010*, in M. MISCIONE E D. GAROFALO (a cura di), *Il Collegato Lavoro 2010. Commentario alla legge n. 183/2010*, Milano, 2011, p. 313 ss.; F. M. PUTATURO DONATI, *Conversione del contratto a termine e forfezzazione del risarcimento*, ivi, 2011, pp. 24-25; G. IANNIRUBERTO, *Il contratto a termine dopo la legge 4 novembre 2010, n. 183*, ivi, 2011, pp. 17-18; A. O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Padova, 2011, p. 141; F. PONTE, *Il mercato del lavoro tra flessibilità in entrata e in uscita*, Napoli, 2013, p. 113 ss.; A. VALLEBONA, *L'indennità per il termine illegittimo*, in *Il collegato lavoro 2010*, 2011, Milano, p. 415 ss.; T. VETTOR, *Lavoro a termine e impiego privato: regime delle decadenze e sanzioni dopo la legge n. 183 del 2010 al vaglio dei giudici*, in *ADL*, 2012, 3, p. 751 ss.; L. ZAPPALÀ, *La tutela risarcitoria nei casi di conversione del contratto di lavoro a tempo*

della Corte costituzionale, che aveva dichiarato infondate le due ordinanze di legittimità costituzionale proposte dalla Cassazione e dal Tribunale di Trani sulle stesse disposizioni.

Quale intervento della Corte costituzionale ha “preoccupato” la Commissione europea, scompaginando le coordinate interpretative dei provvedimenti di rinvio pregiudiziali italiani davanti alla Corte di giustizia sulle controversie di lavoro “seriali” nei confronti delle pubbliche amministrazioni (cause *Sorge* C-98/09, *Scattolon* C-108/10, *Affatato* C-3/10, *Vino* C-20/10 e C-161/11) e della più grande impresa pubblica, Poste italiane, parte resistente anche nella causa *Carratù*?

Si era evocata una decisione che non esisteva perché non era stata ancora adottata, ma solo preannunciata da chi scrive al Collegio di Lussemburgo, e che sarebbe stata scritta e depositata un mese e mezzo dopo l'udienza davanti al Giudice europeo: sì, proprio l'ordinanza del 18 luglio 2013, n. 207³⁰, iscritta in CGUE come causa C-418/13 *Napolitano*, con cui il Giudice delle leggi nazionali ha proposto per la 1ª volta in sede incidentale due istanze interpretative³¹ ai sensi dell'art. 267 TFUE in materia di misure preventive degli abusi nella successione dei contratti a termine nel settore della scuola pubblica.

Ma che rapporto vi poteva mai essere tra la causa *Carratù*, in cui si discuteva della sanzione “risarcitoria” adeguata nelle controversie tra “privati” in caso di conversione dei contratti a tempo determinato per nullità del termine dopo l'entrata in vigore con effetto retroattivo dell'art. 32, comma 5, del Collegato lavoro, ed un provvedimento (allora) “fantasma” di rinvio pregiudiziale della Consulta sulla sanzione effettiva idonea a intervenire sul precariato scolastico?

In senso contrario ad un evento così epocale deponeva il fatto che la Corte costituzionale nella sentenza n. 303/2011, nonostante la specifica censura della Cassazione nell'ordinanza di rinvio, aveva tassativamente escluso che la norma in questione favorisse «selettivamente lo Stato o altro ente pubblico (o in mano pubblica), perché le controversie su cui essa è destinata ad incidere non hanno specificamente ad oggetto i rapporti di lavoro precario alle dipendenze di soggetti pubblici, ma tutti i rapporti di lavoro subordinato a termine. Anzi, a ben vedere, lo Stato-datore di lavoro pubblico a termine, cui la regola della conversione del contratto a termine non si applica ai sensi dell'art. 36, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), non figura neppure tra i destinatari delle disposizioni censurate».

b) La centralità dell'ordinanza *de iure condendo* della Corte costituzionale nella causa *Carratù*

In realtà, nella causa *Carratù* si è discusso in materia di precariato pubblico, in quanto l'ultima delle domande pregiudiziali - proposta dal Tribunale di Napoli in via subordinata proprio in contrapposizione alla tesi della Corte costituzionale che ha «escluso ogni vantaggio mirato per lo Stato od altro soggetto pubblico» - poneva il quesito se Poste italiane possa essere considerata organismo statale, ai fini della diretta applicazione verticale ascendente del diritto europeo ed, in particolare, della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a termine. La Commissione nelle osservazioni scritte ha concluso³² in senso adesivo alla posizione interpretativa del Giudice del rinvio. Vedremo che la Corte

determinato al vaglio della Consulta, in RIDL, 2011, II, p. 789.

³⁰ Corte cost., Pres. Gallo, Est. Mattarella, ordinanza del 18 luglio 2013, n. 207.

³¹ I quesiti pregiudiziali dell'ordinanza n. 207/2013 della Corte costituzionale sono i seguenti:

«- se la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE/CE debba essere interpretata nel senso che osta all'applicazione dell'art. 4, commi 1, ultima proposizione, e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico) - i quali, dopo aver disciplinato il conferimento di supplenze annuali su posti «che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre», dispongono che si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, «in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo» - disposizione la quale consente che si faccia ricorso a contratti a tempo determinato senza indicare tempi certi per l'espletamento dei concorsi e in una condizione che non prevede il diritto al risarcimento del danno;

- se costituiscano ragioni obiettive, ai sensi della clausola 5, punto 1, della direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE, le esigenze di organizzazione del sistema scolastico italiano come sopra delineato, tali da rendere compatibile con il diritto dell'Unione europea una normativa come quella italiana che per l'assunzione del personale scolastico a tempo determinato non prevede il diritto al risarcimento del danno».

³² Queste le conclusioni della Commissione europea nella causa *Carratù*: «La nozione di «condizioni di impiego» di cui alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, contenuto in allegato alla direttiva del

di giustizia nella sentenza del 12 dicembre 2013, addirittura, risponderà preliminarmente e positivamente al settimo quesito affermando che Poste italiane è Stato o organismo pubblico, a prescindere dalle risposte che darà (o non darà) agli altri quesiti.

A fronte del riconoscimento della Commissione europea che Poste italiane s.p.a. è organismo statale, l'autorevole difesa dell'impresa pubblica ha replicato con un argomento *a contrario*, cioè che - se fosse vero quanto assunto nell'ordinanza di rinvio del Giudice partenopeo sulla natura giuridica della società resistente - la lavoratrice avrebbe avuto diritto ad una minor tutela rispetto a quella applicata nel giudizio principale di riqualificazione del rapporto, stante il divieto di conversione dei contratti a termine nel pubblico impiego di cui all'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001.

Per tutta risposta, la Commissione europea ha confermato la sua posizione stigmatizzando, però, la confusione creata dalle continue istanze di rinvio pregiudiziale dei Giudici italiani sulla disciplina del contratto a tempo determinato, con descrizione di discipline interne diverse l'una dall'altra nelle ordinanze dei Tribunali di Aosta in causa C-50/13 *Papalia* (v. *infra*) e di Napoli in cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13 *Mascolo*, su cui era estremamente difficoltoso prendere una chiara posizione interpretativa.

Condividendo con amarezza le censure della Commissione europea sullo stato degradato della legislazione nazionale, si è avuto modo di precisare che l'unica possibilità di dipanare la confusione interpretativa sugli strumenti di tutela interna in caso di successione di contratti al termine nel pubblico impiego era rappresentato dal possibile intervento della Corte costituzionale che, in considerazione della evidente gravità della situazione, pareva aver preso in considerazione all'udienza del 27 marzo 2013 l'opzione straordinaria di un dialogo diretto con la Corte di giustizia, cui proporre quesiti pregiudiziali sul precariato pubblico nell'ambito di un giudizio incidentale.

Il Giudice Toader, relatrice nella causa *Carratù*, ha espresso scetticismo sul fatto che ci potesse essere un'altra pregiudiziale UE da parte della Corte costituzionale italiana, rilevando che la Consulta aveva già proposto un'istanza ai sensi dell'art. 267 TFUE. Si è replicato, tuttavia, che, nel precedente rinvio dell'ordinanza n. 103/2008 della Corte costituzionale³³, si trattava di una fattispecie in cui il Giudice delle leggi operava come Giudice di ultima istanza, mentre in questo caso (sul precariato scolastico) lo avrebbe fatto in sede incidentale, riconoscendosi come «giurisdizione nazionale» anche in una situazione processuale - di particolare rilevanza sociale ed economica - di doppia pregiudiziale costituzionale ed europea, l'ultima delle quali non sollecitata dal Giudice del merito della controversia.

Il fatto che, un mese e mezzo dopo, il 23 luglio 2013, sia stata iscritta nella Cancelleria della Corte di Lussemburgo l'ordinanza di rinvio pregiudiziale C-418/13 *Napolitano* del Giudice delle leggi nazionali potrebbe aver indotto il Collegio lussemburghese, stante il tenore e le conclusioni della sentenza *Carratù* che ha dato ampio credito alle argomentazioni orali e scritte della difesa della lavoratrice, a confermarsi nella convinzione che gli italiani, oltre che poeti, cantanti, naviganti, musicisti, inventori, ecc., siano anche un popolo di maghi, illusionisti e indovini, almeno in campo giuridico.

A chi scrive, invece, la sorpresa della Corte di giustizia alla notizia del possibile nuovo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale dopo il primo "d'obbligo" istituzionale ha confermato la sensazione che ha fatto benissimo il Giudice delle leggi (e la Cassazione) ad uscire fuori dal rispetto dello schema del dialogo formale a distanza, per indurre la Corte di giustizia nel suo territorio a fornire risposte dirimenti e non superficiali o criptiche o di incompetenza per la soluzione di problemi strutturali interni; quelle risposte che, non a caso, la sentenza *Carratù* ha ampiamente fornito.

Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa può servire da fondamento ad una pretesa come quella in esame nella causa principale che mira ad attribuire ad un lavoratore a tempo determinato un'indennità di licenziamento nella stessa misura riconosciuta ai lavoratori a tempo indeterminato. La clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che osta ad una legislazione nazionale, quale quella in causa nel giudizio *a quo*, che, ai fini della determinazione dell'indennità risarcitoria dovuta al lavoratore illegittimamente assunto a termine, stabilisce condizioni meno favorevoli di quelle previste in favore del lavoratore a durata indeterminata licenziato, a meno che tale disparità di trattamento non sia giustificata da ragioni oggettive. Il semplice riferimento alla natura temporanea del rapporto non costituisce una tale ragione oggettiva. La clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro a tempo determinato è incondizionata e sufficientemente precisa da poter essere invocata da un lavoratore a termine nei confronti di una società, quale la convenuta nel giudizio *a quo*, di proprietà esclusiva dello Stato e sottoposta al controllo di quest'ultimo.»

³³ Pres. Bilè, Est. Gallo. La questione pregiudiziale sollevata dalla Corte costituzionale è stata risolta dalla Corte di giustizia, Grande Sezione, con sentenza del 17 novembre 2009 in causa C-169/08 *Presidenza del Consiglio dei Ministri contro Regione Sardegna*, Giudice relatore Toader. Nelle conclusioni presentate il 2 luglio 2009 l'Avvocato generale Kokott sottolinea ai punti 21-24 l'importanza della decisione della Corte costituzionale italiana.

3. Le osservazioni scritte e orali della lavoratrice, della Commissione europea, di Poste italiane e dell'Avvocatura dello Stato nella causa *Carratù* sull'art. 32, commi 5 e 7, della legge n. 183/2010

a) I fatti della causa principale *Carratù* raccontati dalla Corte di giustizia nella sentenza

I fatti del giudizio principale sono perfettamente chiariti nella sentenza *Carratù* ai punti 8 - 15.

La lavoratrice è stata assunta da Poste italiane per lavorare presso il Polo Corrispondenza Campania con mansioni di «addetta CMP [Centro Meccanizzazione Postale] *Junior*», con contratto a tempo determinato per il periodo dal 4 giugno al 15 settembre 2004. Il contratto, firmato dalla sola ricorrente il 4 giugno 2004, le è stato restituito, con la sottoscrizione di Poste italiane, il 15 giugno 2004. L'apposizione del termine al contratto era giustificata, in applicazione dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 368/2001, dall'esigenza di provvedere alla sostituzione del personale assente nel periodo delle vacanze estive.

Il 21 settembre 2004, con lettera raccomandata, la lavoratrice si era messa a disposizione di Poste italiane con diffida e contestuale proposizione di tentativo obbligatorio di conciliazione.

Ritenendo la sua assunzione a tempo determinato illecita e priva di effetti poiché il contratto era stato firmato e restituito dal datore di lavoro soltanto il 15 giugno 2004, la Signora Carratù, dopo aver avviato senza successo la procedura di conciliazione, ha proposto ricorso dinanzi al Tribunale di Napoli, in funzione di Giudice del lavoro, contestando l'utilizzo di un contratto di lavoro a tempo determinato, dal momento che questo non sarebbe compreso nel novero dei casi previsti dal decreto legislativo n. 368/2001 e, in particolare, tale contratto sarebbe stato concluso senza indicare l'identità dei lavoratori da sostituire, né la durata della loro assenza né tantomeno il tipo specifico di ragioni sostitutive. Di conseguenza, la lavoratrice domanda la riqualificazione del suo contratto di lavoro a tempo determinato in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, la reintegrazione nel suo posto di lavoro a seguito di tale riqualificazione nonché il pagamento delle retribuzioni *medio tempore* maturate.

Poste italiane sostiene che motivi reali, attinenti a esigenze di sostituzione, giustificavano l'utilizzo di un contratto a tempo determinato per l'assunzione della lavoratrice. In ogni caso, l'impresa pubblica contesta l'esistenza di un diritto in capo alla ricorrente del procedimento principale al versamento di retribuzioni relativamente al periodo anteriore alla proposizione della domanda dinanzi al Giudice del rinvio, potendo l'interessata al più vantare una richiesta indennitaria.

Con sentenza parziale del 25 gennaio 2012 il Giudice del rinvio pregiudiziale ha constatato che un contratto a tempo indeterminato univa la ricorrente a Poste italiane a partire dal 4 giugno 2004, in applicazione dell'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001. Il Tribunale di Napoli deve tuttavia ancora pronunciarsi sulle conseguenze sotto il profilo della retribuzione dell'annullamento del contratto a tempo determinato e determinare l'importo dell'indennità risarcitoria dovuta al lavoratore illecitamente assunto a tempo determinato.

In proposito il Giudice del rinvio rileva una certa contraddizione fra, da un lato, il regime di indennità previsto dalla legge n. 183/2010 e, dall'altro, l'ordinario strumento risarcitorio, previsto per ogni altro settore del diritto civile. Difatti l'articolo 32, comma 5, della menzionata legge stabilisce, a favore del lavoratore illecitamente assunto a tempo determinato, un'indennità nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge n. 604/1966.

Ad avviso del Tribunale di Napoli, un siffatto regime risarcitorio sarebbe alquanto penalizzante per il lavoratore a tempo determinato in quanto, a prescindere dalla durata del procedimento e dal momento in cui sia reintegrato nel suo posto di lavoro, questi non potrà percepire un'indennità superiore a 12 mensilità al massimo. Sotto questo profilo, il lavoratore illecitamente assunto a tempo determinato fruirebbe di una tutela meno favorevole rispetto a quella prevista in base ai principi del diritto civile nonché di quella riservata al lavoratore assunto a tempo indeterminato licenziato illecitamente il quale, nei casi previsti dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, ha diritto al versamento di un'indennità commisurata al lasso di tempo trascorso dal giorno del licenziamento illecito sino a quello dell'effettiva reintegrazione nel posto di lavoro.

Alla luce di tali considerazioni il Giudice del rinvio si interroga sulla compatibilità della menzionata interpretazione dell'articolo 32, comma 5, della legge n. 183/2010 con i principi di

effettività e di equivalenza della tutela garantita al lavoratore assunto a tempo determinato che incombe agli Stati membri rispettare in osservanza della direttiva 1999/70/CE, nonché con il diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva, sancito dagli articoli 47 della Carta e 6 della CEDU.

b) Le osservazioni orali della difesa della lavoratrice all'udienza del 5 giugno 2013

In sede di trattazione orale all'udienza del 5 giugno 2013 si è chiarito da parte della lavoratrice, che le eccezioni di irricevibilità delle questioni sollevate da Poste italiane e non dalla Repubblica italiana nelle osservazioni scritte rappresentano l'occasione più importante per definire l'oggetto della causa pregiudiziale. In realtà, anche la Commissione nelle osservazioni scritte ritiene assorbite le prime tre questioni (che risolve rispondendo al quarto e al quinto quesito), richiamando la prima ordinanza *Vino* (nota 6), perché ritiene sostanzialmente che il primo e unico contratto a tempo determinato non rientri nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE almeno per quanto riguarda la clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro (punto 37).

Le eccezioni muovono essenzialmente su due affermazioni, che trovavano autorevole sostegno nelle sentenze n. 41/2000, n. 214/2009 e n. 303/2011 sull'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010 della Corte costituzionale, ma sono smentite dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dalla stessa sentenza della Corte costituzionale del 29 maggio 2013 n. 107, che è stata esibita alla Corte europea e che si adegua alla giurisprudenza della CGUE e modifica il precedente orientamento:

- il primo e unico contratto a tempo determinato non entrerebbe nel campo di applicazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, quanto meno sotto il profilo delle conseguenze sanzionatorie in caso di termine non legittimamente apposto;
- l'art 32, commi 5, 6 e 7, della legge n. 183/2010 con la modifica peggiorativa delle sanzioni in caso di contratto a termine nullo è entrato in vigore nove anni dopo il decreto legislativo n. 368/2001, che ha recepito l'accordo quadro comunitario sul contratto a tempo determinato e non è stato emanato in applicazione della direttiva n. 70 del 1999.

La Corte di giustizia aveva già risolto in altre decisioni i dubbi di ricevibilità manifestati da Poste italiane, respingendoli sia con riferimento alla clausola 4 dell'accordo quadro (su cui espressamente il Tribunale di Napoli chiede la interpretazione ai fini della compatibilità con la norma interna) sia con riferimento alla clausola 5 sulle misure preventive (su cui il Tribunale di Napoli non ha proposto quesiti interpretativi, avendo già adottato una parte della sanzione in caso di nullità del termine apposto al primo e unico contratto per "ragioni sostitutive", cioè la riqualificazione in contratto a tempo indeterminato), con particolare riferimento alla nozione di "norma equivalente" di cui alla clausola 5, n. 1, prima parte dell'accordo quadro nel rapporto con il divieto di *reformatio in peius* di cui alla clausola 8, n. 3, dello stesso accordo.

Su quest'ultimo punto si è già espressa con grande chiarezza la Corte nella sentenza *Angelidaki* del 23 aprile 2009 nei procedimenti riuniti da C-378/07 a C-380/07 definendo ai punti da 76 a 78 la nozione comunitaria di "norma equivalente" ai sensi della clausola 5, n. 1, prima parte dell'accordo, e affermando che, attraverso l'espressione «norme equivalenti» la clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro intende includere ogni norma di diritto nazionale volta a prevenire in modo effettivo l'utilizzo abusivo di contratti o di rapporti lavoro a tempo determinato successivi, allo stesso modo delle norme contemplate da detta clausola.

L'art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001 è sicuramente norma equivalente o, più correttamente, disciplina interna di recepimento della clausola 5, n. 1, lettera a), dell'accordo quadro comunitario, e, peraltro, riproduce in forma sintetica - sotto la formula della clausola generale - le ragioni oggettive tipiche già contenute nella disciplina abrogata dell'art. 1, comma 2, della legge n. 230/1962, e tale disposizione interna prevede, come la norma greca dell'art. 8, n. 3, della legge 2112/1920 presa in considerazione nella sentenza *Angelidaki*, che anche il primo e unico contratto a termine privo di ragioni oggettive temporanee è illecitamente sottoscritto e si trasforma in contratto a tempo indeterminato *ab imis*.

Del resto, fino al 1° gennaio 2008 l'ordinamento nazionale non ha introdotto nessuna delle tre misure preventive previste dall'art. 5, n. 1, lettere a), b) e c), dell'accordo quadro comunitario e la misura preventiva della durata massima complessiva di tre anni già deliberata dalla Corte di giustizia

nell'ordinanza *Affatato* del 1° ottobre 2010 in causa C-3/10 (punto 48) è stata introdotta soltanto dall'art. 1, comma 40, della legge 23/12/2007 n. 247 (c.d. Collegato lavoro) con effettività "sanzionatoria" addirittura dal 1° aprile 2009.

Come corollario della definizione della nozione di "norma equivalente" nella sentenza *Angelidaki* ha risposto affermativamente alla questione pregiudiziale posta dal Giudice greco sulla applicabilità del divieto di non regressione della clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro comunitario (punto 121 della sentenza), affermando al punto 116 che risulta dunque chiaramente sia dall'obiettivo perseguito dalla direttiva 1999/70/CE, sia dall'accordo quadro e dalla formulazione delle pertinenti disposizioni di esso, che l'ambito disciplinato da tale accordo non è limitato ai soli lavoratori con contratti di lavoro a tempo determinato successivi, ma che, al contrario, si estende a tutti i lavoratori che forniscono prestazioni retribuite nell'ambito di un determinato rapporto di lavoro che li vincola ai rispettivi datori di lavoro (sentenza *Del Cerro Alonso*, cit., punto 28), indipendentemente dal numero di contratti a tempo determinato stipulati da tali lavoratori.

Subito dopo la sentenza *Angelidaki* la Corte costituzionale con la sentenza n. 214/2009 dell'8 luglio 2012 non ha ritenuto che il primo e unico contratto a tempo determinato per ragioni sostitutive di Poste italiane (protagonista assoluta di oltre il 90% del contenzioso giudiziario interno in materia nullità dei contratti a termine) rientrasse nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE ed ha deciso la questione sulla base del rapporto tra le norme costituzionali e la disposizione interna sospettata di contrasto con la Costituzione, pur essendo già pendente sulla stessa norma (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001) la questione pregiudiziale UE sollevata dal Tribunale di Trani con l'ordinanza *Sorge* in causa C-98/09. La Corte costituzionale nella sentenza n. 214/2009 ritenne che vi era ancora un obbligo di indicare il nominativo del lavoratore sostituito, come già previsto nella norma abrogata dell'art. 1, comma 2, lettera b) della legge n. 230/1962.

Qualche mese dopo la I Sezione della Corte di giustizia (Giudice anche il Presidente del Collegio della causa *Carratù*) con sentenza del 22 aprile 2010 in causa C-486/08 ha dichiarato in contrasto con la clausola 4 dell'accordo quadro comunitario una norma nazionale (legislazione austriaca del Land Tirolo) molto adatta a valutare la fattispecie normativa di cui all'art. 32, commi 5, 6 e 7, della legge n. 183/2010, che escludeva dall'ambito di applicazione della stessa norma interna i lavoratori con un contratto di lavoro a tempo determinato della durata massima di sei mesi o occupati solo occasionalmente.

La Corte ai punti 44-47, operando sul piano dell'interpretazione analogica, ha esteso la nozione di ragioni oggettive della clausola 5, n. 1, lettera a) dell'accordo quadro, già delineata nella fondamentale sentenza *Adeneler* della Grande Sezione, alla nozione di ragioni oggettive di cui alla clausola 4, n. 1, dello stesso accordo quadro sul contratto a tempo determinato, per cui tale comune nozione delle due clausole dev'essere intesa nel senso che essa non autorizza a giustificare una differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato per il fatto che quest'ultima sia prevista da una norma interna generale ed astratta. Tale nozione richiede, al contrario, che la disparità di trattamento in causa risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria (sentenza *Del Cerro Alonso*, cit., punti 57 e 58). In conseguenza, la Corte ha escluso che vi possano essere ragioni oggettive per il diverso trattamento dei lavoratori a tempo determinato connesse all'attuazione dell'imperativo di gestione rigorosa del personale, perché sarebbe estremamente difficile e oneroso da un punto di vista amministrativo creare impieghi permanenti oltre quanto necessario concludendo contratti di lavoro con persone per le quali non è preso a priori in considerazione un rapporto di lavoro a lungo termine.

Sostiene la Corte, infatti, che la gestione rigorosa del personale rientra in considerazioni di bilancio che non potrebbero giustificare una discriminazione (v., in tal senso, sentenza 23 ottobre 2003, cause riunite C-4/02 e C-5/02, *Schönheit e Becker*, Raccolta p. I-12575, punto 85) ed è sostanzialmente questa la giustificazione che Poste italiane e la Repubblica italiana rappresentano nelle osservazioni scritte per giustificare, con l'entrata in vigore dell'art. 32, commi 5, 6 e 6, della legge n. 183/2010 una ridimensionamento radicale della sanzione risarcitoria in caso di contratti a termine nulli, con effetto anche sui processi in corso.

Subito dopo la sentenza del 22 aprile 2010 sulla normativa austriaca la IV Sezione della Corte di giustizia (componente del Collegio la Signora Toader) nella sentenza *Sorge* del 24 giugno 2010 in causa C-98/09 ha risolto la questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Trani proprio in relazione ad

identica fattispecie della causa *Carratù*, cioè un primo e unico contratto a tempo determinato stipulato da Poste italiane s.p.a. per generiche ragioni sostitutive, ai sensi dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001.

La Corte nella sentenza *Sorge* ha confermato ai punti 33-35 quanto già precisato nella sentenza *Angelidaki* sul fatto che il campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE si estende anche al primo e eventualmente unico contratto a termine e ha concluso affermando che la clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui alla causa principale, che ha eliminato l'obbligo, per il datore di lavoro, di indicare nei contratti a tempo determinato conclusi per sostituire lavoratori assenti il nome di tali lavoratori e i motivi della loro sostituzione, e che si limita a prevedere che siffatti contratti a tempo determinato debbano risultare da atto scritto e debbano specificare le ragioni del ricorso a tali contratti, purché dette nuove condizioni siano compensate dall'adozione di altre garanzie o misure di tutela oppure riguardino unicamente una categoria circoscritta di lavoratori con un contratto di lavoro a tempo determinato, circostanza che spetta al Giudice del rinvio verificare.

L'importanza della sentenza *Sorge* della Corte è particolarmente significativa per la soluzione di questa causa pregiudiziale, non solo perché interviene - seppure su una clausola diversa quale quella di non regressione dell'accordo quadro - sulla stessa norma interna e sulla identica fattispecie negoziale applicata nel giudizio principale dal Tribunale di Napoli, ma anche perché la decisione della Corte di giustizia ha determinato un effetto positivo nella giurisprudenza della Corte costituzionale che, con la recentissima e citata sentenza n. 107 del 29 maggio 2013, ha cambiato il proprio orientamento rispetto alla decisione n. 214/2009 (che era stata confermata dalle ordinanze nn. 325/2009 e 65/2010) adeguandosi a quanto evidenziato dalla Corte europea: «la Corte di giustizia dell'Unione europea, esprimendosi sulla compatibilità comunitaria della normativa in oggetto (sentenza del 24 giugno 2010, in causa C-98/09), ha riaffermato il principio che anche il primo ed unico contratto a termine rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 1999/70/CE e dell'accordo quadro ad essa allegato.

Correlativamente, la stessa Corte di giustizia ha riconosciuto che un intervento del legislatore nazionale come quello in questione, ancorché (nella prospettiva accolta dalla Corte di Lussemburgo) elimini addirittura l'obbligo datoriale d'indicare nei contratti a tempo determinato, conclusi per sostituire lavoratori assenti, il nome di tali lavoratori e i motivi della loro sostituzione e prescriva, in sua vece, la specificazione per iscritto delle ragioni del ricorso a siffatti contratti, non solo è possibile, ma neppure viola (in linea di principio) la clausola della direttiva n. 8.3., che vieta una riduzione del livello generale di tutela già goduto dai lavoratori.»

La difesa della lavoratrice ha sottolineato l'importanza della svolta della Corte costituzionale per rafforzare il dialogo tra le Corti superiori nazionali e la Corte di giustizia (peraltro annunciato dal Presidente della Corte costituzionale nella seduta straordinaria del 12 aprile 2013, in cui si sottolinea l'importanza del dialogo con la Corte di giustizia), con effetti anche sulla causa pregiudiziale *Carratù*, perché il Tribunale di Velletri³⁴ ha nuovamente sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010, come interpretata autenticamente dall'art. 1, comma 13, della legge n. 92/2012 (sul punto v. *infra*), per contrasto della norma interna con la clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro comunitario. E' quindi possibile, secondo quanto rappresentato dalla difesa della *Carratù* al Collegio di Lussemburgo, che la Corte costituzionale, come ha già fatto con la questione dei contratti a tempo determinato per ragioni sostitutive di Poste italiane, possa modificare il precedente orientamento adeguando le risposte all'applicazione della normativa dell'accordo quadro, come interpretata dalla Corte di giustizia.

Per quanto riguarda la seconda eccezione di irricevibilità sollevata da Poste italiane sul fatto che la normativa interna (art. 32, commi 5, 6 e 7, della legge n. 183/2010, come interpretati dall'art. 1, comma 13, della legge n. 92/2012) non rientrerebbe nel campo di applicazione della direttiva 1999/70 perché non emanata in applicazione della stessa, anch'essa è stata già affrontata e risolta dalla Corte di giustizia.

Richiamando la sentenza *Mangold* la Corte di giustizia nella sentenza *Angelidaki* al punto 131 ha precisato, con riferimento al concetto di "applicazione del presente accordo", che tale attuazione riguarda non solo l'iniziale trasposizione della disciplina europea, ma anche ogni altra misura che completi o modifichi gli interventi traspositivi già effettuati.

³⁴ Trib. Velletri, Est. Russo, ordinanza 21 dicembre 2012, n. 130/2013 Reg.ord., pubblicata su GU del 12 giugno 2013, n. 24.

Il punto è stato ripreso e analiticamente confermato dalla Corte nella sentenza *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* (Relatore Ó Caoimh) del 22 dicembre 2010 in cause riunite C-444/09 e C-456/09 ai punti da 61 a 67, vanificando così, anche quando la misura nazionale non faccia riferimento alla direttiva 1999/70, l'eccezione di Poste italiane e della Commissione europea che tale misura possa considerarsi fuori dall'ambito di applicazione dell'accordo quadro soprattutto allorché, come nel caso di specie, interviene a modificare in senso peggiorativo le misure nazionali di trasposizione già vigenti.

Sono state fatte, inoltre, dalla difesa della lavoratrice alcune precisazioni sulle argomentazioni proposte da Poste italiane nelle osservazioni scritte sulle "ragioni oggettive" che giustificherebbero la riduzione (o razionalizzazione) della sanzione applicata in caso di conversione giudiziale dei contratti a termine nulli, prima dell'intervento dell'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010 con effetto anche sui processi in corso (comma 7) addirittura su quelli pendenti in Cassazione.

Va ricordato che, su richiesta della Cassazione al suo Centro studi, la norma peggiorativa della tutela è stata già oggetto di ampia disamina sul piano della ricostruzione delle posizioni dottrinali e della giurisprudenza della Corte di giustizia da parte dell'Ufficio del Massimario della Cassazione nella relazione n. 2 del 12 gennaio 2011, che conclude per il contrasto con la normativa comunitaria e, in particolare, con le clausole 4 e 8, n. 3, dell'accordo quadro, di quella che definì legislazione "postale" (perché fatta in favore prevalente se non esclusivo di Poste italiane) al punto da sollecitare la stessa Cassazione a sollevare questione di legittimità costituzionale su parametri costituzionali interni e sulla CEDU (e non su norme comunitarie, come ha ricordato il Governo italiano nelle osservazioni scritte della *Carratù*), questione rigettata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 303/2011.

Alla luce del dibattito interno molto acceso sul punto, la ricostruzione normativa proposta da Poste italiane nelle osservazioni scritte non appariva corretta e l'argomentazione comunque contraddittoria.

Innanzitutto, effettivamente l'art. 32, commi 1, 2, 3 e 4, della legge n. 183/2010 tende ad unificare, con l'introduzione di doppi termini decadenziali per impugnare il recesso, il licenziamento illegittimo del rapporto di lavoro dei lavoratori a tempo indeterminato e la scadenza contrattuale del rapporto a tempo determinato con termine nullo per mancanza delle ragioni oggettive dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001.

Ne consegue che, secondo la difesa della lavoratrice, è di immediata individuazione la categoria dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili, ai sensi della clausola 4, n. 1, dell'accordo quadro comunitario, trattandosi dei n. 150.000 lavoratori stabili di Poste italiane "licenziabili" ingiustificatamente, per i quali è prevista la tutela "reale" dell'art. 18 della legge n. 300/1970, con la reintegrazione giudiziale nel posto di lavoro e la ricostruzione integrale del rapporto dal momento del licenziamento fino alla effettiva reintegrazione, anche sotto l'aspetto contributivo.

Naturalmente, la Signora *Carratù* ha fatto esclusivo riferimento alla formulazione dell'art. 18 della legge n. 300/1970 trascritta nell'ordinanza di rinvio, non alla formulazione su cui ha ragionato Poste italiane, che si applica in base alla riforma della legge n. 92/2012, la stessa dell'art. 1, comma 13 che ha rafforzato l'interpretazione restrittiva dell'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010, e che, peraltro, prevede un rito speciale accelerato soltanto per le impugnative dei licenziamenti illegittimi intimati dalle aziende, cui si applica il requisito dimensionale dell'art. 18 della legge n. 300/1970, rimasto invariato come campo di applicazione e variato solo nella graduazione delle sanzioni.

Si è precisato, inoltre, che non risultano impugnative di contratti a termine nulli nei confronti di aziende di piccole dimensioni, quelle in buona sostanza a cui, per i licenziamenti illegittimi, si applica solo la sanzione risarcitoria da 2,5 a 6 mensilità di retribuzione di cui all'art. 8 della legge n. 604/1966 e non la reintegrazione. La ragione della mancanza di contenzioso è evidente: il posto di lavoro presso la piccola azienda non ha stabilità effettiva.

Perché, allora, secondo il Giudice del rinvio, la sanzione "civilistica" prevista nel caso di contratto a termine nullo impugnato era adeguata prima della modifica normativa e non lo è più dopo?

Perché la sanzione originaria di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001 della riqualificazione a tempo indeterminato sin dall'inizio del contratto di lavoro ricalca il meccanismo sanzionatorio dell'art. 18 della legge n. 300/1970, partendo la ricostruzione del rapporto – per ragioni oggettive non essendovi ancora un termine decadenziale come quello dei 60 giorni dal licenziamento per impugnare

la cessazione del rapporto – dalla formale messa in mora (avvenuta per la Signora *Carratù* dopo pochissimi giorni dalla cessazione del rapporto) e non dal momento del recesso illecito.

Secondo la difesa della lavoratrice, dunque, non ha alcuna pertinenza l'argomentazione di Poste italiane dell'abuso del diritto del lavoratore a termine che ha impugnato il termine nullo (messa in mora) e può attendere anni prima di iniziare l'azione giudiziaria, speculando sul tempo. Infatti, si è precisato che anche per l'impugnativa giudiziale dei licenziamenti illegittimi prima della legge n. 183/2010 si applicava il termine di prescrizione quinquennale dopo l'impugnativa stragiudiziale a pena di decadenza, mentre il decorso del termine per impugnare il contratto a termine nullo è stato considerato significativo dalla giurisprudenza di Cassazione anche per lassi temporali inferiori (due o tre anni) per significare il disinteresse del lavoratore a rientrare in servizio, fissando il principio del mutuo consenso tacito come causa risolutiva del rapporto di lavoro con termine illecito³⁵.

Peraltro, il Giudice Toader, di fronte al confuso quadro normativo rappresentato da Poste nelle osservazioni scritte e in udienza nell'intreccio tra vecchia disciplina e nuova normativa sanzionatoria e in materia di decadenza, ha provocatoriamente chiesto se in Italia esiste l'istituto della prescrizione dei diritti e la difesa della lavoratrice è stata costretta a precisare che, a rigore, a parte la creazione giurisprudenziale del mutuo consenso, la prescrizione quinquennale dell'azione di impugnativa dell'assunzione illecita con rapporto a tempo determinato discendeva direttamente dalla previsione normativa dell'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001 che mancava nella precedente disciplina della legge n. 230/1962, in relazione alla quale sul primo contratto a tempo determinato la dottrina e la giurisprudenza avevano costruito sull'eccezionalità del contratto a tempo determinato la "conversione" del rapporto con imprescrittibilità dell'azione di nullità del termine, in mancanza di sanzione specifica.

Si evidenziava, inoltre, che la II Sezione della Corte di giustizia (Relatore Ó Caoimh) con la sentenza dell'8 settembre 2011 in causa C-177/10 *Rosado Santana* ha ribadito i principi già espressi con riferimento al trattamento regressivo sull'anzianità di servizio per il personale a tempo determinato in violazione della clausola 4 dell'accordo quadro ai punti 40 – 44 anche in presenza di un orientamento della Corte costituzionale spagnola che aveva ritenuto legittima la norma interna regressiva.

L'orientamento della Corte è stato confermato anche nella sentenza *Valenza* e a. del 18 ottobre 2012 in cause riunite C-302/11 – C-305/11 (Relatore Fernlund) ai punti 53 – 65 in una fattispecie che è abbastanza simile a quella della causa *Carratù*, in cui una norma interna italiana – in contrasto con la clausola 4 dell'accordo quadro – è intervenuta a negare il riconoscimento dell'anzianità di servizio per i periodi di lavoro a tempo determinato per lavoratori ai quali è stata dichiarata la stabilità o trasformazione del rapporto a tempo indeterminato (che il Tribunale di Napoli ha già dichiarato con sentenza parziale).

Infine, alla difesa della lavoratrice è parso anche importante sottolineare al Collegio per la soluzione della causa pregiudiziale quanto precisato dalla VI Sezione della Corte nella sentenza *Huet* dell'8 marzo 2012 in casa C-251/11 (Relatore Ó Caoimh) in merito alla domanda, posta dal Giudice del rinvio, se la clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro debba essere interpretata nel senso che uno Stato membro, la cui normativa nazionale (come nel caso dell'art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001) prescriva la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, è tenuto ad imporre che, nel contratto di lavoro a tempo indeterminato, vengano mantenute immutate le clausole principali contenute nel contratto precedente (punto 33: per il caso di cui ci stiamo occupando potremmo far riferimento alla applicazione per intero della sanzione prevista dalla norma interna, che prevede anche la ricostruzione economica, contributiva e di anzianità professionale del rapporto di lavoro dal momento della diffida o messa in mora e fino all'effettiva ripresa lavorativa).

Ebbene, la Corte nella sentenza *Huet* al punto 35 ha chiaramente affermato che la "sanzione" interna in caso di abusi nella utilizzazione dei contratti a termine non può essere considerata estranea all'ambito di applicazione dell'accordo quadro, precisando inoltre al punto 44 che se uno Stato membro consentisse che la trasformazione di un contratto di lavoro a tempo determinato in un contratto di lavoro a tempo indeterminato fosse associata a modifiche sostanziali delle clausole principali del contratto precedente in senso globalmente sfavorevole all'agente contrattuale, quando

³⁵ Cfr. da ultimo, Cass., S.L., 22 luglio 2013, n. 17784, in *LG*, 2013, 11, p. 1004, con nota di V. SCOCCA. La Corte di legittimità conferma la tendenza a ridimensionare sul piano applicativo l'istituto del mutuo consenso.

l'oggetto del suo incarico e la natura delle sue funzioni restano invariati, non si può escludere che quest'ultimo potrebbe essere dissuaso dal concludere il nuovo contratto offertogli, perdendo in questo modo il beneficio della stabilità dell'impiego inteso come un elemento portante della tutela dei lavoratori.

c) Le osservazioni scritte e orali della Commissione europea, di Poste italiane e del Governo italiano sulla natura pubblica o privata dell'impresa statale

Sulla settima questione sollevata in subordine dal Tribunale di Napoli (cioè il fatto che Poste italiane possa essere considerato organismo pubblico), la Commissione europea nelle osservazioni scritte si è adeguata senza aggiungere nuove motivazioni alla prospettazione dell'ordinanza di rinvio confermando che l'impresa pubblica è Stato, resistendo poi molto tenacemente alle censure della difesa di Poste italiane, su una questione, peraltro, di grande complessità e delicatezza, perché riguarda scelte strategiche di intervento dello Stato nell'economia in settori aperti alla concorrenza attraverso forme giuridiche di tipo privatistico ma completamente controllate dalla pubblica amministrazione.

La questione sulla natura giuridica di Poste italiane è stata già affrontata all'udienza del 4 marzo 2010 nella causa *Sorge* C-98/09, perché posta non dal Giudice del rinvio (Tribunale di Trani) ma nelle osservazioni scritte della lavoratrice come motivo di ulteriore riflessione per la Corte per consentire l'applicazione in verticale della direttiva 1999/70/CE allo Stato che aveva creato una clausola generale (quella dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001) per favorire il proprio contenzioso e la propria flessibilità organizzativa.

Il Presidente francese Bonichot del Collegio lussemburghese della *Sorge* riteneva la questione dirimente e chiese informazioni alla Commissione europea sulla proprietà di Poste italiane, e l'ottimo agente italiano della Istituzione di governo UE (la stessa della *Carratù*) rispose positivamente che le azioni della impresa pubblica erano prevalentemente (85%) in mano allo Stato come Ministero dell'Economia e per il residuo nella titolarità della Cassa depositi e Prestiti (cioè dello Stato).

La questione fu sfumata in sede di replica dalla stessa difesa della lavoratrice che l'aveva sollecitata, perché sembrava che la problematica del sostitutivo Poste potesse essere risolta all'interno dell'ordinamento sul piano interpretativo dalle Corti superiori, componendo il contrasto interno tra l'interpretazione comunitariamente orientata della norma proposta dalla Corte costituzionale (sentenza n. 214/2009) e da parte della giurisprudenza di legittimità (Cass., sentenze nn. 12985/2008 e 2279/2010) e altre decisioni della Suprema Corte (Cass., sentenze nn. 1076 e 1077/2010) che, invece, avevano preferito favorire Poste italiane. L'avvocato generale Jääskinen nelle conclusioni della *Sorge* raccolse l'invito della difesa della lavoratrice e, dando atto della forte discussione sul punto in udienza, ne ha evidenziato al punto 64 l'irrilevanza ai fini della clausola di non regressione 8, n. 3, dell'accordo quadro comunitario, di non diretta applicazione, consentendo alla Corte di giustizia di non trattare la questione.

Nelle osservazioni scritte sulla questione della natura pubblica o privata Poste italiane si è difesa molto diffusamente ai punti da 84 a 122, negando decisamente la natura di organismo statale e richiamando le decisioni n. C(2009) 10382 del 5 gennaio 2010 e n. C (2008) 1642 del 30 aprile 2008 della Commissione europea, la sentenza n. 3692/2012 della Cassazione a Sezioni unite che ha escluso la configurabilità della giurisdizione contabile in materia di danno inferto all'impresa pubblica dai propri amministratori e dipendenti, nonché altre decisioni della Corte di cassazione, che sostengono la natura privatistica della società pubblica.

Del resto, proprio riconoscendo la natura privatistica dell'impresa pubblica la Corte costituzionale con la sentenza n. 303/2011 aveva escluso l'applicazione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, perché, come ribadisce Poste italiane al punto 81 delle osservazioni scritte, per la Corte di Strasburgo in linea di principio non è vietato al legislatore di regolare in materia civile con nuove disposizioni retroattive diritti derivanti dalla legge in vigore, a meno che lo Stato non intervenga per porre rimedio alle iniziative giudiziarie intraprese con successo nei suoi confronti, perché «secondo l'univoco insegnamento della giurisprudenza comunitaria il principio della parità delle armi nel processo, incluso tra i principi dell'equo processo dettati dall'art. 6 della convenzione europea, impedisce un'ingerenza del potere legislativo volto ad ottenere una

determinata soluzione delle controversie in favore dello Stato» (Corte EDU, 21 settembre 2007, in *Risorse umane nella p.a.*, 2008, fasc. 1, 133).

L'Avvocatura dello Stato, invece, non ha preso posizione sul settimo quesito e sulla natura eventuale di organismo pubblico, ritenendo la risposta irrilevante, data la portata generalizzata della normativa del Collegato lavoro 2010, che coinvolgerebbe sia il lavoro pubblico che quello privato.

d) Le osservazioni orali della lavoratrice Carratù sulla natura pubblica di Poste italiane

Sulla natura pubblica di Poste italiane la difesa della lavoratrice ha evidenziato alla Corte di giustizia che il sistema di contribuzione dei lavoratori alle dipendenze dell'impresa pubblica sia a tempo indeterminato che a termine era quello del pubblico impiego, cioè a retribuzione differita e senza il versamento della contribuzione obbligatoria, con notevole risparmio sul costo del lavoro. Si rappresentava alla Corte di giustizia che i dati sul contenzioso Poste italiane sui contratti a termine dal 1° luglio 1997 sono stati testualmente riportati dal legale rappresentante della Società pubblica³⁶: «Nel corso degli anni il contenzioso derivante dalla stipulazione dei contratti a tempo determinato è stato pari a 44 mila ricorsi. Di questi, ne sono stati riammessi 25 mila a seguito della pronuncia del giudice, con conseguente trasformazione dei contratti a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato. Per depotenziare il contenzioso, l'azienda e le organizzazioni sindacali hanno siglato due accordi sindacali (13 gennaio 2006 e 10 luglio 2008) con i quali sono stati stabilizzati 21 mila lavoratori, dei 25 mila già riammessi con pronuncia giudiziale. Questi 21 mila lavoratori hanno scelto di rendere stabile il rapporto di lavoro rinunciando al contenzioso in essere e restituendo l'importo riconosciuto a titolo di risarcimento per i periodi non lavorati. I restanti 19 mila ricorsi (i 44 mila ricorsi iniziali meno i 25 mila riammessi) sono così ripartiti: 6.500 cause pendenti in primo grado; 6 mila cause vinte dall'azienda in primo grado con possibilità di appello (è possibile stimare il 50 per cento di prosecuzione del contenzioso); 2 mila cause concluse favorevolmente con rinunce e sentenze definitive di cessazione della materia del contendere; infine, 2 mila cause che sono state positivamente conciliate. Da ciò si evince che il contenzioso attivo è relativo a 15 mila ricorsi, che sono in attesa di pronuncia da parte del giudice.».

Appariva evidente che soltanto una società come Poste italiane s.p.a., impresa a totale capitale pubblico con circa 150.000 dipendenti stabili, che operava a livello nazionale come gestore del servizio postale universale, come banca, come assicurazione, come impresa poliservizi, fosse in grado non solo di sopportare un contenzioso di queste dimensioni, che nessuna altra impresa privata per quanto di grandi dimensioni sarebbe stata in grado di sostenere, ma anche di ricavare una rendita di posizione da tale situazione, che va ad incidere, appunto, sulle compensazioni finanziarie.

Infatti, sulle compensazioni finanziarie essa provoca un doppio incredibile – e apparentemente contraddittorio – effetto, da un lato, di aumento dell'entità degli aiuti di Stato, dall'altro di parziale “restituzione allo Stato degli aiuti di Stato” (autofinanziamento), attraverso la fiscalità delle persone fisiche, i lavoratori “concilianti”.

Solo Poste italiane s.p.a., secondo la difesa della lavoratrice, ha la possibilità di ottenere norme di favore dal legislatore e di condizionare in questo modo gli accordi sindacali imponendo, di fatto, le transazioni delle posizioni di contenzioso con la restituzione rateale (mediamente in dieci annualità) delle somme pagate a titolo di retribuzioni per i periodi di servizio non prestato ma riconosciuto giudizialmente dal 1° luglio 1997 al 31 dicembre 2005 (naturalmente, in relazione alle decorrenze dei singoli rapporti a termine riquilibrati).

Il problema, economico oltre che etico, è che, a seguito delle transazioni, n. 21.000 lavoratori hanno restituito (e stanno restituendo ratealmente) le somme al lordo di quanto effettivamente percepito, cioè restituiscono (e restituiranno) anche le tasse pagate da Poste italiane s.p.a. al proprio azionista unico (il Ministero dell'Economia) quale sostituto d'imposta sia i contributi (non) versati all'Ipost (da Poste italiane s.p.a. anche per la quota parte a carico del lavoratore). Si tratta di tasse e di contributi che al lavoratore non verranno mai restituiti (e non risultano restituzioni in atto) né dallo Stato né dall'Ipost, ora “assorbito” dall'INPS.

³⁶ Cfr. p. 5 della trascrizione della Audizione del Presidente di Poste italiane s.p.a. in data 25 marzo 2009 presso la Camera dei Deputati della Repubblica italiana.

La tassa di ingresso stabile nel mondo del lavoro per n. 21.000 lavoratori è stata complessivamente molto elevata e si evince dai dati contabili di Poste italiane s.p.a. nei primi esercizi finanziari in cui cominciano ad operare le restituzioni di somme relative a rapporti di lavoro a termine tra il 1° luglio 1997 e il 31 dicembre 2005, cioè il 2008 (l'anno dell'accordo del 10 luglio 2008) e il 2009.

Nel 2008³⁷ i n. 21.000 lavoratori riammessi in servizio dai Giudici nazionali hanno restituito a Poste italiane 203 milioni di euro, comprensivi della quota parte della tassazione separata versata in un'unica soluzione allo Stato e dei contributi (32% dell'imponibile) versati in un'unica soluzione all'Ipost nel momento della “ricostruzione” fiscale e previdenziale dei periodi non lavorati riconosciuti nelle sentenze giudiziali di riqualificazione dei rapporti di lavoro.

Nel 2009³⁸ i n. 21.000 lavoratori riammessi in servizio dai Giudici nazionali hanno restituito a Poste italiane 121 milioni di euro, sempre comprensivi della quota parte della tassazione separata allo Stato e dei contributi all'Ipost.

Complessivamente, si è precisato alla Corte, si possono stimare sopravvenienze attive (proventi) di questo genere che arriveranno a 2 miliardi di euro complessivamente fino al 2023, durata massima del periodo di restituzione, con apertura necessaria di n. 21.000 conti correnti postali e con la fidelizzazione spontanea di n. 21.000 persone al proprio datore di lavoro pubblico-privato, cui restituire il “prestito per il lavoro”. Di queste somme, centinaia di milioni di euro, complessivamente almeno un miliardo, sono stati già incassati dallo Stato a titolo di tassazione e dall'Ipost (ora Inps) a titolo di contributi.

In conseguenza, il legislatore postale con l'art. 32, commi 5 e 7, della legge n. 183/2010 ha indotto sia le Corti d'appello sia la Suprema Corte di cassazione a cassare o riformare le sentenze di 2° grado (per la Cassazione) o di 1° grado (per le Corti di appello), rimettendo la causa al 1° Giudice per adeguarsi allo *ius supervenit* al fine di applicare la nuova “sanzione” con i poteri istruttori di cui all'art. 421 c.p.c.

In buona sostanza, con questo *escamotage* normativo, il legislatore ha costretto gli ultimi “recalcitranti” *ex* precari troppo fiduciosi nello svolgimento dei processi su questioni già affrontate e risolte positivamente con indirizzo ormai consolidato dalla giurisprudenza di legittimità (si pensi, ad esempio, ai contratti a termine Poste stipulati ai sensi dell'art. 8 CCNL “aziendale” del 1994) o apparentemente consolidato della sola Giurisprudenza di merito per i contratti a termine stipulati ai sensi dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 (sulla base degli accordi collettivi dal 1° gennaio 2002 al 31 dicembre 2002; per “ragioni sostitutive” dal 1° gennaio 2003 al 31 dicembre 2005 per circa 70.000 contratti a termine stipulati in tre soli anni tutti con la stessa tipologia sostitutiva, come per la Signora Carratù; per ragioni “organizzative, tecniche o produttive” dal 1° gennaio 2008 fino all'attualità), ad accettare di aderire ad una proposta conciliativa che, in condizioni di normalità processuale e ordinamentale, non avrebbero mai sottoscritto.

Pertanto, la difesa della lavoratrice ha condiviso le conclusioni della Commissione UE nelle sue osservazioni scritte ai quesiti quarto, quinto e settimo, ma ha anche chiesto alla Corte di rispondere ai primi tre quesiti (sostanzialmente, sul primo e unico contratto che rientra nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE e della clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro) e al sesto sull'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sull'art. 6 della CEDU.

4. Le conclusioni “provvisorie” dell'Avvocato generale Wahl in Corte di giustizia nella causa Carratù

a) Le Conclusioni dell'Avvocato generale Wahl scritte prima delle ordinanze pregiudiziali delle Alte Corti nazionali

Il 26 settembre 2013, con il deposito delle conclusioni scritte dell'Avvocato generale Wahl nella causa Carratù C-361/12, si è avuta una chiara indicazione sulla estrema difficoltà delle possibili risposte che la Corte di Giustizia avrebbe poi fornito al Tribunale di Napoli sulla compatibilità

³⁷ p. 30 del bilancio 2008 Poste italiane.

³⁸ p. 37 del bilancio 2009 Poste italiane.

comunitaria dell'art. 32, commi 5, 6 e 7, della legge n. 183/2010, come interpretato dall'art. 1, comma 13, della legge n. 92/2012, se non fossero intervenute le ordinanze di rinvio pregiudiziali della Corte costituzionale e della Cassazione a invitare la Corte di giustizia a dare all'Italia risposte più chiare.

Appare evidente che, quando l'Avvocato generale ha consegnato le conclusioni scritte in lingua inglese (v. nota 1) per la traduzione nelle altre lingue, l'ordinanza *Napolitano* della Corte costituzionale non era stata ancora iscritta a ruolo, perché non viene riportata in nota 5 tra le questioni pregiudiziali italiane pendenti in Corte di giustizia sulla disciplina del contratto a tempo determinato, così come non sono richiamate quelle della Cassazione sul lavoro marittimo (v. *infra*), che sono addirittura iscritte a ruolo il 28 giugno 2013 (le prime due).

Probabilmente, se il Signor Wahl avesse avuto la possibilità di leggere per tempo le ordinanze di rinvio della Corte costituzionale e della Cassazione sullo stato di (inesistente) applicazione in Italia della direttiva 1999/70/CE in due settori importanti quali la scuola pubblica e il lavoro dei marittimi, avrebbe usato toni meno critici in merito alla coerenza e chiarezza della ricostruzione normativa nei confronti del Giudice di rinvio (Tribunale di Napoli), non avrebbe dato per scontato che «non è mai stato sostenuto che la direttiva 1999/70 non sia stata trasposta correttamente nella normativa italiana» (paragrafo 100 delle conclusioni) e avrebbe spostato la censura su quanto argomentato da Poste italiane e dall'Avvocatura dello Stato, sbagliando così meno nella esegesi e nella analisi della fattispecie rispetto a quanto poi risulta dalle considerazioni scritte.

b) L'erronea ricostruzione normativa e fattuale della fattispecie di causa da parte dell'A.G.

Infatti, alcuni punti importanti delle conclusioni³⁹ dell'Avvocato generale sono basati su una ricostruzione⁴⁰ della normativa interna e dei fatti di causa e/o del loro collegamento che è diversa da quella prospettata dal Giudice nazionale e posta alla base delle questioni interpretative sollevate e anche diversa da quella che era emersa dalle risposte delle parti all'udienza di trattazione orale del 5 giugno 2013.

Va ricordato, in primo luogo, che con la ordinanza pregiudiziale nella causa C-89/13 *D'Aniello* il Tribunale di Napoli ha riproposto le stesse questioni dell'ordinanza precedente, inserendo però quale dichiarato elemento di novità una ottava questione pregiudiziale⁴¹ concernente l'intervento del legislatore nazionale con la norma interpretativa di cui all'art. 1, comma 13, della legge n. 92/2012.

Erroneamente, invece, nella ricostruzione della normativa applicabile alla fattispecie della causa *Carratù* l'Avvocato generale ha richiamato ai paragrafi 13 e 14 delle conclusioni tre disposizioni – l'art. 32, commi 1, 2 e 3, della legge n. 183/2010 in materia di doppia decadenza stragiudiziale [60 giorni come riferito nelle conclusioni, poi aumentati a 120 giorni per i contratti a tempo determinato dall'art. 1, comma 11, lettera a)⁴², della legge n. 92/2012] e giudiziale [270 giorni come riferito nelle

³⁹ Le conclusioni dell'Avvocato generale Wahl sono le seguenti: «La nozione di “condizioni d'impiego”, di cui alla clausola 4, punto 1, dell'allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa include l'indennità per l'interruzione illegittima di un contratto di lavoro, compresa l'apposizione illegittima di un termine; la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa non osta, in una situazione come quella in esame nel procedimento a quo, a norme nazionali ai sensi delle quali l'indennità per l'apposizione illegittima di un termine ad un contratto di lavoro è compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità.»

⁴⁰ Già l'Avvocato generale Jääskinen al paragrafo 18, 3° periodo, delle conclusioni presentate nella causa C-89/09 *Sorge* si è lamentato, a giusta ragione, della difficoltà per la Corte di giustizia di ricostruire correttamente la disciplina interna applicabile su fattispecie identica: «Gli elementi forniti dal giudice a quo e i vari elementi acquisiti agli atti dalle parti interessate procurano, in effetti, una certa sensazione di confusione quanto al contenuto del diritto nazionale in materia». Va dato atto, però, che l'Avvocato generale Jääskinen ha sostanzialmente dato maggior credito a quanto affermato e documentato dalla difesa della lavoratrice *Sorge* sia nelle osservazioni scritte sia all'udienza di trattazione del 4 marzo 2010, rispetto a quanto argomentato da Poste italiane e dallo Stato. Il contenuto della sentenza *Sorge* della Corte di giustizia dimostra che l'Avvocato generale ha fatto bene a dare maggior affidamento alla parte processuale “più debole”.

⁴¹ L'ottavo quesito pregiudiziale del Tribunale di Napoli nell'ordinanza *D'Aniello*: «8) ove la CGUE dovesse dare una risposta positiva ai quesiti *sub* 1, 2, 3 o 4) se il principio di leale cooperazione, quale principio fondante dell'Unione europea, consenta la disapplicazione di una disposizione interpretativa, quale l'art. 1, comma 13, della legge n. 92/12, che renda impossibile il rispetto dei principi risultanti all'esito delle risposte dei quesiti da 1 a 4)».

⁴² L'art. 1, comma 11, lettera a) della legge n. 92/2012: «a) ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e successive modificazioni. Laddove si faccia questione della nullità del termine apposto al contratto, il termine di cui al primo comma del predetto articolo 6, che decorre dalla cessazione del medesimo contratto, è fissato in centoventi giorni, mentre il termine di cui al primo periodo del secondo comma del medesimo articolo 6 è fissato in centottanta giorni».

conclusioni, poi ridotti a 180 giorni per i contratti a tempo determinato dall'art. 1, comma 11, lettera a), della legge n. 92/2012], che non si applicano alla fattispecie della causa *Carratù*. Infatti, il giudizio di riqualificazione del contratto a termine è pacificamente iniziato nel 2008 e comunque la lavoratrice ha impugnato tempestivamente dopo sei giorni dalla scadenza contrattuale la nullità del termine (v. conclusioni dell'Avvocato generale ai paragrafi 18 e 19). Non coerente con il quadro normativo è quindi il richiamo all'art. 32, comma 3, della legge n. 183/2010 fatto al paragrafo 95 delle conclusioni, perché la norma non si applica alla fattispecie di causa.

Viceversa, nelle conclusioni dell'Avvocato generale manca ogni riferimento all'art. 1, comma 11, della legge n. 92/2012 (c.d. "legge Fornero") e alla specifica questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Napoli nella causa C-89/13 *D'Aniello* (di cui però si cita in nota 3 la pendenza della causa) e questo comporta l'erroneo convincimento espresso al paragrafo 88, 2^a parte, delle stesse conclusioni: «Diversamente dall'indennità per licenziamento illegittimo, il livello del risarcimento per l'apposizione illegittima di termine, che è determinato per legge, è volto a creare sia certezza nei rapporti giuridici che efficienza procedurale nel trattamento di siffatte fattispecie. In udienza è stato anche ricordato che un lavoratore a tempo determinato ha sempre la possibilità di instaurare un procedimento nei confronti del suo datore di lavoro per i danni che eccedono l'importo ex lege di indennità di cui alla legge n. 183/2010, ai sensi delle norme ordinarie del codice di procedura civile italiano». Come è noto (in Italia, ma è stato rappresentato anche alla Corte di giustizia, che sarà consequenziale nella sentenza) la norma interpretativa esclude tassativamente che si possa instaurare qualsiasi procedimento per danni diversi da quelli della sanzione onnicomprensiva da 2,5 a 6 (o fino a 12 nella previsione del 6° comma dell'art. 32) mensilità.

Nelle conclusioni dell'A.G. manca anche - in questo caso opportunamente - ogni riferimento alla nuova disciplina sostanziale e processuale di impugnativa dei licenziamenti individuali e collettivi, introdotta dall'art. 1, comma 42, della legge n. 92/2012 (che ha riscritto l'art. 18 della legge n. 300/1970) e dallo stesso art. 1, commi da 48 a 69, della legge Fornero. Tuttavia, questa giusta "omissione" finisce per creare una situazione di incertezza argomentativa rispetto alla trascrizione e "applicabilità" dei commi 1, 2 e 3, della legge n. 183/2010.

Infatti, nelle conclusioni si perde il senso dell'effettiva comparazione della tutela riconosciuta alla lavoratrice alla data del deposito giudiziale del ricorso di riqualificazione del contratto a termine (23 settembre 2008) rispetto a quella di un lavoratore a tempo indeterminato comparabile.

Sostiene il Tribunale di Napoli nell'ordinanza di rinvio al 23 settembre 2008, data del deposito del ricorso, che la tutela assicurata alla lavoratrice a termine *Carratù Carmela* in caso di nullità del termine del contratto di Poste italiane per generiche ragioni sostitutive dal 4 giugno 2004 al 15 settembre 2004 ai sensi dell'art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001 (uno degli oltre 70.000 contratti per generiche ragioni sostitutive che Poste italiane ha stipulato nel triennio 2003-2005, illeciti perché senza ragioni oggettive temporanee per strategia aziendale di forte sottodimensionamento dell'organico stabile, come si è avuto modo di precisare alla Corte all'udienza del 5 giugno 2013 a specifica domanda dell'Avvocato generale⁴³) era quella "civilistica" di cui ai punti da 5 a 8 dell'ordinanza di rinvio, che è identica negli effetti alla tutela dell'art. 18 della legge n. 300/1970 (prima delle modifiche della legge Fornero) che l'ordinamento interno avrebbe predisposto ad un lavoratore a tempo indeterminato di Poste italiane se fosse stato licenziato illegittimamente alla data del 15 settembre 2004: il rapporto di lavoro illegittimamente interrotto (perché il licenziamento è illegittimo o perché il termine contrattuale era invalido per mancanza di ragioni oggettive temporanee) viene ricostruito da un punto di vista retributivo e contributivo dal momento della cessazione fino al momento della reintegrazione o del ripristino dell'attività lavorativa, con possibilità per il datore di lavoro di portare in detrazione dal risarcimento del danno *l'aliunde perceptum* sia nell'uno che nell'altro caso.

⁴³ L'Avvocato generale ha chiesto che affidamento, che aspettativa poteva avere la lavoratrice di continuare a lavorare con rapporto stabile per un unico contratto a tempo determinato per ragioni sostitutive nel periodo estivo dal 4 giugno al 15 settembre 2004, e evidenzia poi nelle conclusioni al paragrafo 65 che «il legale della sig.ra Carratù non ha espresso alcuna opinione su tale punto». Pare a chi scrive che l'aver precisato che i 70.000 contratti a tempo determinato di Poste italiane nei tre anni dal 2003 al 2005 siano stati equamente distribuiti in estate, autunno, primavera e inverno e che tale comportamento costituisca una precisa strategia aziendale, per assicurare attraverso il controllo della via giudiziale il *turn over* del personale oltre che il risparmio sul costo del lavoro, possa essere una risposta adeguata. D'altra parte, l'elevato numero degli "abusi" contrattuali denunciato (l'Avvocato generale ha anche riferito in nota 4 che il dato affermato in udienza da questa che circa il 95% del contenzioso sui contratti di lavoro a tempo determinato in Italia riguarda Poste italiane, e che tale dato non è stato contestato) potrebbe essere considerato dalla Corte come soddisfacente risposta.

Nel caso della lavoratrice *Carratù*, poi, la situazione è assolutamente identica anche sotto il profilo della non necessaria “impugnativa” stragiudiziale, che la ricorrente nel giudizio principale ha invece proposto dopo pochi giorni dalla cessazione del rapporto (come se fosse un licenziamento assoggettato alla decadenza di 60 giorni), mettendo a disposizione le proprie energie lavorative con lettera pervenuta a Poste italiane l’11 ottobre 2004.

La normativa applicabile alla fattispecie di causa è stata, dunque, correttamente delineata dal Giudice del rinvio⁴⁴ ed è esattamente quella che è stata ricostruita dalla Suprema Corte di cassazione nell’ordinanza n. 2112/2011 di rinvio alla Corte costituzionale della questione di legittimità interna dell’art. 32, commi 5, 6 e 7, della legge n. 183/2010, dichiarata infondata dal Giudice delle leggi con la sentenza n. 303/2011 rispetto al parametro convenzionale dell’art. 6 della CEDU e non rispetto alle denunciate (dal Tribunale di Napoli) violazioni della normativa comunitaria.

Si tratta, peraltro, della stessa normativa interna su cui ha sviluppato le sue argomentazioni critiche l’Ufficio del Massimario⁴⁵ della Suprema Corte di cassazione nella relazione n. 2 del 12 gennaio 2011, commissionata dalla Corte di legittimità al suo Centro studi proprio per chiarire le «problematiche interpretative dell’art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, della Corte EDU, costituzionale e di legittimità».

c) Il giudizio etico e non giuridico nelle conclusioni dell’Avvocato generale Wahl

Ne consegue che le argomentazioni espresse dall’Avvocato generale sulla possibile differenza di aspettativa tra lavoratori a termine con un unico contratto e lavoratori a termine con vari contratti successivi ai fini dell’applicazione della clausola 4 dell’accordo quadro e di eventuali ragioni oggettive di differenziazione di trattamento rappresentano soltanto un giudizio etico e di “valore”⁴⁶, peraltro avulso dalla normativa interna applicabile e quindi errato in quanto pregiudiziale, su come l’ordinamento interno predisponesse e attuasse le misure idonee a prevenire gli abusi nella successione dei contratti.

Questo giudizio di valore crea evidenti equivoci e notevole confusione, se si trasforma in una valutazione di natura giuridica o utile all’interpretazione della fattispecie, perché nella sentenza *Angelidaki*⁴⁷ e nella sentenza *Sorge*⁴⁸ della Corte di giustizia nonché nella causa *Jansen* C-303/13 sono state trattate fattispecie contrattuali rispettivamente della legislazione greca, di quella italiana e di quella tedesca di abuso contrattuale relativo ad un solo rapporto a termine, che è stato poi riqualificato dal Giudice nazionale sulla base delle indicazioni interpretative della Corte e in applicazione della

⁴⁴ L’Avvocato generale ai paragrafi 25 e 26 afferma che «l’ordinanza di rinvio non offre un quadro chiaro del contesto giuridico nazionale» e che «la descrizione della disciplina dei lavoratori con contratto a tempo determinato in Italia desumibile dall’ordinanza di rinvio è aspramente contestata dalla Poste Italiane e dal governo italiano. Purtroppo, l’udienza non ha contribuito molto a chiarire i punti controversi, vale a dire le norme applicabili prima e dopo l’adozione della legge n. 183/2010». In realtà, la confusione è stata creata ad arte dal legislatore per coprire l’uso abusivo dei contratti a termine da parte di Poste italiane con una sequenza impressionante di regole di favore, più volte sottoposte al vaglio di compatibilità comunitaria del Collegio europeo.

⁴⁵ Est. Buffa.

⁴⁶ Giudizio che non è condiviso dall’Avvocato generale Kokott nelle conclusioni della causa *Angelidaki* al punto 92, seppure in relazione al precariato pubblico, di cui peraltro i contratti a termine Poste sono espressione: «I lavoratori assunti con contratti abusivamente stipulati a tempo determinato, potrebbero, infatti, incorrere nella tentazione di tollerare comunque un tale abuso nella speranza di continuare a lavorare anche in futuro nel settore pubblico e di godere, in tal modo, di garanzie sociali. Questi lavoratori, per paura di non ottenere più in futuro alcun contratto di lavoro, sia pur a tempo determinato, potrebbero rinunciare a far valere il loro diritto all’indennità di licenziamento, oppure omettere di denunciare i responsabili delle prassi abusive affinché siano puniti in sede disciplinare o penale».

⁴⁷ Corte di giustizia, III Sezione, sentenza 23 aprile 2009, in cause riunite da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki* e a. Sulla sentenza *Angelidaki*, v. V. DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, cit., p.75-81; M. MISCIONE, *La Corte di giustizia sul contratto a termine e la clausola di non regresso*, LG, 2009, 437; L. DRIGUEZ, *Retour sur les clauses de non régression*, in *Europe 2009*, Juin, Comm. n° 235, p. 25-26; C.KERWER, *Verschlechterungsverbote in Richtlinien*, in *EuZA*, 2010, pp. 253-265.

⁴⁸ Corte di giustizia, IV Sezione, sentenza 24 giugno 2010, in causa C-98/09 *Sorge / Poste italiane*. Sulla sentenza *Sorge*, v. E. LAFUMA, *L’actualité de la jurisprudence européenne et internationale*, RJS 2010, p. 653-654; L. DRIGUEZ, *Contrats à durée déterminée: application de la jurisprudence Angelidaki sur les clauses de non régression*, Europe 2010, Août-Septembre Comm. n. 288, p. 31-32; A.VALLEBONA, *Lavoro a termine: il limite comunitario al regresso delle tutele e i poteri del giudice nazionale*, *Mass.giur.lav.*, 2010, p.633-635; L. ZAPPALÀ, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive tra interpretazione costituzionalmente orientata e giudizio sulla violazione della clausola di non regresso*, RIDL, 2010, II, pp. 1050-1058; A. M. PERRINO, *Ancora sul contratto a termine: un passo avanti e due indietro*, in *FI*, 2010, IV, col. 550-555; L. CORAZZA, L. NOGLER, *Die “weiche” Wirkung des Verschlechterungsverbotes in EU-Richtlinien*, *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2011, pp. 58-64; S. GREINER, *Auslegung von Absenkungsverböten in Richtlinien und Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung*, *EuZA*, 2011, pp. 74-84; V. DE MICHELE, *Sul contratto a termine la Corte di Giustizia supera la prima “disfida postale” di Barletta/Trani*, in *LG*, 2010, n. 9, pp. 865-883.

normativa interna sulla necessità di ragioni oggettive temporanee sin dal primo ed eventualmente unico contratto a termine, a prescindere dal clamoroso e ingiustificabile errore interpretativo (v. *infra*) commesso dalla «criticatissima sentenza *Mangold*»⁴⁹ nel dichiarare irricevibile la questione pregiudiziale sull'applicazione della clausola 5, n. 1, lettera a), dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato.

d) L'erroneo riferimento dell'A.G. alla sentenza *Scattolon* nella non soluzione della questione della norma retroattiva che incide sull'equo processo

Singolare, poi, è la posizione che assume l'Avvocato generale Wahl sulla rilevanza della sesta questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Napoli, che attiene all'applicazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e al principio del giusto processo su cui la norma retroattiva interviene senza ragioni oggettive, su cui al paragrafo 97 delle conclusioni il Signor Wahl afferma di non dover rispondere, richiamando la risposta della Commissione europea e, in nota 58, la identica risposta della Corte nella sentenza *Scattolon*. Come indirettamente verrà argomentato nella sentenza *Carratù* dalla Corte di giustizia, non sono riscontrabili né l'idoneità e né la pertinenza dei richiami alle conclusioni della Commissione nella sentenza della Grande Sezione del 6 settembre 2011, perché l'Istituzione europea ha evidenziato il contrasto della norma interna con la direttiva comunitaria e, in conseguenza, ha suggerito che non fosse necessario delibare sull'ulteriore violazione della regola comunitaria e della norma convenzionale sul giusto processo.

Nella fattispecie della causa *Carratù*, invece, l'Avvocato generale ritiene che la clausola 4 dell'accordo quadro comunitario non osti con l'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010 e, quindi, la delibazione anche delle regole del giusto processo nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE avrebbe dovuto essere fatta necessariamente, perché il comma 7 dell'art. 32 della legge n. 183/2010 dispone l'effetto retroattivo della nuova sanzione su processi iniziati con altre regole e con altra sanzione.

E' questa la conferma, dopo la norma interpretativa dell'art. 1, comma 13, della legge n. 92/2012, che la normativa interna è la stessa (con l'aggiunta della norma interpretativa) correttamente rappresentata nella causa *Carratù* dal Giudice partenopeo, e, in linea con la sostanza delle prime tre questioni pregiudiziali proposte dal Tribunale di Napoli, evidenzia che vi è stato (anche) un peggioramento complessivo del livello di tutela dei lavoratori a tempo determinato nell'ambito di applicazione della direttiva 1999/70/CE e, quindi, una violazione della clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro comunitario.

In ogni caso, un dato emerge chiaro dalla discussione in sede europea nella causa *Carratù*, condividendo il senso di fastidio e di disagio ad analizzare la fattispecie da parte dell'Avvocato generale nelle sue conclusioni eticamente comprensibili, ma giuridicamente non corrette: non è più tollerabile che la scelta autarchica nazionale di centinaia di migliaia di contratti a termine "unici", stipulati senza concorso per chiamata diretta da un organismo di diritto pubblico o da un datore di lavoro pubblico, possa ancora continuare a ricadere così negativamente sul processo del lavoro e sugli strumenti di tutela dei diritti fondamentali, al punto da determinarne il collasso sul piano giuridico per le continue modifiche normative combinate alle legittime aspettative di stabilità lavorativa di tanti cittadini.

e) Il giudizio acritico di disvalore etico del comportamento dei lavoratori che abuserebbero del processo serve a coprire le carenze di uno Stato sociale inefficiente

Non pare, in una situazione di eccezionale crisi occupazionale, che sia una colpa quella di chi ha aspirato ad un posto fisso nel pubblico impiego "sostanziale" ricorrendo ad una tutela giudiziale che sostituisce un collocamento pubblico monopolistico che non esiste più dai primi anni '90 per precise

⁴⁹ V. le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott presentate il 4 dicembre 2008 nella causa *Angelidaki e a.* da C-378/07 a C-380/07, punto 3.

richieste⁵⁰ nazionali alle Istituzioni comunitarie; di chi non può più affidarsi dallo stesso arco temporale ad un sistema nazionale o regionale di formazione professionale svuotato dall'uso distorto e inetto dei fondi strutturali comunitari, utilizzati male e parzialmente, soprattutto nelle Regioni dell'Obiettivo 1; di chi non ha accesso ad una rete pubblica (e/o privata) di servizi per l'impiego che possa garantire con contenuti minimi di efficienza l'inserimento o il reinserimento al lavoro anche dei disabili⁵¹ e delle altre categorie professionali sottoprotette, come i lavoratori agricoli o i marittimi (v. *infra*); di chi non può attingere a quel reddito minimo di cittadinanza che quasi tutti gli Stati UE hanno introdotto come ammortizzatore sociale di equità e come strumento di promozione individuale e collettivo, evitando quelle discriminazioni sociali causate dall'uso incontrollabile e fideistico di ammortizzatori in deroga, che penalizza e deprime anche chi ne beneficia.

L'unica possibilità di uscire da questo vortice incontrollabile di precarietà della disciplina lavoristica interna e di implosione del mercato del lavoro nazionale, che lo Stato e il c.d. "parastato" hanno generato, si fonda proprio su quel dialogo diretto tra la Corte di giustizia da un lato, la Corte costituzionale, la Cassazione dall'altro, che sta emergendo faticosamente ma ineluttabilmente, come sottolinea autorevole dottrina⁵² quando esprime l'impotenza del giurista di fronte alle caotiche evoluzioni legislative. Questo dialogo troverà la sua massima espressione nella sentenza *Carratù*.

5. Gli errori della *Mangold* e la perdita di credibilità della Corte di giustizia nell'interpretazione della direttiva 1999/70/CE

a) L'interpretazione *ad personam* nella sentenza *Mangold* sulla causa intentata da Helm

In realtà, se il legislatore italiano ha abusato nel modificare, integrare, depotenziare o annullare le tutele preventive in materia di abusi nella successione dei contratti a termine sia nel pubblico impiego che nel lavoro privato, creando l'attuale situazione di *caos* normativo e giurisprudenziale, vanno però individuati anche i responsabili del (mancato) controllo sulla compatibilità comunitaria e sulla legalità costituzionale delle norme interne. Stiamo parlando della Corte costituzionale e della Cassazione? Assolutamente no.

La confusione è stata causata dalla Corte di giustizia con le troppe contraddizioni, incertezze, omissioni, interpretazioni di favore o *ad personam* (nel caso di specie, lo Stato tedesco o lo Stato italiano e, ultimamente, anche quello spagnolo) e superficialità riscontrabili nella sua giurisprudenza a partire dalla disastrosa e citata sentenza *Mangold*, il caso di scuola inventato dall'avvocato tedesco Helm e assurdamente ritenuto ammissibile e rilevante dalla Corte di Lussemburgo, al punto da discuterne addirittura in Grande Sezione posticipando la discussione della causa più rilevante e più antica di ruolo, la pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Genova nella causa C-53/04, *Marrosu-Sardino* sul precariato pubblico italiano. Anzi, ed è la tesi che viene proposta nel presente lavoro, sono state proprio la Cassazione prima e ora anche la Corte costituzionale a sostituirsi o a supportare la Corte di

⁵⁰ Il riferimento è alla sentenza della CGCE, Sez. VI, del 11 dicembre 1997 in causa C55/06, con cui è stato dichiarato illegittimo il monopolio statale sul collocamento subordinatamente all'accertamento che «gli uffici di collocamento non siano palesemente in grado di soddisfare, per tutti i tipi di attività, la domanda esistente sul mercato del lavoro». La questione di pregiudizialità comunitaria fu sollevata dalla Corte di appello di Milano in sede di reclamo avverso il decreto del 18 dicembre 1995, con cui il Tribunale di Milano aveva respinto l'omologazione dell'atto costitutivo della *Job Centre* coop. a r.l., società cooperativa in via di costituzione che si proponeva nell'oggetto sociale di svolgere attività di mediazione tra domanda e offerta di lavoro subordinato di fornitura temporanea a terzi di prestazioni di lavoro. In realtà, *Job Centre* era stata già omologata con un altro oggetto sociale due mesi prima del decreto di reiezione dell'omologa con altro oggetto e continuerà a svolgere l'attività effettiva (servizi di pulizia) fino al 2004. Sulla questione pregiudiziale *Job Centre*, v. RGLav, 1998, II, 27 con nota di ROCCELLA, *Il caso Job Centre: sentenza sbagliata, risultato (quasi) giusto; ibidem*, 22 ss., con nota di P. ICHINO (difensore di *Job Centre*), *La fine del regime italiano di monopolio statale dei servizi di collocamento*.

⁵¹ La Corte di giustizia, IV Sezione, con la recente sentenza del 4 luglio 2013 in causa C-312/11, *Commissione europea/Repubblica italiana* sul collocamento dei disabili ha concluso che la «Repubblica italiana, non avendo imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili, è venuta meno al suo obbligo di recepire correttamente e completamente l'articolo 5 della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro».

⁵² L. MENGHINI, *Lavoro flessibile e lavoro precario alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni*, relazione al Seminario di formazione tenutosi a Scandicci il 27-29 maggio 2013 su «Lavoro flessibile, lavoro precario, lavoro diffuso: dove va il diritto del lavoro?», organizzato dalla Scuola superiore della Magistratura, p. 35 del manoscritto: «E' questo un periodo di grande disincanto per i giuslavoristi, dato che da molto tempo non riescono ad incidere sull'evoluzione legislativa della materia e si vedono costretti ad una attività di esegesi spicciola di norme dalla portata minima, ma comunque confuse perché compromissorie, improvvisate perché dettate dall'urgenza e magari eliminate dopo poco tempo. Siamo stanchi di studiare modelli innovativi che finiscono col restare nei cassetti».

giustizia nel costruire la fase ascendente della ricostruzione sistematica della disciplina comunitaria sul lavoro a tempo determinato, destrutturata dalla sentenza *Mangold*.

Infatti, è stata per prima la sentenza n. 12985/2008 della Corte di cassazione a correggere e sostituire la inaccettabile interpretazione della sentenza *Mangold* sulla irricevibilità della questione sollevata dal Giudice del rinvio in merito alla clausola 5, n. 1, lettera a), dell'accordo quadro comunitario nel rapporto con la situazione processuale del primo e unico contratto a termine a causale del sedicente abusato dipendente "anziano" dell'avvocato Helm. La Cassazione, che verrà sul punto richiamata come «diritto vivente» nella sentenza n. 214/2009 della Corte costituzionale, richiamando le sentenze *Adeneler* (e della decisione *Del Cerro*, implicitamente) e la stessa *Mangold* della Corte di giustizia, ha "reinterpretato" la giurisprudenza comunitaria, affermando, rispetto alla clausola generale dell'art. 1, comma 1, d. lgs. n. 368/2001, l'applicazione della direttiva 1999/70/CE al primo e unico contratto di lavoro a tempo determinato anche per quanto riguarda le ragioni oggettive temporanee di apposizione del termine.

L'avvocato generale Kokott nelle citate conclusioni della causa *Angelidaki* riprenderà il passaggio interpretativo della sentenza n. 12985/2008 della Corte suprema italiana ai punti 105-107⁵³, concludendo al punto 108 che se uno Stato membro, con disposizioni di diritto interno, definisce le ragioni obiettive ai sensi della clausola 5, n. 1, lett. a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, sorge l'obbligo a carico delle Autorità nazionali di assicurare, in relazione ad ogni singolo caso e nel rispettivo ambito di competenza, un'applicazione di dette disposizioni conforme alla direttiva, di modo che gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato possano essere *effettivamente* prevenuti.

Ma perché è sbagliata la sentenza *Mangold* nella parte in cui sostiene che la clausola 5, n. 1, lettera a), dell'accordo quadro non si applica ai lavoratori con un primo e unico contratto a tempo determinato, conclusioni confermate, tra l'altro, formalmente dalla sentenza *Angelidaki*, salvo poi le precisazioni sulla nozione di "norma equivalente", in base alla quale anche il primo e unico contratto a tempo determinato rientra nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE? La risposta è abbastanza scontata per il giuslavorista. Accettare una soluzione interpretativa del tipo proposto dalla sentenza *Mangold* significa ammettere che la Corte di giustizia sarebbe totalmente incompetente a verificare la compatibilità della clausola 5 dell'accordo quadro con la normativa interna regolatrice, tutte le volte in cui, anche in casi di pluralità di contratti a tempo determinato con lo stesso datore di lavoro, la disciplina nazionale prevedesse, come ad esempio in Germania, la possibilità di concatenazione contrattuale, cioè di contratti in successione tutti giustificati da ragioni oggettive temporanee e senza lasso temporale minimo tra un contratto a termine e quello "successivo"; oppure, tutte le volte in cui, come nei giudizi principali in materia di lavoro marittimo delle questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte di cassazione, una pluralità di contratti a tempo determinato privi di ragioni oggettive temporanee sono stipulati a distanza di molti mesi (7-8 mesi) l'uno dall'altro, in guisa tale da non potersi considerare rapporti a tempo determinato "successivi" nella nozione di contratti successivi - e, quindi, con presunzione di abusivo utilizzo - enunciata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Adeneler* sulla norma greca (giudicata incompatibile con la clausola 5, n. 2, dell'accordo quadro) che prevedeva un intervallo minimo tra un contratto a termine e un altro rapporto a tempo determinato di venti giorni, salvo poi precisare con l'ordinanza Vassilakis che tre mesi di tempo di intervallo potevano considerarsi congrui.

Seguiamo nelle contraddittorie applicazioni pratiche delle discipline nazionali di Germania e di Italia gli svolazzi interpretativi della Corte di giustizia sul primo contratto a termine escluso dalla

⁵³ Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott nella causa *Angelidaki*, punti 105-107: «105. Un fabbisogno meramente temporaneo del datore di lavoro può senza dubbio costituire una ragione obiettiva ai sensi della clausola 5, n. 1, lett. a), dell'accordo quadro, in via di principio idonea a giustificare il ricorso a rapporti di lavoro a tempo determinato. Ciò risulta con particolare evidenza nelle ipotesi di lavoro stagionale e di realizzazione di determinati progetti, limitati quanto a durata ed oggetto, qualora essi comportino per il datore di lavoro un picco occupazionale ma non determinino un carico di lavoro duraturo. 106. Se, tuttavia, vi sono disposizioni legislative che definiscono in tal senso il fabbisogno temporaneo del datore di lavoro quale ragione obiettiva per l'utilizzo del lavoro a tempo determinato, tutte le autorità nazionali – comprese quelle amministrative e giudiziarie – devono peraltro assicurare, nel rispettivo ambito di competenza, un'applicazione di queste disposizioni conforme alla direttiva, affinché le stesse possano consentire un'effettiva prevenzione degli abusi. 107. Risulterebbe in contrasto con la finalità di prevenzione degli abusi che sta alla base della clausola 5, n. 1, lett. a), dell'accordo quadro, se le suddette disposizioni di legge nella prassi venissero convertite nel loro contrario, fornendo una giustificazione per il ricorso a rapporti di lavoro a tempo determinato proprio nei casi in cui, in realtà, non viene soddisfatto un fabbisogno temporaneo, bensì un fabbisogno permanente e durevole del datore di lavoro».

clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro, ma non dalla clausola 4 dell'accordo quadro e dall'applicazione del principio di uguaglianza e non discriminazione nei confronti dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili, come affermato costantemente dalla Corte di giustizia a cominciare dalla sentenza *Del Cerro* anche per il primo e unico contratto, non accogliendo le conclusioni dell'Avvocato generale Poiarés Maduro che, se accolte, avrebbero sì evitato tante altre analoghe ordinanze di rinvio dei Giudici nazionali, ma avrebbero anche sancito la totale incompetenza del Collegio lussemburghese nell'affrontare i problemi interpretativi della più importante delle direttive sociali.

b) Gli effetti negativi della sentenza *Mangold* nel dialogo/confitto tra le Alte Corti

Evidentemente, sarebbe ben difficile affermare la primazia del diritto comunitario, quando il Giudice comunitario si dichiara manifestamente incompetente ad interpretarne le norme.

E quando ciò è successo per erronea valutazione della propria incompetenza - cioè per eccessivo rispetto della discrezionalità degli Stati membri nel recepire la normativa comunitaria o per eccessiva prudenza nei confronti degli Stati forti come Germania e Italia in un momento di grande difficoltà per la costruzione europea privata nel 2004 della sua architettura costituzionale - come nel caso *Mangold* per la disciplina del contratto a termine o come nel caso *Crocefissa Savia*⁵⁴ sul trasferimento del personale ATA transitato agli Enti locali o come nel caso delle due ordinanze *Vino* sulla causale finanziaria Poste italiane, le mura della sacra Ilio hanno rischiato di crollare senza neanche un cavallo di Troia come causa giustificatrice, provocando:

- il ripetuto e contraddittorio (all'interno della giurisprudenza costituzionale nazionale) intervento delle due principali Corti costituzionali sul caso *Mangold* (sentenza *Lisbona* e ordinanza *Mangold-Urteil* della Corte costituzionale tedesca; ordinanza n. 252/2006, sentenze nn. 44/2008, 214/2009 e 107/2013 della Corte costituzionale italiana);

- la crisi del rapporto tra le Alte Corti sovranazionali e nazionali sul caso *Crocefissa Savia-Scattolon* (sanata dal saggio intervento della Corte costituzionale italiana con la sentenza n. 170/2013 e, pare a chi scrive, grazie alla fine del teorema del parametro interposto Cedu o della normativa comunitaria, confessata pubblicamente e con geniale bonomia dal Prof. Tesaurò il 15 novembre 2013 al *Workshop* di Genova in risposta alla provocatoria domanda del Prof. Ruggeri) e la violazione delle regole procedurali del giudizio pregiudiziale sul caso *Vino*, con le conseguenti modifiche al Regolamento

⁵⁴ Tribunale di Milano, Est. Mascarello, ordinanza di rinvio pregiudiziale del 16 giugno 2008, pubblicata su *GUCE* n. C 236 del 13 settembre 2008, p. 9, iscritta come causa *Crocefissa Savia* n. C-287/08. Poco prima del deposito dell'ordinanza n. 22260/08 della Corte di cassazione, sulla norma interpretativa che negava il diritto al riconoscimento dell'anzianità di servizio al personale dell'amministrazione scolastica trasferito dagli Enti locali allo Stato era stata sollevata questione di pregiudizialità comunitaria dal Tribunale di Milano che, diversamente da quanto precisato nell'ordinanza *Senese* della Suprema Corte, aveva già considerato l'art. 6 CEDU e il diritto all'equo processo tutelato dalla Convenzione come principio generale di diritto comunitario, senza indicare peraltro alcuna disposizione di diritto "comunitario" "derivato" che fosse stata violata dalla regola interna, ad esempio in materia di trasferimento d'azienda (direttiva 77/CE/187, modificata dalla direttiva 98/CE/50). In buona sostanza, il giudice meneghino, qualche giorno prima della ratifica del Trattato di Lisbona da parte del Parlamento italiano, aveva chiesto alla Corte di giustizia una applicazione orizzontale dei principi generali di diritto comunitario e, in particolare, del principio generale dell'equo processo, senza specificare se la situazione che aveva dato origine al rinvio pregiudiziale rientrasse nel campo di applicazione del diritto comunitario. Anomala la risposta della Corte di giustizia nell'immediatezza della reazione "interpretativa": in soli 20 giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rinvio sulla Gazzetta ufficiale, la Corte europea con ordinanza del 3 ottobre 2008, emanata ai sensi dell'art. 92, n. 1 e 103, n. 1, del Regolamento di procedura, si è dichiarata manifestamente incompetente a pronunciarsi sulle questioni sollevate dal Giudice del lavoro di Milano. Invero, la pronuncia di incompetenza della Corte di giustizia è in linea con la giurisprudenza del Giudice comunitario. Infatti, dal momento che una normativa nazionale entra nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, la Corte di Lussemburgo, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa con i diritti fondamentali di cui la Corte assicura il rispetto. Per contro, la Corte non ha competenza nei confronti di una normativa che non si collochi nell'ambito del diritto comunitario e qualora l'oggetto della controversia non presenti alcun elemento di collegamento con quest'ultimo: infatti la situazione delle ricorrenti nella causa principale e l'oggetto della legislazione italiana applicabile alle domande introdotte davanti al giudice del rinvio non ricadevano, di per sé, nella sfera di applicazione del diritto comunitario. Tuttavia, se il giudizio davanti alla Corte di giustizia avesse seguito l'iter procedurale ordinario (osservazioni scritte e trattazione orale della causa pregiudiziale) e i suoi tempi, nel dialogo tra le Corti avrebbero potuto emergere elementi idonei a far ricomprendere la questione dell'ambito di applicazione del diritto comunitario, potendosi configurare la norma interna - l'art. 8, commi 1 e 2, della legge 3 maggio 1999, n. 124 - come "attuazione" della direttiva 91/533/CE e del correlato obbligo del datore di lavoro pubblico di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto di lavoro. Troppo frettolosa è stata la decisione della Corte di giustizia, inusualmente non collaborativa con il Giudice nazionale del rinvio, che ha trovato una perfetta sponda "ideologica" nella sentenza n. 311/2009 della Corte costituzionale, che dichiara ancora una volta infondata la questione sollevata dalla Cassazione con l'ordinanza n. 22260/2008. La vicenda processuale *Crocefissa Savia* è commentata da V. DE MICHELE, *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro italiano: alla ricerca di un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, in *LG*, 2010, n. 2, pp. 116-117.

della Corte di giustizia in vigore dal 1° luglio 2011 per rendere discrezionale la fase orale di trattazione della causa, dopo le dure critiche sull'interpretazione di favore e senza il rispetto del contraddittorio nella 1ª ordinanza *Vino*⁵⁵.

c) Il peccato originale da nascondere: l'autonomia della flessibilità contrattuale della Commissione europea negata dalla sentenza *Vitari* della Corte di giustizia su una questione "italiana"

Probabilmente, molto condizionante sulla giurisprudenza comunitaria di interpretazione della direttiva 1999/70/CE è stata la citata sentenza *Vitari*⁵⁶ della Corte di giustizia, su questione pregiudiziale sollevata dal Pretore di Torino in materia di contratti a termine stipulati in Italia dalla Fondazione europea (Istituzione comunitaria) nella vigenza della legge n. 230/1962 (un unico contratto a termine di dieci mesi da marzo a dicembre 1996, prorogato fino a giugno 2007), in cui la Corte europea «ha affermato che l'art. 79 del regime applicabile agli altri agenti delle Comunità europee deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un'istituzione comunitaria concluda un contratto di lavoro a tempo determinato con un agente locale qualora la propria regolamentazione applicabile alle condizioni di lavoro degli agenti locali, adottata sulla base della regolamentazione e degli usi dello Stato della sede di servizio, vi si opponga. Spetta pertanto al giudice di rinvio verificare se, in conformità dell'art. 3 della regolamentazione relativa alle condizioni di lavoro degli agenti locali in servizio in Italia, adottata dalla Commissione, le circostanze caratterizzanti il lavoro o la natura del medesimo esigessero che il contratto di agente locale tra le parti della causa principale fosse concluso a tempo determinato. Interessante è però il compito demandato dalla Corte al giudice nazionale, atteso che la sentenza afferma che, in caso di risposta negativa al quesito sopra detto, incombe a detto giudice convertire il detto contratto in un contratto di lavoro a tempo indeterminato».

Si trattava, per l'Italia, di una decisione molto importante, per comprendere la *ratio* dell'evoluzione della normativa interna e del dibattito dottrinale (sostanzialmente inesistente) e giurisprudenziale (enorme) degli effetti dirompenti che questa dimenticata sentenza ha avuto dopo l'entrata in vigore della direttiva 1999/70/CE anche nei rapporti istituzionali tra Comunità economica europea e legislazione nazionale sia nei rapporti "culturali" tra legislazioni nazionali di settore, per la centralità della legge n. 230/1962 nella elaborazione dell'accordo quadro comunitario sul contratto a tempo determinato con le ragioni oggettive di apposizione del termine e il carattere eccezionale e, comunque, temporaneo e transitorio delle esigenze di personale da assumere.

La sentenza *Vitari* della Corte di giustizia ha influito sulla tutela dei diritti dei lavoratori precari italiani, in particolare nel pubblico impiego, in un complesso e silente conflitto di posizioni tra la giurisprudenza della Corte costituzionale e quella comunitaria da un lato, tra le Istituzioni comunitarie e la giurisprudenza nazionale dall'altro, all'interno del quale, a fasi alterne e secondo le circostanze, la legge n. 230/1962 (e successive modifiche ed integrazioni) è stata utilizzata ideologicamente o come strumento ottimale di tutela dei diritti dei lavoratori flessibili e modello di corretta regolamentazione della disciplina del contratto a termine oppure come legislazione troppo vincolistica.

Era emerso, infatti, un grave problema di competenze e di omogenea applicazione del principio fondamentale di uguaglianza e non discriminazione tra lavoratori in situazioni analoghe. Se, infatti, il Giudice nazionale italiano poteva applicare la legge n. 230/1962 anche alle Istituzioni comunitarie per i rapporti di lavoro a termine instaurati *ratione loci* e condannarle ad assumere a tempo indeterminato il personale precario, nel caso di abusi, non vi era alcuna ragione che ostacolasse l'applicazione delle stesse sanzioni anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni "interne". Tuttavia, la sentenza *Vitari* ha condizionato anche la legislazione tedesca di recepimento della direttiva 1999/70/CE.

⁵⁵ Sulle critiche all'ordinanza *Vino* cfr. V. DE MICHELE, *La giurisprudenza della Corte di giustizia nel 2010 e l'interpretazione "infinita" sul contratto a termine*, in *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, di R. FOGLIA E R. COSIO (a cura di), 2011, Milano, pp. 605-752.

⁵⁶ Il primo commento alla "dimenticata" sentenza *Vitari*, a distanza di oltre dieci anni, è nella relazione tematica n. 2/2011 dell'Ufficio del Massimario della Cassazione del 12 gennaio 2011 sul Collegato lavoro, redatta da F. BUFFA, da cui si è preso spunto per una disamina più articolata sulle "cause" della scelta legislativa italiana di abrogare la legge n. 230/1962 e sostituirla con il d.lgs. n. 368/2001: v. V. DE MICHELE, *La relazione del Massimario della Cassazione rievoca i "fantasmi" della l. n. 230/1962 sul contratto a termine*, in *LG*, 2011, n. 3, p. 237-258.

6. Il recepimento della direttiva 1999/70/CE in Germania e la spinta alla flessibilità per i dipendenti privati e pubblici attraverso la causalità definita senza contratti successivi

a) La legislazione tedesca attuativa della direttiva 1999/70/CE

Il legislatore tedesco, infatti, ha dato tempestiva attuazione all'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato con la legge sul lavoro a tempo parziale e sui contratti a tempo determinato «TzBfG» del 21 dicembre 2000, entrata in vigore il 1° gennaio 2001.

L'art. 14 TzBfG, che disciplina i contratti a tempo determinato, ha seguito il modello italiano dell'art. 1, comma 2, della legge n. 230/1962 e, per la prima volta⁵⁷ nell'ordinamento tedesco, ha introdotto al n. 1 la misura preventiva di cui alla clausola 5, n. 1, lettera a) dell'accordo quadro delle ragioni obiettive, non prevista nella precedente disciplina interna, ritenendo evidentemente tale misura la più efficace tra quelle preventive, anche alla luce del 6° considerando dell'accordo quadro, anche alla luce della sentenza *Vitari*.

Le ragioni obiettive che consentono l'apposizione di un termine ad un contratto di lavoro a tempo determinato vengono analiticamente specificate (sempre art. 14, n. 1⁵⁸), con obbligo di apporre il termine in forma scritta (art. 14, n. 4). Si tratta di ipotesi caratterizzate dalla temporaneità, dalla necessità di acquisizione di competenze per l'inserimento lavorativo (compreso il patto di prova), dalle esigenze sostitutive, dalle caratteristiche produttive, da ragioni inerenti la persona del lavoratore, da esigenze finanziarie di bilancio delle pubbliche amministrazioni oppure con termine stabilito a seguito di una transazione giudiziale. E' una flessibilità ragionevole, sicuramente più efficace ad incentivare nuova occupazione rispetto alla legislazione precedente, caratterizzata da ipotesi a-causali.

Le altre due misure preventive di cui alla clausola 5, n. 1 (lett. *b e c*), già previste nella precedente disciplina nazionale, vengono conservate in via sussidiaria ed eccezionale, applicandole ai contratti a termine stipulati in assenza di una ragione obiettiva⁵⁹, introducendo la possibilità per la contrattazione collettiva di derogare alla durata massima complessiva di due anni o al numero massimo di rinnovi⁶⁰. Una fattispecie di deroga della contrattazione collettiva sia nell'individuazione di fattispecie a-causali o senza ragioni sia al limite biennale di durata e/o al numero massimo di rinnovi è quella prevista dal contratto collettivo quadro per il personale navigante (trasporto aereo)⁶¹, specificamente esaminata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Deutsche Luftansa*.

⁵⁷ Nella sentenza *Mangold* la Corte di giustizia ricostruisce ai punti da 14 a 19 la normativa nazionale tedesca prima e a seguito del recepimento della direttiva 1999/70/CE.

⁵⁸ Art. 14, n. 1: «L'apposizione di un termine ad un contratto di lavoro è consentita quando sia giustificata da una ragione obiettiva. Una ragione obiettiva sussiste qualora: 1. l'azienda necessiti della prestazione di lavoro in questione solo in via temporanea; 2. la durata a tempo determinato del contratto sia connessa ad attività di formazione o di studio al fine di agevolare il passaggio del lavoratore ad un'occupazione connessa; 3. il lavoratore venga assunto per sostituire un altro lavoratore; 4. le caratteristiche della prestazione lavorativa giustificano la durata a tempo determinato; 5. la durata a tempo determinato sia in funzione di un periodo di prova; 6. ragioni inerenti alla persona del lavoratore giustificano la durata a tempo determinato; 7. il lavoratore venga remunerato con risorse di bilancio finanziariamente destinate per un'occupazione a tempo determinato ed assunto in conformità a tale destinazione, oppure 8. la durata a tempo determinato sia dovuta ad una transazione giudiziale».

⁵⁹ Art. 14, n. 2: «La durata massima consentita dei contratti di lavoro a tempo determinato in assenza di una ragione obiettiva è di due anni. Entro tale limite, il contratto di lavoro a tempo determinato può essere rinnovato al massimo per tre volte. Non è consentito stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato ai sensi della prima frase con un lavoratore che ha già avuto un rapporto di lavoro a tempo determinato o indeterminato con lo stesso datore di lavoro. Un contratto collettivo può derogare alla prima frase fissando il numero dei rinnovi o la durata massima. Il datore di lavoro o lavoratori del settore interessato da una contrattazione collettiva ma a questa non soggetti, possono concordare l'applicazione della normativa collettiva».

⁶⁰ Sul punto v. M. FUCHS, *Precariato e welfare. Il sistema tedesco*, in *Precariato e welfare in Europa*, di C. LA GALA (a cura di), 2007, Roma, p. 154.

⁶¹ L'art. 19 del contratto collettivo quadro n. 1, applicabile al personale navigante prevede quanto segue:

«Cessazione del rapporto di lavoro per raggiungimento del limite di età

- 1) Il rapporto di lavoro cessa – senza necessità di preavviso – al termine del mese di compimento del 55esimo anno di età.
- 2) In condizioni di idoneità fisica e professionale, il rapporto di lavoro dell'assistente di cabina può essere prorogato, con l'accordo di entrambe parti, oltre l'età di 55 anni. Se il rapporto di lavoro dell'assistente di cabina viene prorogato, esso cessa – senza necessità di preavviso – al termine del mese in cui il dipendente compie un ulteriore anno di età. È consentito ripetere il rinnovo. In ogni caso il rapporto di lavoro cessa – senza necessità di preavviso – al termine del mese di compimento dei 60 anni di età.
- 3) Gli assistenti di cabina, al raggiungimento del limite di età e finché sono pienamente idonei, possono essere impiegati, se non è più possibile svolgere attività come personale di bordo, per altre mansioni all'interno della compagnia. In questo caso, tuttavia, non può derivare dalla precedente occupazione come personale di bordo alcun diritto a percepire la retribuzione ricevuta fino a quel momento. Non sussiste alcun obbligo di proseguire il rapporto di lavoro né da parte dell'impresa né da parte dell'assistente di cabina».

Come unica fattispecie a-causale “tipica”, l’art. 14, n. 3, TzBfG⁶² non richiedeva una ragione obiettiva per stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato, qualora il lavoratore all’inizio del rapporto avesse già compiuto 58 anni, con espresso divieto di stipulare un contratto a tempo determinato qualora vi fosse una stretta connessione obiettiva con un precedente contratto a tempo indeterminato con il medesimo datore di lavoro (connessione obiettiva sussistente qualora tra i due contratti di lavoro vi sia un intervallo di tempo inferiore ai 6 mesi). Il limite di 58 anni è sostituito fino al 31 dicembre 2006 con quello di 52 anni. Questa disposizione, come già anticipato, verrà considerata dalla sentenza *Mangold* in contrasto con la direttiva comunitaria antidiscriminatoria n. 2000/78/CE, nonostante si trattasse di un primo e unico contratto a tempo determinato che non superava il limite massimo di durata dei rapporti a termine successivi a-causali con lo stesso datore di lavoro (due anni).

In conseguenza della sentenza *Mangold*, l’art. 14 TzBfG è stato modificato in due punti dalla legge per il miglioramento delle opportunità occupazionali degli anziani (*Gesetz zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Menschen*), emanata il 19 aprile 2007, entrata in vigore il 1° maggio 2007.

In primo luogo, il legislatore tedesco nel 2007 ha inserito un comma 2a⁶³, particolarmente utilizzato nel settore automobilistico (con ottimi risultati), estendendo la possibilità di stipulare contratti a tempo determinato nei primi 4 anni di *start up* di nuove imprese (fatta eccezione per la riorganizzazione di studi professionali o di aziende) per la durata massima di quattro anni, anche con ripetuti rinnovi eventualmente asseverati dalla contrattazione collettiva, ai sensi del comma 2 dello stesso art. 14 TzBfG, applicabile dal 2° al 4° periodo.

Contestualmente, la legge di promozione dell’occupazione di lavoratori “anziani” (che hanno compiuto i 52 anni) ha modificato l’art. 14, n. 3, TzBfG⁶⁴, consentendo l’apposizione del termine contrattuale per un periodo di cinque anni senza ragioni oggettive ai lavoratori che, all’inizio del rapporto di lavoro a tempo determinato, hanno compiuto 52 anni di età e che siano stati senza lavoro per almeno quattro mesi prima dell’inizio del lavoro temporaneo, anche se coperto da indennità di disoccupazione o dalla partecipazione ad un progetto di lavoro di reinserimento finanziato dal Governo federale. Il rinnovo contrattuale massimo del rapporto acausale è consentito per la durata complessiva di cinque anni.

La norma novellata, finalizzata specificamente a favorire il reinserimento lavorativo del personale ultracinquantaduenne (vero lavoratore “*Mangold*”), pare mutuata da esperienze di contrattazione collettiva e, in particolare, da quella stessa disposizione contrattuale del personale viaggiante, che la Corte di giustizia ha avuto modo di delibare nella citata sentenza *Deutsche Luftansa* e che consentiva, dopo la cessazione automatica del rapporto di lavoro al raggiungimento del 55° anno di età per il personale assistente di cabina, di raggiungere il 60° anno di età con singoli rinnovi contrattuali di rapporti a tempo determinato di durata annuale.

Infine, l’articolo 16 del TzBfG ha previsto che, in caso di invalidità del contratto di lavoro a tempo determinato, detto contratto sarà riqualficato come contratto di lavoro a tempo indeterminato.

In buona sostanza, recependo l’accordo quadro comunitario il legislatore tedesco ha modificato il sistema di tutele antiabusivie in materia di contratti a tempo determinato senza differenziazione tra

⁶² Art. 14, n. 3, TzBfG: «Non è richiesta una ragione obiettiva per stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato qualora il lavoratore all’inizio del rapporto abbia già compiuto 58 anni. Non è consentita la fissazione di una durata determinata qualora sussista una stretta connessione oggettiva con un precedente contratto di lavoro a tempo indeterminato con il medesimo datore di lavoro. Una tale stretta connessione oggettiva deve, in particolare, presumersi qualora tra i due contratti di lavoro sussista un intervallo di tempo inferiore ai sei mesi».

⁶³ Art. 14, n. 2a, TzBfG: «In den ersten vier Jahren nach der Gründung eines Unternehmens ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von vier Jahren zulässig; bis zu dieser Gesamtdauer von vier Jahren ist auch die mehrfache Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig. Dies gilt nicht für Neugründungen im Zusammenhang mit der rechtlichen Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen. Maßgebend für den Zeitpunkt der Gründung des Unternehmens ist die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, die nach § 138 der Abgabenordnung der Gemeinde oder dem Finanzamt mitzuteilen ist. Auf die Befristung eines Arbeitsvertrages nach Satz 1 findet Absatz 2 Satz 2 bis 4 entsprechende Anwendung».

⁶⁴ Art. 14, n. 3, TzBfG, come modificato nel 2007: «Die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes ist bis zu einer Dauer von fünf Jahren zulässig, wenn der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 52. Lebensjahr vollendet hat und unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses mindestens vier Monate beschäftigungslos im Sinne des § 138 Absatz 1 Nummer 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch gewesen ist, Transferkurzarbeitergeld bezogen oder an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch teilgenommen hat. Bis zu der Gesamtdauer von fünf Jahren ist auch die mehrfache Verlängerung des Arbeitsvertrages zulässig».

rapporti alle dipendenze di datori di lavoro privati o pubbliche amministrazioni, impostandolo su quelle ragioni oggettive a temporaneità “tipizzata” sin dal 1° ed eventualmente unico rapporto, disciplinando la successione dei contratti soltanto per i rapporti a termine “acausalì”, affidati nella loro specificazione alla contrattazione collettiva (art. 14, n. 2 e poi anche n. 2a, TzBfG).

Solo in questo caso (cioè della acausalità), dunque, in Germania trovano applicazione le due misure preventive (già) previste dall’ordinamento interno di cui alla clausola 5, n. 1, lettere b) e c), dell’accordo quadro comunitario, abrogando però la misura antifraudolenta della connessione oggettiva tra un contratto a tempo determinato (o a tempo indeterminato) e quello successivo nel rispetto del rigoroso lasso temporale di 4 mesi, come era nella disciplina precedente abrogata.

Sostanzialmente, abbandonando la soluzione della acausalità del contratto a tempo determinato limitata a situazioni eccezionali per favorire il reinserimento lavorativo dei soggetti più svantaggiati per età o a esigenze produttive o economico-sociali contingenti da gestire attraverso il contratto collettivo, il legislatore tedesco ha operato una scelta di riorganizzazione normativa radicale finalizzata ad una maggiore flessibilità nell’uso del modello contrattuale regolamentato dalla direttiva 1999/70/CE, adottando il modello spagnolo con possibilità di ricorso “a cascata” (per le esigenze sostitutive o per quelle finanziarie pubbliche, essendo oggettivamente incompatibile la ripetizione contrattuale con le altre ragioni oggettive tipizzate) a contratti a termine anche senza soluzione di continuità, purché assistiti dall’ipotesi causale prevista dall’art. 14, n. 1, TzBfG.

Si è trattato di una scelta vincente, evidentemente, sul piano macroeconomico, ma rischiosa, perché la modifica della precedente disciplina sui contratti successivi (rimasta solo nella originaria versione dell’art. 14, n. 3, TzBfG per i lavoratori ultracinquantadueni, ma con connessione oggettiva limitata ad un precedente contratto a tempo indeterminato con la stessa azienda cessato nei sei mesi precedenti l’inizio del “successivo” contratto a termine) ha provocato la censura della giurisprudenza comunitaria.

b) La normativa tedesca attuativa dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato e la CGUE

Dapprima, infatti, la norma acausale per i lavoratori anziani dell’art. 14, n. 3, TzBfG è stata messa in discussione con la sentenza *Mangold* attraverso il principio metagiuridico⁶⁵ del diritto dell’Unione europea di uguaglianza e non discriminazione per età su un primo e unico contratto a termine acausale “simulato” ai sensi dell’art. 14, n. 3, TzBfG, su cui però il Governo tedesco (rimanendo fedele alla precedente norma che consentiva l’uso sostanzialmente indiscriminato dei contratti a termine per i lavoratori ultrasessantenni, salvo il rispetto del lasso temporale minimo di quattro mesi da un precedente contratto a tempo indeterminato, come previsto dall’art. 1, nn. 2 e 3 in combinato disposto, del *Beschäftigungsförderungsgesetz* fino al 31 dicembre 2000) non si è difeso sul piano interpretativo richiamando le misure preventive sui contratti acausalì dell’art. 14, n. 2, TzBfG, giustificando così la censura sul possibile (ab)uso precarizzante della norma interna prima nelle conclusioni dell’Avvocato generale Tizzano (che aveva invitato la Corte all’interpretazione conforme per superare il contrasto con l’ordinamento europeo) e poi della Grande Sezione della Corte di giustizia (che invece nella sentenza del 22 novembre 2005 ha forzato per la disapplicazione della disciplina nazionale).

Va sottolineato che la natura ostativa della norma interna di favore rispetto al principio comunitario di non discriminazione per età è stata riconosciuta dallo stesso Tribunale federale del lavoro che, con sentenza del 26 Aprile 2006-7 AZR 500/04, ha immediatamente recepito le indicazioni della sentenza *Mangold*, disapplicando per violazione del principio di discriminazione per età la norma che consentiva l’assunzione a termine senza ragioni oggettive dei lavoratori ultracinquantadueni, riformando così le decisioni dei due precedenti gradi di giudizio che avevano rigettato la domanda del lavoratore.

Soltanto dopo tre anni il Bundesarbeitsgericht, sensibile alle critiche alla sentenza *Mangold* da parte dell’ex Presidente della Corte costituzionale tedesca Herzog, con domanda del 23 marzo 2009 nella causa C-109/09 *Deutsche Lufthansa AG / Gertraud Kumpan*, in un vero processo ha riproposto il

⁶⁵ V. PICCONE, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sui contratti a termine*, in www.europeanrights.eu, sezione Commenti 15.12.2011.

contrasto della normativa interna già delibata nella *Mangold*, senza il riferimento alla clausola di non regresso ma con il richiamo della clausola 5, n. 1 dell'accordo quadro e dei principi generali del diritto comunitario, chiedendo sostanzialmente alla Corte di giustizia di correggere la "motivazione" del precedente della Grande Sezione sulla irricevibilità della questione sulla clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro.

Senza dubbio, nella sentenza 10.3.2011 nella causa C-109/09 *Deutsche Lufthansa AG* la Corte di giustizia - pendendo davanti alla Corte costituzionale tedesca il giudizio di legittimità costituzionale in via principale promosso da Honeywell per "invalidare" la sentenza *Mangold* - ha compiuto una raffinata operazione di consolidamento dei principi affermati dalla Grande Sezione nella criticatissima decisione, ribadendo innanzitutto che «il ricorso ai contratti a tempo determinato riveste...carattere eccezionale rispetto ai contratti a tempo indeterminato» (n. 30).

c) La sentenza *Deutsche Lufthansa* corregge gli errori della decisione *Mangold* per la Germania

La Corte di Lussemburgo nella sentenza *Deutsche Lufthansa* ha risolto in modo molto diverso - sul piano interpretativo⁶⁶ e non della disapplicazione della disciplina interna in contrasto con la direttiva antidiscriminatoria 2000/78/CE (su cui, pur essendo la 1^a questione sollevata dalla Cassazione tedesca, la Corte non si è più pronunciata) - rispetto alla sentenza *Mangold* la questione di compatibilità della clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro sul contratto a tempo determinato con la stessa norma interna della legislazione tedesca (l'art. 14, n. 3, del TzBfG), di cui si è occupata nella causa *Mangold*, dichiarata ricevibile e ostativa rispetto all'interpretazione "nomofilattica" proposta dalla Corte federale del lavoro, che negava nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale la «connessione oggettiva con un precedente contratto a tempo indeterminato con lo stesso datore di lavoro», così come negava la possibilità di applicare alla fattispecie disciplinata dalla disposizione di favore per il reinserimento dei lavoratori anziani (prima della modifica del 2007) le misure preventive previste dall'art. 14, n. 2, del TzBfG, confermando la vocazione "precarizzante" dell'uso della norma in questione evidenziata nelle conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano nella causa *Mangold*.

La tecnica utilizzata dalla Corte di giustizia è più innovativa e più sofisticata, oltre che più ragionevole, della soluzione della disapplicazione adottata nel precedente *Mangold*. Nel caso della lavoratrice sessantenne (al momento in cui chiede la prosecuzione del rapporto di lavoro "precario" che, diversamente, si sarebbe interrotto al compimento del 60° anno di età) nella causa C-109/10 si trattava di quattro contratti a tempo determinato di durata annuale, o meglio di un contratto iniziale e di tre proroghe. Tuttavia la Corte federale del lavoro li ha considerati di fatto come un unico rapporto a tempo determinato ai sensi del citato art. 19 del contratto collettivo quadro n. 1 del personale navigante, avendo escluso che la normativa interna (assumendo il Bundesarbeitsgericht la non

⁶⁶ Precisa la Corte ai punti 40 – 44:

«40. Sebbene sia stato concepito per agevolare il reinserimento nel lavoro dei lavoratori di età più avanzata, l'art. 14, n. 3, del TzBfG produce l'effetto di ridurre il livello di tutela sociale di tutti i lavoratori di età più avanzata, privandoli di tutte le misure di tutela indicate nella clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro e destinate a prevenire il ricorso abusivo a ripetuti contratti a tempo determinato. 41 Infatti, per le persone che rientrano nella sua sfera di applicazione, l'art. 14, n. 3, del TzBfG non prevede alcuna delle misure indicate nella clausola 5, punto 1, lett. a)-c), dell'accordo quadro e destinate a prevenire efficacemente l'utilizzazione abusiva di ripetuti contratti di lavoro a tempo determinato. Al contrario, l'art. 14, n. 3, del TzBfG prevede che la conclusione di un contratto di lavoro a tempo determinato con lavoratori che abbiano raggiunto una certa età non è subordinata alla sussistenza di una ragione oggettiva. Tale disposizione non contiene alcuna condizione riguardante la durata massima complessiva di ripetuti contratti a tempo determinato o il numero dei loro rinnovi. 42 La Corte ha già avuto modo di affermare che una disposizione nazionale che si limitasse ad autorizzare, in modo generale ed astratto attraverso una norma legislativa o regolamentare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato successivi, non sarebbe conforme a criteri come quelli precisati nella clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro (v. sentenza *Adeneler* e a., cit., punto 71). 43 Una siffatta disposizione, che non giustifica in modo specifico l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi con l'esistenza di fattori oggettivi relativi alle peculiarità dell'attività interessata e alle condizioni del suo esercizio, comporta un rischio concreto di determinare un ricorso abusivo a tale tipo di contratti e, pertanto, non è compatibile con lo scopo e l'effettività dell'accordo quadro (sentenza *Adeneler* e a., cit., punto 72). 44 Tuttavia, come emerge dalle disposizioni della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, una normativa nazionale, che ammette una successione di contratti a tempo determinato senza esigere una ragione oggettiva, né imporre una durata massima complessiva di successivi contratti a tempo determinato ovvero imporre un numero di rinnovi, può essere considerata conforme all'accordo quadro qualora l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato preveda un'altra misura efficace equivalente per evitare e, all'occorrenza, sanzionare l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato ripetuti (v., in tal senso, citate sentenze *Adeneler* e a., punto 105; Marrosu e Sardino, punto 49, nonché *Vassallo*, punto 34)».

applicazione dell'art. 14, n. 2, del TzBfG) li considerasse “successivi” e prevedesse così che la 1^a o la 2^a o la 3^a proroga comportassero la “sanzione” della trasformazione a tempo indeterminato.

La soluzione della Corte di giustizia nella sentenza del 10 marzo 2011 è coerente con la ricostruzione fattuale e interpretativa della Corte di cassazione tedesca che si trattasse di un unico rapporto di lavoro, ma la Corte europea, per il rilevato contrasto con la clausola 5, n. 1, lett. a) dell'accordo quadro (unica misura preventiva generale delle ragioni oggettive introdotta dal legislatore tedesco a seguito del recepimento della direttiva 1999/70/CE), non solo non si è dichiarata incompetente (a differenza di quanto accaduto con la *Mangold*), ma ha riqualificato *de iure* il rapporto di lavoro “illegittimo” in contratto a tempo indeterminato per violazione della nozione comunitaria di contratti successivi già precisata nella sentenza *Adeneler*, consentendo così al Giudice nazionale, dopo aver riscritto la norma interna, di far scattare la sanzione della presunzione di indeterminatezza contrattuale per connessione oggettiva tra un rapporto a tempo indeterminato (così reinquadrato a seguito del rilievo comunitario di frode oggettiva di più contratti successivi acausali) e il “successivo” contratto a termine acausale iniziato prima del decorso di sei mesi dal precedente rapporto.

d) Il problema dell'abuso del precariato pubblico tedesco nelle cause *Jansen e Küçük*

Nonostante la apparente correttezza del processo traspositivo della direttiva 1999/70/CE, dunque, anche l'ordinamento tedesco ha dovuto verificare la compatibilità con il diritto UE delle soluzioni adottate in materia di tutele preventive applicate sia ai lavoratori a termine alle dipendenze di imprese private (*Mangold* e *Deutsche Lufthansa*) sia al precariato pubblico, nelle cause *Jansen e Küçük*, anche in questo caso per la scelta legislativa di aver applicare nessuna disciplina specifica dei contratti successivi in caso di rapporti a termine giustificati da ragioni oggettive, come del resto consentito dalla clausola 5, n. 2, lettera a) dell'accordo quadro comunitario.

Infatti, dopo che il Tribunale di Colonia, in primo grado, aveva accolto le domande di riqualificazione di due lavoratori precari nel pubblico impiego territoriale (dipendenti a tempo determinato con vari contratti senza soluzione di continuità dell'amministrazione penitenziaria del Land Nordrhein Westfalen), nel giudizio di appello proposto dall'amministrazione pubblica, il Tribunale distrettuale di 2° grado di Colonia ha sollevato due identiche e molto articolate questioni pregiudiziali nelle cause C-312/10 (lavoratrice appellata nel giudizio principale *Klinz*) e C-313/10 (lavoratrice appellata *Jansen*).

Sostanzialmente, sia la legislazione nazionale (ai sensi dell'art. 14, n. 1, punto n. 7, del TzBfG) sia quella regionale legittimavano le ragioni oggettive di apposizione del termine nel pubblico impiego, per il solo fatto che il lavoratore veniva remunerato con risorse di bilancio destinate, ai sensi delle norme in materia di bilancio, ad un impiego a tempo determinato.

Il Tribunale distrettuale di Colonia, poiché il Giudice di 1° grado aveva già valutato che la predetta normativa era in contrasto con la disciplina comunitaria (richiamando la sentenza *Adeneler* della Corte di giustizia) e aveva riqualificato i rapporti di lavoro, prendendo atto che il Tribunale federale del lavoro aveva già sollevato questioni pregiudiziali analoghe sulla disciplina dei contratti “successivi” per rapporti acausali con la ordinanza *Deutsche Lufthansa* C-109/10, trattandosi di questione di ricorso abusivo a contratti successivi privi di ragioni oggettive che riguardava potenzialmente circa 100.000 lavoratori precari nel pubblico impiego (dato risultante in atti nel processo comunitario), ha sollevato le pregiudiziali comunitarie per avere dalla Corte di giustizia uno specifico conforto interpretativo anche rispetto alla normativa interna sulle ragioni oggettive nel rapporto con il numero di contratti a termine consecutivi, formalmente legittimi, ma potenzialmente abusivi rispetto alla disciplina comunitaria.

Peraltro, al momento del deposito delle questioni (29 giugno 2010) la Corte costituzionale tedesca non aveva ancora risolto con l'ordinanza *Honeywell* o *Mangold-Urteil* del 6 luglio – 26 agosto 2010 i conflitti di competenza interpretativa con la Corte di giustizia dopo la sentenza *Mangold*.

Prese più attente informazioni sullo stato della giurisprudenza della Corte di giustizia in merito alla legittimità dell'apposizione del termine per ragioni oggettive “giustificate” da sole esigenze finanziarie erariali, decisamente negate dalla citata sentenza *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols* ai punti 45-46, la pubblica amministrazione tedesca appellante (e il Governo tedesco) nei due

giudizi principali ha cercato di conciliare la controversia con gli *ex*-dipendenti precari, che già lavoravano stabilmente, per evitare la prosecuzione dei due giudizi, riuniti in Corte di giustizia, e la definizione delle questioni pregiudiziali sollevate in una sentenza definitiva che potesse costituire un precedente dirimente in migliaia di altre situazioni lavorative analoghe.

Inizialmente, infatti, il Land del Nord-Westfalia è riuscito a conciliare la vertenza con la Sig.ra Klinz e la causa C-312/10 è stata cancellata dal ruolo della Corte di giustizia con ordinanza presidenziale del 7 febbraio 2011, su richiesta del Tribunale distrettuale di 2° grado di Colonia. Invece, la causa C-313/10 con la Sig.ra Jansen non è stata conciliata subito ed è stata discussa davanti alla II Sezione della Corte di giustizia all'udienza del 25 maggio 2011.

e) Le “eloquenti” e inizialmente occultate conclusioni dell’Avvocato generale Jääskinen nella causa *Jansen* sull’abuso finanziario degli Stati nell’utilizzo dei contratti a termine

Nelle Conclusioni della causa C-313/10 depositate il 15 settembre 2011 l’Avvocato generale Jääskinen ha consolidato le ragioni della lavoratrice tedesca *Jansen* su un unico contratto a tempo determinato giustificato da ragioni oggettive per esigenze finanziarie erariali ai sensi dell’art. 14, n. 1, punto n. 7, del TzBfG (disposizione astratta e generale ritenuta inidonea dall’Avvocato generale a giustificare le ragioni oggettive di apposizione del termine nella nozione comunitaria), confermando la posizione processuale della dipendente pubblica, che si era già vista accogliere la domanda di riqualificazione stabile dei tanti rapporti a termine successivi tutti giustificati da ragioni oggettive sostitutive (tranne uno, appunto, quello dichiarato invalido dal Giudice di 1° grado perché privo di ragioni oggettive).

Peraltro, l’Avvocato generale finlandese nelle conclusioni della causa *Jansen* al punto 1), pur in presenza di una disciplina interna che non prevede una “nozione” di contratti successivi in caso di ricorso alle sole ragioni oggettive, ha riconosciuto che «la clausola 5, punto 1, lettera a), dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.....dev’essere interpretata in maniera tale che, per valutare l’esistenza di una “ragione obiettiva” ai sensi di tale clausola, non sia escluso che un giudice nazionale possa tener conto del numero di contratti a tempo determinato che hanno preceduto il rinnovo del contratto da controllare, nonché dell’ampiezza del periodo durante il quale il dipendente era già in precedenza impiegato in base ad una successione di contratti a tempo determinato.». Saranno sostanzialmente queste le conclusioni della Corte di giustizia nella sentenza *Küçük*.

La vicenda “processuale” *Jansen* in Corte di giustizia, pertanto, si appalesa di particolare importanza, perché l’Avvocato generale esclude una differenziazione “ontologica” tra settore pubblico e settore privato ai fini dell’applicazione delle tutele preventive di cui alla clausola 5, n. 1, dell’accordo quadro comunitario recepito dalla direttiva 1999/70/CE, così come esclude che ragioni di carattere “finanziario”, non legate alla natura specificamente temporanea del rapporto di lavoro, possano costituire idonee ragioni oggettive nella nozione comunitaria di cui alla predetta clausola 5, n. 1, lett.a) dell’accordo quadro.

Nelle conclusioni nella causa C-313/10, *Jansen*, ai punti 46-65 al punto B l’Avvocato generale Jääskinen ha escluso la “possibilità di ricorrere ad una ragione obiettiva per rinnovare contratti a tempo determinato in successione tra loro offerta unicamente ai datori di lavoro appartenenti al settore pubblico”, richiamando in nota 36 le diverse conclusioni dell’Avvocato generale Poiares Maduro nelle cause “italiane” Marrosu-Sardino e Vassallo, senza aderirvi.

L’Avvocato generale finlandese ha giustificato la non differenziabilità tra settore privato e settore pubblico ai fini dell’applicazione della clausola 5 dell’accordo quadro comunitario sulla base della formulazione letterale della norma, ritenendo addirittura che sia più corretto utilizzare non la formula italiana «settori specifici» (Jääskinen è stato l’Avvocato generale della causa “italiana” *Affatato* C-3/10, che ben conosce pur non avendo reso conclusioni scritte per la scelta della Corte di giustizia di decidere con ordinanza senza trattazione orale), ma quella «determinati rami» (punto 53), «terminologia che rinvia a suddivisioni professionali quali l’industria, l’industria automobilistica, la siderurgia, la banca, le assicurazioni, o ancora a mio parere la metallurgia, la navigazione, il commercio al dettaglio, la sanità, ecc., piuttosto che ad una ramificazione che permetta di opporre il settore privato e il settore pubblico.».

Sulle finalità della clausola 5, n. 1, l'Avvocato Jääskinen al punti 58-60 ha affermato che le ragioni "finanziarie" per giustificare l'apposizione di un termine contrattuale al lavoro pubblico non sono idonee a giustificare delle differenze sanzionatorie in caso di abusi tra soggetti pubblici e soggetti privati nella prestazione di servizi di interesse generale.

Appare chiaro all'Avvocato generale (punto 61) che i datori di lavoro del settore pubblico beneficiano, in forza di una normativa come quella controversa nella causa principale, di un potere in grado di condurli ad abusare della conclusione di contratti a tempo determinato, in quanto, fissando le loro priorità di bilancio, potrebbero preconstituirsì il motivo che giustifica il ricorso a tale forma di contratto autodispensandosi così dal rispetto di principi essenziali del diritto del lavoro. A tal proposito, con implicito riferimento anche alla causa *Affatato* e al precariato pubblico italiano, l'Avvocato generale finlandese evidenzia che il rischio d'abuso ha una conseguenza tanto maggiore in quanto è stato osservato un netto aumento del ricorso ai dipendenti assunti a contratto, e non all'utilizzo di dipendenti che fruiscono di contratti a tempo indeterminato o dello *status* di impiegato pubblico di ruolo, per sopperire ad esigenze del settore pubblico, e ciò non soltanto in Germania ma nella maggior parte degli Stati membri dell'Unione europea.

A tal proposito, egli ha evidenziato (punto 64) che i lavori preparatori non fanno alcun cenno di una sorte speciale che sia stata prevista a beneficio del settore pubblico, nell'ambito della redazione della clausola 5 dell'accordo quadro, a differenza di quanto avviene per le PMI, sottolineando che i posti di lavoro da coprire nel "settore" pubblico siano per tradizione o addirittura per natura permanenti e non temporanei, al contrario di quanto può avvenire per taluni rami di attività nel lavoro privato.

Pertanto, l'Avvocato generale ha concluso al n. 3 nel senso che la clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro dev'essere interpretata come ostativa ad una disposizione nazionale in forza della quale la conclusione di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato è autorizzata per motivi di bilancio che sono riservati esclusivamente al settore pubblico e che hanno un carattere troppo generico per soddisfare le esigenze definite dalla giurisprudenza della Corte relative alle "ragioni obiettive".

Non è un caso che lo Stato tedesco (il Land appellante nel giudizio principale) abbia accettato le conclusioni di Jääskinen e la causa C-313/10 è stata cancellata con ordinanza del 25 ottobre 2011 del Presidente della II Sezione della Corte di giustizia, su iniziativa del Tribunale distrettuale di Colonia con istanza del 6 ottobre 2011 per cessazione della materia del contendere, avendo rinunciato la pubblica amministrazione tedesca a coltivare l'appello.

D'altra parte, come detto, le conclusioni della sentenza *Deutsche Luftansa* di pochi mesi prima avevano consentito alla Corte di cassazione del lavoro tedesca la riqualificazione in un unico contratto a tempo indeterminato di una serie di rapporti a termine acausali, per cui lo stesso principio di abuso "oggettivo" ben poteva essere esteso, con gli opportuni adattamenti interpretativi che rientrano nella competenza della giurisdizione interna, in caso di ripetuti rapporti a termine tutti giustificati da "ragioni obiettive".

f) La sentenza *Kücük* della Corte di giustizia sulla concatenazione dei contratti causali

In effetti, il 9 novembre 2011 è stata fissata l'udienza di trattazione orale, sempre davanti alla stessa Sezione della Corte di giustizia (la II), altra questione pregiudiziale sul precariato pubblico tedesco simile (causa C-586/10 *Kücük*), ma non identica rispetto a quella "cancellata" della lavoratrice *Jansen*, che la Corte di Lussemburgo non aveva riunito, nonostante si trattasse della stessa amministrazione giudiziaria tedesca (Land Nordrhein-Westfalen) parte nei due giudizi principali nazionali.

La questione pregiudiziale nella causa C-586/10, *Kücük* era stata sollevata dalla Cassazione tedesca come Giudice di ultima istanza (la scelta era obbligata dopo la questione pregiudiziale nella precedente causa *Jansen*, C-313/10) nel giudizio principale proposto dalla lavoratrice, dopo che il Tribunale di 1° grado, prima, e il Tribunale distrettuale di 2° grado di Colonia, successivamente, avevano rigettato in due anni dal momento della proposizione del ricorso (18 gennaio 2008), la domanda giudiziale di riqualificazione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a termine sulla

base dell'illegittimità dell'ultimo contratto di lavoro, stipulato il 12 dicembre 2006 e che scadeva il 31 dicembre 2007.

La sig.ra Küçük, infatti, aveva lavorato come dipendente presso il Land dal 2 luglio 1996 al 31 dicembre 2007, in forza di tredici contratti di lavoro a tempo determinato. La lavoratrice occupava un posto di assistente di cancelleria presso il segretariato della Sezione delle cause civili dell'Amtsgericht Köln (Tribunale distrettuale di Colonia, cioè presso lo stesso Giudice che aveva sollevato questione pregiudiziale nella causa *Jansen*). Questi contratti a tempo determinato erano conclusi a fronte di congedi temporanei, compresi i congedi parentali di educazione, e di congedi speciali fruiti da assistenti assunti a tempo indeterminato, ed erano diretti a garantire la sostituzione di questi ultimi. In caso di invalidità di ogni singolo contratto di lavoro a tempo determinato, quest'ultimo, conformemente all'art. 16 del TzBfG, è riqualficato come contratto di lavoro a tempo indeterminato.

In particolare, diversamente da quanto era avvenuto per la lavoratrice *Jansen*, l'ultimo contratto a tempo determinato della lavoratrice *Küçük* era stato stipulato, come quelli precedenti, ai sensi del combinato disposto dell'art. 14, n. 1, punto n. 3 (che corrisponde alle ragioni "sostitutive" generali dell'ordinamento italiano di cui all'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, già art. 1, comma 2, lettera b, della legge n. 230/1962), del TzBfG, e dell'art. 21, par. 1, della legge sull'indennità e sul congedo parentale⁶⁷ (che può essere confrontato con l'art. 4, comma 1⁶⁸, d.lgs. n. 151/2001).

Dopo la trattazione orale della causa il 9 novembre 2011, senza le conclusioni scritte dell'Avvocato generale Jääskinen (che nelle conclusioni della causa *Jansen* aveva richiamato la pendenza della questione *Küçük* ed aveva esaminato al punto 98⁶⁹ anche le questioni pregiudiziali specificamente sollevate nella ordinanza di rinvio *Küçük*), con la sentenza del 26 gennaio 2012 la II Sezione della Corte di giustizia ha così statuito nella causa *Küçük*: «La clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che compare in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che l'esigenza temporanea di personale sostitutivo, prevista da una normativa nazionale come quella controversa nella causa principale, può, in linea di principio, costituire una ragione obiettiva ai sensi di detta clausola. Il solo fatto che un datore di lavoro sia obbligato a ricorrere a sostituzioni temporanee in modo ricorrente, se non addirittura permanente, e che si possa provvedere a tali sostituzioni anche attraverso l'assunzione di dipendenti in forza di contratti di lavoro a tempo indeterminato non comporta l'assenza di una ragione obiettiva in base alla clausola 5, punto 1, lettera a), di detto accordo quadro, né l'esistenza di un abuso ai sensi di tale clausola. Tuttavia, nella valutazione della questione se il rinnovo dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato sia giustificato da una ragione obiettiva siffatta, le autorità degli Stati membri, nell'ambito delle loro rispettive competenze, devono prendere in considerazione tutte le circostanze del caso concreto, compresi il numero e la durata complessiva dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi in passato con il medesimo datore di lavoro».

La soluzione della sentenza *Küçük* della Corte di giustizia appare condivisibilmente scontata ad autorevole dottrina⁷⁰, in quanto espressione di quelle ipotesi di frode oggettiva già conosciute e

⁶⁷ L'art. 21, par. 1, del Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit del 5 dicembre 2006 così dispone: «Un rapporto di lavoro a tempo determinato è giustificato da una ragione obiettiva qualora il/la dipendente sia assunto/a in sostituzione di un altro/a dipendente per la durata totale o parziale di un divieto di lavoro in applicazione della legge sulla tutela della maternità, di un congedo parentale o di un congedo speciale per assistenza ai figli accordato sulla base di un contratto collettivo, di un accordo d'impresa o di un accordo individuale».

⁶⁸ Art. 4, comma 1, d.lgs. n. 151/2001, nel testo modificato dall'art. 1 del d.lgs. n. 115/2003: «1. In sostituzione delle lavoratrici e dei lavoratori assenti dal lavoro, in virtù delle disposizioni del presente testo unico, il datore di lavoro può assumere personale con contratto a tempo determinato o utilizzare personale con contratto temporaneo, ai sensi, rispettivamente, dell'articolo 1, secondo comma, lettera b), della legge 18 aprile 1962, n. 230 e dell'articolo 1, comma 2, lettera c), della legge 24 giugno 1997, n. 196, e con l'osservanza delle disposizioni delle leggi medesime.»

⁶⁹ Le conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen al punto 98: «98. Date le considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere come segue alle questioni sollevate dalla Corte di appello di Colonia: "1) la clausola 5, punto 1 lettera a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, allegato alla direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999, che concerne l'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata in modo da valutare l'esistenza di "ragioni oggettive" ai sensi di questa clausola, senza escludere per un giudice nazionale di prendere in considerazione il numero di contratti a tempo determinato precedenti il rinnovo del contratto da sottoporre a controllo giudiziale, e la lunghezza del periodo durante il quale il lavoratore interessato è stato già utilizzato in precedenza, attraverso successivi contratti a tempo determinato.»

⁷⁰ V. L. MENGHINI, *La conversione giudiziale dei reiterati contratti a termine con le p.a.: il rilievo del principio di non discriminazione*, relazione alla tavola rotonda svoltasi nell'Aula Magna della Corte di cassazione il 14 giugno 2012, organizzata da Rivista giuridica del lavoro,

censurate dall'ordinamento interno italiano nella vigenza della legge n. 230/1962: i singoli contratti, come quelli considerati dalla Corte europea, erano legittimi in quanto diretti, singolarmente presi, a soddisfare esigenze temporanee, ma il loro ripetuto utilizzo per periodi consistenti in un ampio arco di tempo dimostrava che di fatto le prestazioni richieste soddisfacevano esigenze permanenti di lavoro, generando una situazione potenziale di abusivo ricorso ai contratti a termine.

7. Il mercato del lavoro nel pubblico impiego italiano prima della direttiva 1999/70/CE: le spinte verso l'esternalizzazione dei servizi e la demolizione del sistema di collocamento monopolista

Prima dell'entrata in vigore della direttiva 1999/70/CE il mercato del lavoro in Italia presentava elevati livelli di complessità e notevoli criticità sia per la debolezza strutturale del collocamento pubblico monopolista sia per l'ingresso nel mercato di nuove figure professionali "flessibili" provenienti dalle pubbliche amministrazioni.

Con la sentenza n. 248/1986⁷¹ la Corte costituzionale respingeva gli assalti dei Pretori di Monza, Genova e Vigevano alla già traballante diligenza del collocamento pubblico, dichiarando inammissibili o non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 7, 8, 11, 13, 14 e 18 della legge 29 aprile 1949, n. 264, modificata dalla legge 10 febbraio 1961 n. 5, e degli artt. 33 e 34 della legge 20 maggio 1970 n. 300, finalizzate a rompere il monopolio della chiamata numerica e a favorire la chiamata nominativa o diretta nell'assunzione del personale da impiegare dai datori di lavoro privati.

La Consulta auspicava una rapida riforma del mercato del lavoro.

In effetti, nel successivo 1987 il legislatore ha introdotto significative iniezioni di flessibilità nel mercato del lavoro "tra privati" con la legge n. 56/1987, aprendo un ragionevole percorso di valorizzazione del sistema di collocamento pubblico monopolista anche per il reclutamento del personale alle dipendenze di pubbliche amministrazioni.

Infatti, l'art. 16⁷² della legge 56/1987 ha disciplinato modalità di reclutamento esclusive per l'assunzione sia a tempo indeterminato che a tempo determinato nella pubblica amministrazione di lavoratori da inquadrare in profili "medio-bassi". La efficacia applicativa dell'art. 16 della legge n. 56/1987 risulterà evidente nel d.lgs. 19 dicembre 2002, n. 297, che (nonostante abbia sancito la fine del sistema di collocamento pubblico anche sul piano formale), all'art. 8, comma 1, lettera f) del decreto, nell'abrogare quasi interamente la legge 56/1987, farà salvo proprio l'art. 16.

In realtà, anche nel pubblico impiego per le professionalità medio-basse era stato creato un meccanismo di precedenza molto simile a quello del lavoro stagionale privato. Infatti, i lavoratori a termine assunti attraverso le procedure dell'art. 16 della stessa legge n. 56/1987 beneficiavano del diritto alla conservazione del posto in graduatoria, nel caso di utilizzazione non superiore a quattro mesi nell'anno solare e del conseguente diritto alla riutilizzazione "periodica" a tempo determinato negli anni successivi, come previsto dall'art. 23, comma 4, della stessa legge n. 56/1987.

Il sistema di utilizzazione, per quanto discutibile (il lavoratore era "costretto" a chiedere all'amministrazione pubblica di non impiegarlo per un periodo superiore a quattro mesi l'anno, anche

Magistratura democratica e Agi Lazio, disponibile all'indirizzo: <http://www.ediesseonline.it/riviste/rgl/convegni>, atti in corso di pubblicazione. Anche la dottrina francese sottolinea i possibili rischi di "illegittimità" comunitaria della normativa sui contratti successivi nell'ordinamento nazionale alla luce della sentenza *Kücük*: v. J-P. LHERNOULD, *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. Encadrement du recours à des CDD successifs : la jurisprudence française est-elle menacée?*, in *Revue de jurisprudence sociale*, 2012, p.263-264. E' abbastanza singolare, per contro, che la dottrina tedesca, forse trascurando le conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen nella causa *Jansen*, fornisca, con una certa sorpresa e con qualche nota critica, una lettura della sentenza della Corte di giustizia nel senso di legittimazione dell'"abuso" di contratti successivi a "catena": v. G. MEINEL, *EuGH zu Kettenbefristungen - Rettung vor dem BAG*, in *Der Betrieb*, 2012, n. 5, p.M1; T.DROSDECK, C.BITSCH, *Zulässigkeit von Kettenbefristungen*, in *Nene juristische Wochenschrift*, 2012, p. 977-980; W.BROSE, A.SAGAN, *Kettenbefristung wegen Vertretungsbedarfs im Zwielficht des Unionsrechts*, in *NZA*, 2012, p. 308-310; F. MASCHMANN, *"Die Kettenbefristung lebt!"*, in *Betriebs-Berater*, 2012, p. 1098-1099.

⁷¹ C Cost, sentenza 25 novembre 1986, n. 248, Pres. La Pergola, Est. Greco.

⁷² Nel testo modificato dall'art. 4, comma 4 *bis*, del dl. 21/3/1998, n. 86, convertito nella legge 20/5/1998, n. 160. Dispone il primo comma dell'art. 16 legge n. 56/1987: «Le Amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, gli enti pubblici non economici a carattere nazionale, e quelli che svolgono attività in una o più regioni, le province, i comuni e le unità sanitarie locali effettuano le assunzioni dei lavoratori da inquadrare nei livelli retributivo-funzionali per i quali non è richiesto il titolo di studio superiore a quello della scuola dell'obbligo, sulla base di selezioni effettuate tra gli iscritti nelle liste di collocamento ed in quelle di mobilità che abbiano la professionalità eventualmente richiesta e i requisiti previsti per l'accesso al pubblico impiego. Essi sono avviati numericamente alla selezione secondo l'ordine delle graduatorie risultante dalle liste di collocamento territorialmente competenti.»

quando le esigenze di impiego erano di durata superiore, trattandosi per lo più di posti stabili e di carenze strutturali), ha assicurato per quasi quindici anni una buona prassi di *flexicurity*, con una combinazione di lavoro a termine e di indennità di disoccupazione ordinaria piena o con requisiti ridotti nel pubblico impiego. La riforma dei servizi per l'impiego e l'abrogazione delle liste di collocamento conseguente al d.lgs. n. 297/2002, combinate con l'abrogazione dell'intero articolo 23 della legge n. 56/1987 (cfr. art. 11 d.lgs. 368/2001) e con una nuova disciplina dello *status* di disoccupazione legato anche a requisiti reddituali, distorceranno il descritto sistema e creeranno una confusione incredibile nell'utilizzazione delle graduatorie *ex art. 16* legge n. 56/1987, di fatto scomparse e rifatte annualmente o periodicamente con nuovi criteri.

Dopo l'entrata in vigore della direttiva 533/1991/CE sugli obblighi del datore di lavoro (privato e pubblico) di informazione al lavoratore sulle condizioni di impiego, come è noto, con il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 è iniziato il processo di contrattualizzazione del pubblico impiego. L'art. 36, comma 3, rimandava al D.P.C.M. n. 127/1989 e non alla legge n. 230/1962 per le assunzioni a tempo determinato. Il concorso pubblico per il reclutamento a tempo indeterminato faceva riferimento ad una nozione di concorso pubblico ampia, che comprendeva la tipologia per esami, per titoli, per titoli ed esami, o per selezione mediante lo svolgimento di prove volte all'accertamento della professionalità richiesta.

Il d.lgs. 23 dicembre 1993, n. 546 con l'art. 17 ha modificato e sostituito l'art. 36 d.lgs. n. 29/1993 sul reclutamento del personale, introducendo al comma 4 il «divieto alle amministrazioni pubbliche di costituire rapporti di lavoro a tempo determinato per prestazioni superiori a tre mesi. La disposizione non si applica al personale della scuola, delle istituzioni universitarie e degli enti di ricerca e di sperimentazione, al personale militare e a quello dell'amministrazione giudiziaria, delle Forze di polizia e delle agenzie per l'impiego di cui all'art. 24 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, nonché al personale civile necessario per la formazione del personale militare, per gli accertamenti sanitari della leva e per le strutture sanitarie militari. Le assunzioni anche in forma di contratti d'opera, effettuate in violazione del divieto, determinano responsabilità personali, patrimoniali e disciplinari a carico di chi le ha disposte e sono nulle di pieno diritto». Si trattava di normativa simile, molto restrittiva rispetto alla flessibilità nel lavoro pubblico, a quella che verrà introdotta dall'art. 3, comma 79, della legge n. 244/2007 e avrà durata temporale limitata dal 1° gennaio al 20 giugno 2008, per essere sostituita dall'art. 49 dl. n. 112/2008.

Con la legge 8 agosto 1995, n. 335 veniva approvata la riforma *Dini* del sistema pensionistico. In prospettiva della unificazione del regime dei trattamenti previdenziali e pensionistici dei lavoratori sia nella gestione ordinaria Inps che nel pubblico impiego, dal 1° gennaio 1996 è stata introdotta la contribuzione a carico delle pubbliche amministrazioni e del dipendente pubblico per il finanziamento della gestione I.V.S. Inpdap. Veniva assicurato il prelievo a carico del lavoratore nel pubblico impiego, ma rimaneva assolutamente incerto il trasferimento delle risorse all'Inpdap e agli altri Enti gestori della previdenza dei dipendenti del pubblico impiego, ottenute con il prelievo contributivo "contabile", in mancanza di strumenti sanzionatori nei confronti delle pubbliche amministrazioni inadempienti.

8. La giurisprudenza interna sollecita il legislatore nazionale a riformare il mercato del lavoro attraverso il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia

Con ordinanza del 30 marzo 1995 nella causa C-134/95 USSL n. 47 *Biella contro Inail* il Pretore di Biella sollevò due questioni pregiudiziali vertenti, sostanzialmente, sull'incompatibilità del divieto assoluto di interposizione di manodopera della legge n. 1369/1960 con i principi comunitari di cui agli artt. 48, 49 54 e 90 del Trattato CE in materia di libera circolazione delle persone e di libera prestazione dei servizi. Nel giudizio principale la Cooperativa di servizi "interposta" aveva stipulato con l'Unità Socio-Sanitaria Locale una convenzione di prestazioni di assistenza sociale, per mansioni che avrebbero potuto essere affidate a personale interno della struttura sanitaria pubblica, ricorrendo alle forme di reclutamento previste dall'art. 16 della legge n. 56/1987.

In effetti, la violazione dell'art. 1 della legge n. 1369/1960 era stata rilevata in sede ispettiva dall'Inail, che aveva "riqualificato" i rapporti di lavoro dei dipendenti in capo alla USSL interponente, ingiungendo al "vero" datore di lavoro pubblico di versare i contributi previdenziali sulle posizioni

assicurative. Il Pretore, in sede di opposizione ad ordinanza-ingiunzione, riteneva che la fattispecie interpositoria e intermediatoria di manodopera non fosse illecita perché conforme alla normativa comunitaria. Nell'ordinanza di rinvio affermava che le cooperative rappresentavano le forme associative che meglio si adattavano a realizzare l'intermediazione di mere prestazioni di manodopera, impedita dalla disciplina del collocamento pubblico monopolista con conseguente compressione del mercato del lavoro.

Con ordinanza del 30 gennaio 1996 nella causa C-55/96 *Job Centre*, facendo seguito al 1° fallito tentativo della causa C-111/94 in cui la Corte di giustizia si era dichiarata incompetente con sentenza del 19 ottobre 1995 a pronunciarsi sulle stesse questioni sollevate dal Tribunale di Milano per carenza di giurisdizione proponente, la Corte d'appello di Milano sollevava tre questioni pregiudiziali sull'interpretazione degli artt. 48, 49, 55, 56, 59, 60, 62, 66, 86 e 90 del Trattato CE, rilevando l'inefficienza del sistema del collocamento pubblico statale nell'assolvere alla funzione di mediazione e interposizione tra domanda e offerta di lavoro.

Con il dl. 1° ottobre 1996, n. 510 (convertito con modificazioni dalla legge n. 608/1996) l'art. 9 *bis* dichiara formalmente chiusa la stagione del collocamento pubblico monopolista, autorizzando i datori di lavoro, comprese le imprese pubbliche alla chiamata diretta generalizzata.

Con sentenza del 16 gennaio 1997 la Corte di giustizia nella causa C-134/95 USSL n. 47 *Biella contro Inail* dichiara la propria incompetenza a censurare la normativa interna che vieta l'interposizione di manodopera, rilevando la "unicità" del caso italiano e la non trasferibilità anche territoriale sul piano comunitario rispetto alla tutela della concorrenza.

La legge Treu del 24 giugno 1997, n. 196 introduce l'istituto del lavoro temporaneo attraverso le agenzie interinali con una disciplina autonoma distinta dalla legge n. 230/1962, che viene espressamente dichiarata non applicabile alla nuova fattispecie negoziale, e modifica la disciplina del contratto a termine della legge n. 230/1962, rendendone l'uso più agevole per quanto riguarda le sanzioni in caso di contratti successivi.

Al terzo tentativo di rinvio pregiudiziale "demolitivo", la Corte di giustizia con la sentenza dell'11 dicembre 1997 nella causa C-55/96, *Job Centre* ha dichiarato illegittimo il monopolio statale sul collocamento subordinatamente all'accertamento che «gli uffici di collocamento non siano palesemente in grado di soddisfare, per tutti i tipi di attività, la domanda esistente sul mercato del lavoro». Contestualmente, con il d.lgs. n. 469/1997 vengono devolute e trasferite alle Regioni e alle Province le competenze in materia di gestione delle politiche attive del lavoro, soprattutto per agevolare la diretta utilizzazione dei fondi strutturali europei da parte degli Enti territoriali *sub*-statali. Di fatto la nuova organizzazione degli uffici del lavoro o centri per l'impiego gestiti dalle amministrazioni provinciali partirà con grandissimo ritardo (molti anni per andare "a regime") e con poteri sanzionatori sostanzialmente inesistenti, attenuandosi parallelamente anche quelli ancora rimasti nella competenza degli uffici periferici del Ministero del lavoro.

Con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 viene nuovamente modificato l'art. 36 del d.lgs. n. 29/1993 che, al comma 7, autorizzava le pubbliche amministrazioni ad avvalersi degli strumenti di flessibilità nel reclutamento del personale, anche con assunzione a tempo determinato ai sensi della legge n. 230/1962 e successive modifiche ed integrazioni, e quindi, al comma 8, ha sostituito la nullità assoluta dei rapporti a termine con il divieto di costituzione di contratti a tempo indeterminato con le amministrazioni pubbliche, in caso di violazione di norme imperative di legge previste per il reclutamento del personale, con il diritto del lavoratore soltanto al risarcimento dei danni (la disposizione dell'art. 2126 c.c., sostanzialmente), collegati alla prestazione di lavoro resa in violazione di norme imperative, non specificate.

9. Il problematico recepimento della direttiva 1999/70/CE in Italia e la flessibilità a diversa modularità "etica" con identità di norme per i dipendenti privati e per il precariato pubblico

a) Le pronunce della Corte costituzionale sui referendum in materia di flessibilità del lavoro in entrata e in uscita come antefatto giuridico del d.lgs. n. 368/2001

Come è noto, la legge delega comunitaria n. 422/2000 ha seguito le indicazioni già maturate nell'ordinamento tedesco con il TzBfG e sollecitate dalla Commissione europea di recepire anche in Italia l'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, nonostante le indicazioni della Corte costituzionale nella sentenza n. 41/2000 sulla adeguatezza della normativa interna (legge n. 230/1962) rispetto alla disciplina europea.

Le differenze nelle rispettive normative di recepimento della direttiva 1999/70/CE nel confronto tra l'ordinamento tedesco e quello italiano con il d.lgs. n. 368/2001 non possono comprendersi se non si ha chiaro (anche) il ruolo svolto dalla Corte costituzionale italiana nella definizione dei parametri normativi interni "adeguati" a stimolare la flessibilità sia in entrata sia in uscita dal mercato del lavoro, a prescindere dalla normativa europea da recepire.

Va sottolineato, infatti, che vi sono molte convergenze, a distanza di oltre 11 anni, tra la sentenza n. 46/2000⁷³ della Corte costituzionale e quella sul Collegato lavoro n. 303/2011. Mentre dichiarava inammissibili i due *referendum* proposti dai radicali sulla disciplina del contratto a tempo determinato (sentenza n. 41/2000) e del *part-time* (sentenza n. 45/2000), perché l'abrogazione, in particolare, della normativa contenuta nella legge n. 230/1962, ritenuta già conforme alla direttiva comunitaria 1999/70/CE ancora da recepire, avrebbe comportato un *vulnus* di tutele in caso di abusi in materia di successione di contratti, contestualmente con la sentenza del 7 febbraio 2000 n. 46 la Consulta ha viceversa dichiarato ammissibile⁷⁴ la richiesta di *referendum* popolare per l'abrogazione dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'art. 1 della legge 11 maggio 1990, n. 108.

Ragionando sulla sentenza n. 41/2000 della Corte costituzionale (quella sull'inammissibilità del *referendum* abrogativo della disciplina sul contratto a termine), chi scrive aveva espresso da tempo alcune perplessità sulla scelta della Consulta. Il *referendum* abrogativo si inseriva in un momento storico molto delicato, in cui era stata approvata la direttiva 1999/CE/70, ma non vi era stata ancora la normativa di recepimento neanche sotto forma di legge delega comunitaria⁷⁵.

In questo preciso contesto in cui si tenta, attraverso lo strumento referendario, la "liberalizzazione della stipulazione" del contratto di lavoro a fronte di una direttiva sociale che, invece, si propone di introdurre misure idonee a prevenire abusi in tema di contratto di lavoro a tempo determinato, il Giudice delle leggi ha dichiarato inammissibile la proposta referendaria per contrasto con il diritto comunitario, in quanto l'abrogazione della normativa interna condurrebbe al risultato di esporre lo Stato italiano a responsabilità per violazione di impegni e obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea.

Peraltro e nell'ambito oggettivo innanzi descritto, la Corte costituzionale ha riconosciuto al legislatore nazionale una considerevole discrezionalità nell'attuazione della direttiva nell'ordinamento interno e la possibilità di una modifica della tutela richiesta dalla direttiva, a condizione che sia rispettato il contenuto minimo essenziale, che però non coincide con quello della direttiva

⁷³ Pres. Vassalli, Est. Vari.

⁷⁴ Queste le argomentazioni della Corte costituzionale sull'ammissibilità del *referendum* abrogativo della norma statutaria: «va osservato che la disposizione oggetto di quesito è indubbiamente manifestazione di quell'indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 della Costituzione, che ha portato, nel tempo, ad introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro, secondo garanzie affidate alla discrezionalità del legislatore, non solo quanto alla scelta dei tempi, ma anche dei modi d'attuazione (sentenze n. 194 del 1970, n. 129 del 1976 e n. 189 del 1980). In riferimento a tale discrezionalità, è da escludere, tuttavia, che la disposizione che si intende sottoporre a consultazione, per quanto espressiva di esigenze ricollegabili ai menzionati principi costituzionali, concreti l'unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi. Pertanto, l'eventuale abrogazione della c.d. tutela reale avrebbe il solo effetto di espungere uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro, che risulta ricondotta, nelle discipline che attualmente vigono sia per la tutela reale che per quella obbligatoria, al criterio di fondo della necessaria giustificazione del licenziamento. Né, una volta rimosso l'art. 18 della legge n. 300 del 1970, verrebbe meno ogni tutela in materia di licenziamenti illegittimi, in quanto resterebbe, comunque, operante nell'ordinamento, anche alla luce dei principi desumibili dalla Carta sociale europea, ratificata e resa esecutiva con legge 9 febbraio 1999, n. 30, la tutela obbligatoria prevista dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificata dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, la cui tendenziale generalità deve essere qui sottolineata».

⁷⁵ Sarebbe stata approvata con la legge 29 dicembre 2000, n. 422 e, in particolare, con l'art. 1, commi 1 e 3, e con l'Allegato B. L'Avvocatura dello Stato fornirà un'interpretazione estensiva del potere del legislatore delegato di introdurre modifiche o integrazioni alle discipline interessate dall'intervento di attuazione agli obblighi comunitari [cfr. art. 2, lett.b), legge n. 422/2000], come riferisce T. VETTOR, *Contratto a termine: regola o eccezione?*, in *N. in.*, 2002, n. 23, p. 47, che, in senso contrario, nel solco tracciato da Corte cost. n. 41/2000, rileva che ciò poteva avvenire al solo fine di «evitare disarmonie con le discipline vigenti» e non, invece, per effettuare interventi di riforma al di là di ciò che appariva necessario all'adempimento della direttiva europea. Alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria e all'estensione dell'ambito di applicazione della normativa comunitaria, la generale induzione in errore degli interpreti (compreso, all'inizio, lo scrivente) sulla clausola di non regresso porta a riconoscere fondata la tesi dell'Avvocatura erariale: il legislatore ordinario aveva ampi spazi di intervento riformatore.

1999/70/CE. Infatti, ha evidenziato soltanto la normativa sui contratti “successivi” (art. 2 della legge n. 230/1962), ma ha trascurato le misure preventive della clausola 5, n. 1, lettere da a) a c) dell’accordo quadro comunitario.

Anche le disposizioni sulle ragioni obiettive (che possono essere impropriamente definite come quelle del “primo contratto”) rientravano e rientrano nel campo di applicazione della direttiva (lo affermeranno la sentenza *Angelidaki* attraverso la nozione di «norma equivalente» e, soprattutto, la sentenza *Sorge* attraverso la clausola di non regresso, nonché la sentenza *Deutsche Luftansa* per l’ordinamento tedesco sulla clausola 5, n. 1, lett.a, dell’accordo quadro, salvo il *revirement* della Corte di giustizia nelle due ordinanze *Vino* sul primo o unico contratto a termine di Poste italiane s.p.a. con “causale finanziaria”, che saranno infine cancellate dalla sentenza *Carratù*) e, quindi, il normopoietica interno aveva il legittimo potere di modificare o abrogare anche l’art. 1 della legge n. 230/1962 (come poi è avvenuto) senza che ciò potesse considerarsi *ex se* una violazione del diritto comunitario e della clausola di non regresso dell’accordo quadro.

In un quadro interpretativo rafforzato della normativa comunitaria sul contratto a termine, il *referendum* abrogativo della legge n. 230/1962, se ammesso e se avesse sortito un effetto positivo nel consenso popolare, avrebbe provocato effetti completamente diversi da quelli ricercati dai proponenti, evidentemente sostenuti dagli ambienti della Commissione CEE, toccati direttamente dalla sentenza Vitari e mossi dalla necessità di eliminare la legge n. 230/1962 che era stata applicata nei confronti dell’Istituzione europea.

Infatti, non vi sarebbe stata alcuna liberalizzazione del contratto a termine. Senza scomodare la possibilità di riesumare la abrogata (dalla legge n. 230/1962) disciplina prevista dall’art. 2097 c.c. (come avverrà per l’art. 23, comma 2, della legge n. 56/1987 a seguito della sentenza n. 44/2008 della Corte costituzionale), l’applicazione diretta dei principi e dei contenuti minimi di tutela dell’accordo quadro avrebbe comunque escluso, nella fase transitoria tra il vuoto normativo conseguente all’abrogazione e l’entrata in vigore di una nuova disciplina che recepisce la direttiva comunitaria, qualsiasi abuso sui contratti a termine.

Anzi, è possibile che il vuoto normativo avrebbe provocato una maggiore riflessione dottrinale e giurisprudenziale sul contenuto sistematico della nuova disciplina, evitando quegli affanni e quelle incertezze che hanno reso la normativa contenuta del d.lgs. 368/2001 di grande difficoltà applicativa.

Resta il fatto che, in una prospettiva di diritto comunitario di ampio respiro, anche i *referendum* abrogativi della disciplina del contratto a termine e del *part-time* avrebbero potuto essere ammessi.

La contestuale ammissione del *referendum* sull’art. 18 della legge n. 300/1970, che avrebbe comportato, in caso di esito positivo referendario, il livellamento verso il basso della tutela in materia di licenziamenti invalidi, induce a ripensare alle scelte “referendarie” della Corte costituzionale come ispirate dalla stessa logica e dagli stessi obiettivi, che in gran parte erano orientati all’attenuazione delle tutele in uscita soprattutto per evitare i costi enormi necessari a sanare sul piano processuale gli abusi amministrativi, contrattuali e normativi commessi dallo Stato e dalle sue imprese pubbliche nell’organizzazione di lavoro.

b) La sentenza n. 419 del 2000 della Corte costituzionale in favore degli abusi normativi di Poste italiane

Infatti, dopo l’entrata in vigore della direttiva 1999/70/CE e in aperto contrasto (a giudizio di chi scrive) con la normativa comunitaria sul contratto a tempo determinato (seppure ancora in pendenza del termine di recepimento), la Corte costituzionale con sentenza depositata il 13 ottobre 2000, n. 419, a distanza di ben quattro anni dalla prima questione di legittimità sollevata sull’art. 9, comma 21, dl. n. 510/1996 ha dichiarato legittima la suddetta norma, che per trenta mesi non consentiva la riqualificazione dei contratti a termine e nessun altro tipo di sanzione, tenendo conto del carattere “eccezionale” e temporaneo del processo di trasformazione di Poste Italiane da Amministrazione pubblica in impresa privata.

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 419/2000, che costituisce l’antecedente giuridico della sentenza n. 303/2011 della stessa Consulta sulla sanzione dell’art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010 (su cui è pendente la citata questione pregiudiziale della causa *Carratù*), si è assunta la doppia

responsabilità di aver eroso sul piano interpretativo la coerenza della disciplina di settore rispetto a quanto affermato pochi mesi prima con la sentenza n. 41/2000 e di aver legittimato i successivi abusi di Poste italiane sui processi e sulle regole: il contenzioso dello Stato-imprenditore ha finito per rappresentare la parte più significativa del contenzioso nazionale delle cause di riqualificazione dei contratti a termine nel lavoro privato.

Per il processo del lavoro e per la tutela dei diritti sociali, ma in generale per l'efficienza e l'immagine del sistema di giustizia nazionale, la decisione n. 419/2000 della Consulta è stata destrutturante, con una impressionante ricaduta esponenziale sul contenzioso, non solo sui contratti a tempo determinato di Poste italiane.

Ciò è accaduto, innanzitutto, per il disvalore implicito delle norme costituzionali che erano state violate, con particolare riferimento al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 (ora anche art. 20 della Carta di Nizza) e all'art. 24 (ora anche art. 47 della Carta di Nizza, che ricalca il disposto dell'art. 6 CEDU) della Costituzione nazionale; quest'ultima disposizione era stata addirittura rafforzata dal nuovo testo dell'art. 111 Cost., modificato nel 1999 solo per "adeguare" la Carta fondamentale all'art. 6 CEDU sul giusto processo. In secondo luogo e in conseguenza del deprezzamento sul piano interpretativo dell'efficacia dei presidi costituzionali, la violazione dell'obbligo di imparzialità e di terzietà del Giudice, affidando alla parte più forte e più irresponsabile degli abusi commessi – lo Stato – la valutazione delle possibili conseguenze economiche degli abusi, ingigantite ed ampliate non per limitarli e punirne i responsabili, ma per negare i diritti violati.

c) La chiamata in correità della Corte di giustizia nella sentenza n. 419/2000 della Consulta

Tuttavia, la Corte costituzionale nella sentenza n. 419/2000 ha chiamato a corresponsabilità decisionale la Corte di giustizia con la sentenza *Viscido* del maggio 1998, che aveva affermato la compatibilità comunitaria dell'abuso normativo della stessa disposizione del 1996 in favore di Poste italiane, perché non erano stati rilevati aiuti di Stato in termini di conferimenti economici diretti, nonostante il mantenimento del sistema di finanziamento del pubblico impiego da parte dell'impresa pubblica e il mancato versamento degli oneri contributivi sia per l'assicurazione generale IVS sia per le prestazioni di disoccupazione potesse consigliare alla Corte europea una diversa valutazione della fattispecie, come riconoscerà 10 anni dopo rilevando la natura di retribuzione differita delle pensioni pubbliche (v. *infra*).

Inoltre, la Corte costituzionale nella sentenza n. 419/2000 chiama a corresponsabilità decisionale anche (e soprattutto) le Istituzioni comunitarie per aver imposto il processo di privatizzazione del pubblico impiego e la trasformazione forzata in soggetti privati di quegli Enti pubblici che svolgevano funzioni di interesse generale, come il servizio postale universale. Rivedendo serenamente a distanza di molti anni quelle scelte di politica legislativa europea, è molto difficile non condividere le difficoltà e gli affanni del nostro Giudice delle leggi nel tentare di governare la fase discendente del diritto comunitario in un ordinamento interno in cui le pubbliche amministrazioni, almeno in quegli anni, non si sono caratterizzate per efficienza dell'azione amministrativa.

d) L'assenza di misure preventive antiabusive sul precariato pubblico prima del d.lgs. 368/2001

Come già precisato, la legge n. 230/1962 non si applicava alle pubbliche amministrazioni (e neanche al lavoro marittimo, disciplinato dal codice della navigazione) per quanto riguarda effettive conseguenze sanzionatorie, mentre il recepimento della direttiva 1999/70/CE poneva obblighi di individuazione di misure preventive idonee sia per il lavoro privato che per il pubblico impiego, compreso il lavoro marittimo alle dipendenze degli armatori privati e, vedremo, pubblici.

Prima dell'emanazione del d.lgs. n. 368/2001, in ottemperanza all'art. 11, comma 4, lett.a)⁷⁶, del d.lgs. n. 59/1997 e alla direttiva 91/533/CE relativa all'obbligo del datore di lavoro (compreso quello

⁷⁶ Art. 11, comma 4, lett.a), d.lgs. n. 58/1997: « a) completare l'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato e la conseguente estensione al lavoro pubblico delle disposizioni del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro privato nell'impresa....».

pubblico) di informare il lavoratore sulle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro, il d.lgs. n. 165/2001 ha confermato nel testo unico sul pubblico impiego la possibilità di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro flessibile, compresi i contratti a termine ai sensi della legge n. 230/1962.

Tuttavia, il d.lgs. n. 165/2001 ha scisso le ipotesi di reclutamento per l'assunzione a tempo indeterminato con i conseguenti obblighi di rispetto delle procedure selettive, comprese quelle di assunzione attraverso le graduatorie del collocamento *ex art.* 16 della legge n. 56/1987 (art. 35), rispetto alle ipotesi di forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale (art. 36, comma 1), in relazione alle quali, rimanendo privo di "contenuto" normativo il riferimento al "rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale di cui ai commi precedenti" (commi scomparsi con la scissione dell'originario art. 36, d.lgs. n. 29/1993 in due distinti articoli), le pubbliche amministrazioni sono state di fatto autorizzate a non fare ricorso a procedure selettive per l'assunzione con rapporti flessibili, senza conseguenze invalidanti o responsabilità dirigenziali, fatta eccezione per le assunzioni di personale a termine nel comparto scuola.

Infatti, l'art. 4 della legge 3 maggio 1999, n. 124 ("Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico") ha ripristinato un sistema derogatorio (rispetto alla legge n. 230/1962) per il reclutamento a tempo determinato sia dei docenti sia del personale tecnico, ausiliario ed amministrativo (ATA), sulla base di graduatorie permanenti derivanti da procedure concorsuali già espletate e utilizzabili anche per le assunzioni a tempo indeterminato (*ex artt.* 401 ss. d.lgs. n. 297/1994), con tre tipologie:

- supplenze annuali di dodici mesi che coprono l'intero anno scolastico fino al 31 agosto (comma 1), per la copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento e di lavoro amministrativo (per il personale ATA), che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero, e sempreché ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo;

- supplenze "temporanee" di dieci mesi fino al termine delle attività didattiche, cioè fino al 30 giugno (comma 2), per la copertura di posti di lavoro non vacanti che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre;

- supplenze "effettivamente" temporanee (comma 3, per sostituzione di personale assente per malattia, maternità, ecc.), nelle altre ipotesi diverse dai commi 1 e 2.

La natura derogatoria del sistema di reclutamento della scuola, rispetto alla sostanziale liberalizzazione prevista dall'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, è stata salvaguardata dall'art. 70, comma 8⁷⁷, 3° periodo, d.lgs. n. 165/2001, che al 1° periodo dello stesso comma ha previsto e prevede l'applicabilità dell'intero T.U.P.I. al personale della scuola, compreso dunque l'art. 36 del Testo unico sul pubblico impiego, più volte modificato, come vedremo.

In questo contesto normativo, al comma 2, dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 il legislatore del testo unico sul pubblico impiego ha riprodotto la stessa norma-sbarramento dell'art. 36, comma 8⁷⁸, d.lgs. n. 29/1993, apparentemente depotenziata dalla mancanza di disposizioni imperative "interne" all'articolo in questione da rispettare in materia di reclutamento "flessibile". Anche tale disposizione, evidentemente, era ed è (attualmente collocata nel comma 5) applicabile al personale della scuola, nel momento in cui nell'assegnazione della supplenza a tempo "strutturato" o breve siano state violate le procedure di reclutamento speciale⁷⁹.

⁷⁷ «8. Le disposizioni del presente decreto si applicano al personale della scuola. Restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 21 della legge 15 marzo 1997, n. 59 e del decreto legislativo 12 febbraio 1993, n. 35. Sono fatte salve le procedure di reclutamento del personale della scuola di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 e successive modificazioni ed integrazioni.»

⁷⁸ Art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001: «In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle Pubbliche Amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime Pubbliche Amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave.»

⁷⁹ In termini, seppure senza richiamo dell'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, v. Cass., S.L., sentenza 8 aprile 2010, n. 8328, che qualifica l'atto con cui l'Amministrazione scolastica revoca un incarico di insegnamento a tempo determinato stipulato fino al 30 giugno 2003 (supplenza fino al termine delle attività didattiche), sul presupposto della nullità dell'atto di conferimento per inosservanza dell'ordine di graduatoria, come equivalente alla condotta del contraente che non osservi il contratto stipulato ritenendolo inefficace perché affetto da nullità, trattandosi di un comportamento con cui si fa valere l'assenza di un vincolo contrattuale, e non potendo darsi esercizio del potere di autotutela in capo alla pubblica amministrazione datrice di lavoro.

e) Il decreto legislativo n. 368 del 2001 attuativo della direttiva 1999/70/CE per tutti i settori

Successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 165/2001, il d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368 ha dato attuazione all'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato sia per i datori di lavoro privati che per le pubbliche amministrazioni (che, infatti, non rientrano tra i "settori" esclusi dal campo di applicazione del decreto), introducendo le seguenti "novità", ampiamente deliberate in Corte di giustizia sia nella causa *Sorge* sui contratti a termine parastatali sia nelle cause sul precariato pubblico sanitario in relazione all'originario testo dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 (cause *Marrosu-Sardino e Vassallo*) e alle successive modifiche⁸⁰ della stessa norma sulla flessibilità nel lavoro pubblico (causa *Affatato*), ed ora nuovamente sottoposte all'attenzione della Corte di giustizia, perchè non ha dato risposte chiare in precedenza, nelle pregiudiziali sollevate sul precariato pubblico dal Tribunale di Napoli (cause riunite *Mascolo* e a. C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13) e dalla Corte costituzionale (causa *Napolitano* e a. C-418/13), nonché dalle tre pregiudiziali sollevate sul precariato pubblico marittimo dalla Corte di cassazione (cause riunite *Fiamingo* e a. C-362/13, C-363/13 e C-407/13):

- ha previsto una sola misura preventiva degli abusi (tra le tre indicate nella clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro, quella sulle "ragioni obiettive" con una clausola giustificativa generale "aperta" (art. 1, comma 1, per «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo») sin dal primo contratto, senza indicare dunque specifiche ragioni di apposizione del termine, sfumando il carattere di eccezionalità o, almeno, di temporaneità del rapporto a termine a favore di una evidente scelta di maggiore flessibilità (se non di vera e propria liberalizzazione) nell'uso dello strumento negoziale;

- contestualmente, ha abrogato la previgente disciplina sulle causali di apposizione del termine (art. 1, comma 2, legge n. 230/1962; art. 23, comma 1, legge n. 56/1987) al primo contratto (e a quelli successivi);

- ha spostato in diversa collocazione come disciplina aggiuntiva (art. 2, comma 1) la norma acausale per Alitalia (e per il settore aereo e aereoportuale);

- ha previsto la sanzione speciale della riqualificazione in contratto a tempo indeterminato sin dal primo rapporto a termine "abusivo" (art. 1, comma 2), ma solo per carenza di requisiti formali, cioè per mancanza di forma scritta o per mancata specificazione delle "ragioni" tecniche, organizzative, produttive o sostitutive;

- ha apportato significative e contraddittorie (riflesso, evidentemente, del contenzioso Vitari in Corte di giustizia in cui la proroga dell'originario rapporto di lavoro del lavoratore italiano con la Fondazione europea non aveva i caratteri di eccezionalità e di ragioni oggettive diverse, che erano pretesi a pena di invalidità dall'art. 2, comma 1, della legge n. 230/1962) modifiche al regime della "proroga" (art. 4) del contratto iniziale rispetto a quanto previsto dall'art. 2, comma 1, della legge n. 230/1962, regolamentandola come unica ipotesi (e per un solo rinnovo) di contratti "successivi" e continuativi legittimi, senza legarne la durata a quella del 1° contratto (con possibilità di durata superiore, quindi, purchè per le stesse "ragioni oggettive", per la prima e unica volta così denominate nel testo del decreto) ma consentendo prestazioni di lavoro complessive fino a trentasei mesi (durata massima che costituirà la base temporale per la riqualificazione dei rapporti di lavoro sia nelle leggi finanziarie di stabilizzazione del precariato pubblico sia nella modifica introdotta con la legge n. 247/2007 e il comma 4-*bis* aggiunto all'art. 5 del decreto), senza indicare la sanzione in caso di violazione della disposizione se non il riconoscimento dell'onere della prova della sussistenza delle ragioni oggettive per la proroga a carico del datore di lavoro, diversamente dal silenzio sul punto della disciplina generale dell'art. 1;

- ha indicato precisi casi di "divieto" (art. 3) nel ricorso al contratto a tempo determinato, confermando indirettamente il rapporto regola/eccezione tra contratto a tempo indeterminato e contratto flessibile;

- ha fissato un generale principio di non discriminazione (art. 6), già presente nell'art. 5 della legge n. 230/1962 e nella regolamentazione interna;

⁸⁰ L'art. 36 d.lgs.n. 165/2001 è stato modificato dall'art. 4 dl. n. 4/2006, dall'art. 3, comma 79, della legge n. 244/2007, dall'art. 49 dl. n. 112/2008, dall'art. 17 dl. n. 78/2009.

- ha abrogato la disciplina del diritto di precedenza degli stagionali (art. 23, comma 2, legge n. 56/1987), che costituiva per i lavoratori del settore l'unica misura equivalente idonea a prevenire gli abusi e la precarizzazione non assistita dei rapporti di lavoro;
- ha previsto all'art. 8 la non computabilità ai fini dell'applicazione dell'art. 35 della legge n. 300/1970 dei lavoratori a tempo determinato con contratto di durata fino a nove mesi;
- ha escluso all'art. 10 alcune importanti categorie di lavoratori dal campo di applicazione del decreto o per alcune disposizioni (dirigenti) o in assoluto (operai agricoli a tempo determinato);
- ha riservato alla contrattazione collettiva la possibilità di imporre limiti quantitativi all'utilizzo dei contratti a termine, ad eccezione di alcune tipologie di rapporti flessibili, tra cui vanno evidenziati quelli per ragioni oggettivamente eccezionali, quali i contratti per sostituzione di lavoratore e i contratti per esigenze stagionali [art. 10, co. 7, lett. b)].

Per il resto, il decreto legislativo n. 368/2001 non ha apportato modifiche rispetto alla disciplina previgente nella regolamentazione sanzionatoria dei contratti "successivi" (art. 5).

10. La diversificazione delle tutele "interne" in caso di abuso del contratto a termine: le ipotesi ordinarie di riqualificazione a tempo indeterminato e la "conversione" ad esaurimento per nullità del termine

a) La riqualificazione del contratto a tempo determinato nella legge n. 230/1962

L'ampio e insolito dibattito dottrinale che ha accompagnato l'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001 sull'essenzialità o accidentalità del termine apposto al contratto di lavoro, ai fini dell'applicabilità o dell'art. 1419, comma 1, c.c. (nullità assoluta del contratto, se le parti concordavano sul contenuto contrattuale e sull'apposizione del termine) o dell'art. 1419, comma 2, c.c. (nullità parziale, con sostituzione automatica della singola clausola nulla con norma imperativa di legge), è stato inesistente per quasi quarant'anni nel vigore della legge n. 230/1962.

La ragione dell'assenza di contrasti interpretativi sulle sanzioni in materia di contratto a termine è sempre stata molto evidente: il legislatore del 1962 (ma anche quello corporativo dell'art. 2097 c.c.) ha previsto una sanzione speciale, quella della riqualificazione del contratto a termine in rapporto a tempo indeterminato, con efficacia *ex tunc*.

Infatti, sia nell'art. 2097 c.c. sia nell'art. 2, unico comma (nel testo previgente la modifica dell'art. 12 della legge n. 196/1997), della legge n. 230/1962 l'apposizione del termine è «priva di effetto» se fatta per eludere le disposizioni in materia di contratto a tempo indeterminato, peraltro tipizzate nello stesso testo dell'art. 2 della legge del 1962.

In realtà, la sanzione speciale della riqualificazione in contratto a tempo indeterminato del rapporto a termine per violazione delle disposizioni delle ragioni "obiettive" previste nell'art. 1, comma 2, della legge n. 230/1962 era prevista specificamente solo per la mancanza di atto scritto *ad substantiam* di cui al terzo comma⁸¹, che richiama gli stessi effetti (cioè l'inefficacia dell'apposizione del termine) dell'art. 2097 c.c.

Infatti, sono state la dottrina e la giurisprudenza univoche ad applicare la sanzione civilistica della riqualificazione a tempo indeterminato del rapporto, originariamente sorto con termine, anche alle due distinte ipotesi di mancanza formale delle condizioni tipiche ed esauritive (salvo le deroghe della contrattazione collettiva) che legittimano l'apposizione del termine e di mancato assolvimento dell'onere probatorio della sussistenza delle ragioni obiettive per il ricorso a termine, onere a carico del datore di lavoro.

È solo in queste ipotesi che, facendo leva sulla presunzione di rapporto a tempo indeterminato come regola del contratto di lavoro subordinato (comma 1) e sulla necessità di atto scritto come requisito sostanziale (comma 3), è stata ricavata dall'art. 1 della legge n. 230/1962 la sanzione civilistica, in riferimento alla previsione dell'art. 1419, comma 2, c.c., sostituendo con la regola della durata indeterminata la clausola invalida del termine.

Di volontà delle parti contraenti e di astratta possibilità di nullità assoluta dell'intero contratto, secondo la previsione dell'art. 1419, comma 1, c.c. non ha mai parlato nessun interprete, neanche

⁸¹ Art. 1, comma 3, legge n. 230/1962 – «L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta da atto scritto».

come ipotesi di scuola, salvo (ma indirettamente) il caso del contratto a termine abusivo nel pubblico impiego.

La sanzione civilistica estrapolata sul piano interpretativo dall'art. 1 della legge n. 230/1962 è stata estesa anche ai casi di frodolenza dei contratti successivi, pur formalmente rispettosi del termine minimo previsto prima e dopo la riforma della legge n. 196/1997.

La sanzione civilistica è molto simile all'inefficacia del licenziamento verbale, facendo venir meno il termine (*tamquam non esset*) come conseguenza della nullità parziale del contratto, e imponendo così al datore di lavoro la ricostruzione economica e contributiva del rapporto sin dall'inizio e senza soluzione di continuità; peraltro, gli stessi effetti dell'integrale ripristino del sinallagma funzionale illegittimamente interrotto conseguono all'applicazione della tutela speciale (*ex lege*) della riqualificazione, più simile però al sistema sanzionatorio dell'art. 18 della legge n. 300/1970, trattandosi di una sanzione "integrale" e tipizzata, cioè idonea a ricostruire pienamente il rapporto interrotto.

Quindi, tutela speciale e tutela civilistica hanno convissuto e interagito nel disciplinare i meccanismi sanzionatori in materia di abusi sui contratti a termine prima della riforma del 2001. Ha prevalso, però, alla fine la tutela civilistica, per ragioni non legate alla singola violazione (e anche per quella cui poteva essere applicata la sanzione speciale) né di carattere sistematico, ma di semplice opportunità applicativa e di equità "sostanziale", cioè per compensare l'eccesso di tutela che, diversamente, sarebbe stato riconosciuto al lavoratore a tempo determinato con termine invalido rispetto a quello licenziato ingiustamente da un rapporto a tempo indeterminato.

b) La tutela speciale/civilistica della riqualificazione contrattuale nell'art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001, ricostruita dalla giurisprudenza della Cassazione e della Corte di giustizia

Il quadro sanzionatorio è stato modificato proprio dal d.lgs. n. 368/2001 e dalla "razionalizzazione" dell'apparato sanzionatorio. L'art. 1, comma 2, della normativa attuativa della direttiva 1999/70/CE prevedeva e prevede espressamente la sanzione dell'inefficacia del termine e quindi l'automatica trasformazione in contratto a tempo indeterminato *ex tunc*, nel caso di carenza della forma scritta contrattuale per rapporti a termine di durata superiore a dodici giorni e nel caso di mancata specificazione delle ragioni oggettive tecniche, produttive, organizzative o sostitutive.

La Corte di giustizia nella sentenza *Sorge* ha ipotizzato (a ragione, prendendo atto della supponenza interpretativa della giurisprudenza nazionale) un rafforzamento della tutela del lavoratore precario nell'onere di specificazione delle ragioni di apposizione del termine, onere presente nella abrogata disciplina dell'art. 1 della legge n. 230/1962 solo per la sostituzione del personale assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro.

La Cassazione ha aggiunto agli oneri formali della forma scritta e della specificazione dei motivi anche l'onere sostanziale a carico del datore di lavoro di provare l'effettiva sussistenza delle ragioni oggettive, di cui nel frattempo la sentenza *Adeneler* della Corte di giustizia aveva individuato i caratteri essenziali della temporaneità rigorosa (cfr. Cass., n. 12985/2008), cui la genericità della clausola interna dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 ha costretto ad aggiungere anche il carattere della eccezionalità fino al 25 giugno 2008 con l'aggiunta del riferimento alla ordinaria attività di impresa (cfr. Cass., n. 10033/2010).

c) La tutela speciale della riqualificazione contrattuale dei contratti successivi nell'art. 5, commi 3, 4, 4-bis, d.lgs. n. 368/2001

In realtà, il sistema sanzionatorio vero e proprio degli abusi del contratto a tempo determinato, anche nella rubrica dell'articolo in questione oltre che nell'intenzione del legislatore del 2001, era concentrato nelle tre ipotesi di violazione nella successione dei contratti disciplinate dall'art. 5 d.lgs. n. 368/2001, ai commi 2, 3 e 4. In tutte e tre le ipotesi, la sanzione specifica è quella della trasformazione a tempo indeterminato, una volta maturate le condizioni fissate dalla singola disposizione: prosecuzione oltre il limite di tolleranza, che originariamente era di venti o trenta giorni; mancato rispetto dell'intervallo minimo tra un contratto a termine e quello successivo, che originariamente era di dieci o venti giorni [termini ripristinati dall'art. 7, comma 1, lett. c), n. 3, del dl. n. 76/2013, dopo le

confuse modifiche introdotte dalla legge n. 92/2012]; due contratti successivi senza soluzione di continuità; infine, con l'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, il superamento dei trentasei mesi di lavoro a termine con lo stesso datore di lavoro e con mansioni equivalenti. In tutte e tre (ora quattro) le situazioni di abuso *ex lege* la sanzione è sempre quella automatica della trasformazione a tempo indeterminato, con diversità solo di decorrenza degli effetti.

Viceversa, da oltre dodici anni a questa parte, quando si parla di contratto a tempo determinato "abusivo" ci si continua a concentrare sulla "conversione" del rapporto a termine in contratto a tempo indeterminato, partendo dal presupposto della "nullità" parziale del termine *ex art.* 1419, comma 2, c.c.

Sulla nullità del termine contrattuale e sulla "conversione", addirittura, il legislatore del Collegato lavoro 2010 (legge n. 183/2010) ha costruito norme limitative del diritto di agire in giudizio per ottenere il posto di lavoro "stabile" [art. 32, comma 3, lettere a), b) e d), nonché comma 4, lettere a), b) e d)] nelle ipotesi di nullità del termine apposto anche in caso di somministrazione a tempo determinato o di riduzione del risarcimento del danno (art. 32, commi 5, 6 e 7) nel caso di "conversione" del contratto.

d) Ricostruzione sistematica dell'apparato sanzionatorio in caso di utilizzo irregolare del contratto a tempo determinato, anche alla luce della sentenza *Carratù* della Corte di giustizia

Le modifiche strutturali apportate alla disciplina del contratto a tempo determinato sia dalla legge n. 92/2012 sia dal dl. n. 76/2013⁸² debbono necessariamente condurre ad una ricostruzione dell'apparato sanzionatorio speciale in modo più razionale e, soprattutto, più aderente al dato normativo, tenendo conto di tutte le novità introdotte nell'impianto originario della disciplina:

- perdita di rilievo "sanzionatorio" della temporaneità, addirittura con previsione di ipotesi acausali di apposizione del termine (anche di lunga durata, come nel caso delle *start-up* innovative);
- ripristino, seppure *de relato*, delle stesse causali tipiche di apposizione del termine già previste dall'art. 1, comma 2, della legge n. 230/1962, oltre alla possibilità di ulteriore migliore specificazione delle stesse ragioni oggettive in sede di contrattazione collettiva, come già previsto dall'art. 23, comma 1, legge n. 56/1987;
- omogeneizzazione delle discipline e delle tutele in materia di contratti a termine e di somministrazione a tempo determinato, con individuazione del rischio di impresa (e, quindi, di abusivo utilizzo del contratto) in capo al datore di lavoro presso cui il lavoratore a termine espleta effettivamente il servizio, anche se si tratta dell'impresa utilizzatrice e non del datore di lavoro "formale";
- rafforzamento della tutela in materia di successione di contratti a termine anche "in missione" presso l'azienda utilizzatrice, a prescindere dall'adeguamento temporale antifraudolento degli intervalli temporali minimi.

Questo nuovo contesto disciplinare deve indurre a rivedere la "natura" e gli effetti delle sanzioni in caso di abusivo utilizzo contrattuale, in guisa tale da limitare la nullità del termine contrattuale e la "conversione" *ex art.* 1419, comma 2, c.c. ad ipotesi eccezionali o residuali, come la violazione dei divieti di cui all'art. 3⁸³ d.lgs. n. 368/2001 e la disciplina sanzionatoria dei contratti a termine già scaduti prima dell'entrata in vigore del dl. n. 76/2013 o stipulati prima della stessa data e scadenti in data successiva.

In conseguenza, si andrà ad applicare la sanzione specifica della trasformazione automatica in contratto a tempo indeterminato alle seguenti ipotesi:

- contratto a tempo determinato o di lavoro somministrato a termine carente (di forma scritta e/o) di specificazione delle ragioni oggettive di cui agli artt. 1, comma 1, e 2 (in questo caso, mancata precisazione dei limiti di contingentamento) d.lgs. n. 368/2001, anche in caso di proroga contrattuale *ex art.* 4, comma 2, d.lgs. n. 368/2001, come espressamente previsto dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001;

⁸² Sulle novità introdotte alla disciplina del contratto a tempo determinato dal dl. n. 79/2012 v. M. MISCIONE, *I contratti a termine 2013*, LG, speciale 2013 su "Pacchetto lavoro": *interventi urgenti per la promozione dell'occupazione*, p. 12 ss.

⁸³ Cfr. Cass., sentenza n. 5241/2012.

- mancata prova in giudizio a carico del datore di lavoro della effettività (e non della temporaneità) delle ragioni oggettive specificate nel contratto di assunzione (anche nel caso di somministrazione a tempo determinato, tra Agenzia e lavoratore utilizzato) eventualmente prorogato, compreso il rispetto della clausola di contingentamento, per quelle tipologie contrattuali che abbiano come unica condizione contrattuale o legale di legittima apposizione del termine la fissazione di un limite complessivo al loro utilizzo;

- tutte le ipotesi di violazione della normativa sui contratti successivi con la specifica sanzione della trasformazione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro a termine, disciplinate negli effetti dall'art. 5, commi 2, 3, 4, 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 e, per le *start-up* innovative, dall'art. 28, commi 4 e 5, dl. n. 179/2012.

Per quanto riguarda gli effetti della sanzione della trasformazione in contratto a tempo indeterminato di un rapporto di lavoro originariamente a termine vanno richiamati i principi enunciati dalla giurisprudenza comunitaria su casi analoghi a quelli interni, soprattutto se rapportabili con il particolare regime “sanzionatorio” introdotto dall'art. 32, commi 5 e 6, legge n. 183/2010 “soltanto” per l'ipotesi di “conversione” del rapporto a termine, con esclusione, dunque, delle violazioni alla normativa sui contratti successivi (art. 5, d.lgs. n. 368/2001) e della violazione a sanzione tipizzata anche per il primo e unico contratto a tempo determinato dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001.

In particolare, il Tribunale della funzione pubblica della Corte di giustizia europea nella sentenza del 23 aprile 2011⁸⁴ ha negato per un vizio procedurale (il reclamo, avverso il provvedimento che disponeva la seconda proroga “illecita” del contratto a tempo determinato del medico assunto come agente temporaneo, non è stato proposto nel termine decadenziale di tre mesi dalla comunicazione, per cui il Tribunale ha dichiarato irricevibile la domanda di riqualificazione) la trasformazione del rapporto a tempo indeterminato per violazione della normativa regolamentare antiabusiva.

Tuttavia, la Corte comunitaria ha condannato il datore di lavoro “pubblico” (Parlamento europeo) al risarcimento dei danni passati e futuri subiti dalla professionista, quantificati nella misura della differenza tra la retribuzione contrattuale che avrebbe percepito come medico a tempo indeterminato alle dipendenze dell'Istituzione europea e le somme ricevute ad altro titolo da altri rapporti lavorativi e/o di indennità di disoccupazione, a decorrere dalla cessazione definitiva del rapporto di lavoro a termine prorogato e fino al momento in cui il Segretario generale del Parlamento UE non adotterà il formale provvedimento di assunzione a tempo indeterminato, che, naturalmente, è stato tempestivamente adottato.

Questa faticosa ricostruzione sistematica della normativa interna in caso di utilizzo abusivo del contratto a tempo determinato dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001, proposta nelle osservazioni della difesa della lavoratrice, sarà quella “applicata” nella sentenza *Carratù*, in cui la Corte non userà mai il termine “conversione” del contratto a termine nonostante la parola religiosa “conversione” sia stata inserita nel testo della disposizione sottoposta al vaglio di compatibilità comunitaria.

11. Il vano tentativo della Corte costituzionale e della Corte di giustizia di frenare il legislatore nazionale nella liberalizzazione dell'accesso al reclutamento pubblico attraverso i contratti flessibili per esigenze permanenti delle pubbliche amministrazioni e senza selezione concorsuale

a) La ignorata ordinanza n. 251/2002 della Corte costituzionale sui docenti precari della scuola

Pochi mesi dopo che la Corte di giustizia aveva accolto con la sentenza *Vitari* la questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Torino di applicazione al dipendente temporaneo di una Istituzione comunitaria della legge n. 230/1962, lo stesso Giudice del rinvio nazionale⁸⁵ nel gennaio 2001 ha investito la Consulta della questione di costituzionalità dell'art. 36, comma 8, d.lgs. n.

⁸⁴ Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea, sentenza del 13 aprile 2011, causa F-105/99, *Séverine* (sul risarcimento del danno per mancata riqualificazione del medico temporaneo presso il Parlamento europeo).

⁸⁵ Trib. Torino, Est. Sanlorenzo, ordinanza del 22 gennaio 2001 n. 272/2001 Reg.ord.

29/1993 (come modificato dall'art. 22, d.lgs. n. 80/1998), in riferimento all'art. 3 della Costituzione, nella parte in cui la norma impugnata escludeva che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni potesse comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, precludendo l'accoglimento delle domande proposte nel giudizio principale dai ricorrenti, i quali - insegnanti di scuola secondaria presso il Provveditorato agli Studi di Torino, in forza di successivi contratti di lavoro di durata annuale - agivano nei confronti dell'Amministrazione scolastica perché fosse dichiarato il loro diritto ad essere considerati dipendenti a tempo indeterminato, ai sensi degli artt. 1 e 2 della legge n. 230/1962.

Secondo il Giudice del rinvio si sarebbe creata una evidente disparità di trattamento tra i lavoratori assunti con contratto a tempo determinato dalle pubbliche amministrazioni e quelli assunti con analogo contratto da altri datori di lavoro privati o enti pubblici economici, in quanto ai primi - nonostante l'intervenuta privatizzazione del rapporto e l'esplicito richiamo alla legge n. 230/1962 contenuto nel comma 7 dello stesso art. 36 del d.lgs. n. 29/1993 - sarebbe negata la tutela rappresentata dalla costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato in conseguenza della violazione delle disposizioni imperative relative al contratto a tempo determinato contenute nella predetta legge.

Il Tribunale di Torino (non invoca la sentenza *Vitari* della CGUE, ma) richiama i due precedenti della Corte costituzionale, e cioè: 1) la sentenza n. 419 del 2000 che - con riferimento ad analogo norma riguardante le assunzioni a tempo determinato effettuate, *contra legem*, dall'Ente Poste - ha escluso la violazione dell'art. 3 della Costituzione solo in considerazione della assoluta eccezionalità della situazione creata a seguito del mancato adeguamento, da parte dei dirigenti dell'Ente pubblico economico, alla disciplina dettata dalla legge n. 230/1962, con il conseguente rischio che l'imprevista assunzione coattiva di migliaia di lavoratori pregiudicasse il risanamento finanziario dell'Ente e della temporaneità della deroga alla disciplina generale dettata dalla norma scrutinata; 2), la sentenza n. 41 del 2000 che, dichiarando l'inammissibilità del *referendum* abrogativo della legge n. 230/1962, avrebbe individuato la legge in questione come normativa interna, di contenuto tale da costituire per lo Stato italiano adempimento di un preciso obbligo comunitario, derivante dalla direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato.

Secondo il Giudice del lavoro torinese sarebbe palese l'irragionevolezza della disparità di trattamento introdotta dall'art. 36, comma 8, d.lgs. n. 29/1993, in quanto tale norma di fatto sancirebbe, quanto ai dipendenti pubblici, quella radicale carenza di garanzie - dalla Corte nella sentenza n. 41/2000 ritenuta contrastante con la citata direttiva comunitaria - che sarebbe stata il risultato dell'accoglimento della proposta referendaria, per tale motivo ritenuta appunto inammissibile.

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

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

b) L'ordinanza n. 251/2002 della Corte costituzionale e l'involuzione del sistema di finanziamento della previdenza integrativa nel pubblico impiego

L'ordinanza n. 251/2002 della Corte costituzionale si lega temporalmente all'involuzione del sistema di finanziamento della previdenza integrativa nel pubblico impiego. Infatti, nel marzo 2001 avviene l'anomala costituzione di Italia Previdenza – Società italiana di servizi per la previdenza integrativa S.I.S.P.I. s.p.a., con capitale sociale di € 500.000,00 interamente versato dall'Inps (65%) e dall'Ipost, l'Istitutopostelegrafonici (35%), con sede legale presso l'Ipost, per la gestione delle forme pensionistiche complementari e regolamentata dal d.lgs. n. 124/1993, in virtù della delega di cui all'art. 3, comma 1, lett. v), della legge n. 421/1992.

Nell'atto costitutivo della S.I.S.P.I. (Italia Previdenza), la cui attività ai fini statistici del registro delle imprese è classificata come “attività dei consulenti del lavoro”, in data 26 marzo 2001 si precisa che l'*Antitrust* con parere emesso il 5 ottobre 2000 non ha rilevato motivi ostativi alla costituzione di una società di capitali per Inps e Ipost per la gestione amministrativo-contabile dei Fondi pensione.

L'oggetto sociale “originario”, in ogni caso, era conforme alla normativa sulla gestione dei fondi di previdenza complementare e integrativa, in quanto i servizi fruibili dagli utenti assicurati e pensionati dovevano essere svolti con finalità, modalità e caratteristiche diverse da quelle che Inps e Ipost istituzionalmente svolgevano (o avrebbero dovuto svolgere) per la previdenza obbligatoria. Nessuna specifica previsione, però, disciplinava la separatezza contabile dell'attività di previdenza integrativa rispetto a quella istituzionale di due Enti assolutamente diversi nelle forme di finanziamento e di reperimento delle risorse per la previdenza obbligatoria.

Si tratta del completamento della manovra finanziaria contenuta nell'art. 53, commi 6, 8 e 12, della legge n. 449/1997, con cui il trattamento di fine servizio di circa 150.000 dipendenti dell'Ente pubblico economico Poste italiane, che transitano nella società per azioni Poste italiane, viene distinto in due voci retributive:

- la prima, costituita dall'indennità di buonuscita maturata secondo le norme previdenziali già in vigore per il datore di lavoro “pubblico”, calcolata sulla retribuzione maturata al 27 febbraio 1998 (comprensiva della indennità integrativa speciale al 60% e non della indennità di contingenza al 100%) e definitivamente congelata a quella data fino al momento della cessazione del rapporto di lavoro, quando verrà liquidata dalla gestione esclusiva dell'IPOST fino al 30 maggio 2010 e dall'INPS e dal sistema previdenziale generale dei lavoratori privati dal 31 maggio 2010 in poi;

- la seconda, costituita dal solo trattamento di fine rapporto maturato dal 28 febbraio 1998 fino alla cessazione del rapporto di lavoro, con liquidazione a carico del datore di Poste italiane s.p.a., e che non viene trasferita né ai fondi integrativi né all'INPS, come invece avviene per tutte le imprese “private”.

Inoltre, Poste italiane s.p.a. dal 28 febbraio 1998 non versa più all'Ipost il contributo previdenziale obbligatorio dell'8,10% sulla base contributiva utile ai fini della liquidazione dell'indennità di buonuscita, previsto dall'art. 37 della legge n. 1032/1973. Di tale contributo il datore di lavoro pubblico si rivaleva nei confronti del proprio dipendente nella misura del 2,5% della predetta base contributiva.

Ebbene, con straordinario senso di equità sociale il legislatore d'urgenza⁸⁶ preciserà immediatamente dopo la legge finanziaria per il 1998 che i dipendenti Poste continuano a versare all'Ipost il contributo che Poste italiane non versa più (art. 2, comma 4, dl. n. 4/1998).

c) Le sentenze di vantaggio fiscale della Corte costituzionale in favore dello Stato postale

Purtroppo, la Corte costituzionale con sentenza del 20 giugno 2002, n. 259, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 comma 4, del dl. del 20/1/1998, n. 4, convertito nella legge n. 52 del 20/3/1998, e dell'art. 53 comma 6, lettera a), della legge n. 449 del 27/12/1997, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 36 della Costituzione, nella parte in cui impongono ai lavoratori postali il contributo del 2,50 per cento fino a tutto l'anno 2000, dell'1,75 per cento per il 2001 e dell'uno per cento per il 2002. Per la Corte costituzionale tali disposizioni costituiscono legittime manovre di contenimento della spesa pubblica, come verrà confermato dalla sentenza del 9

⁸⁶ dl. 20 gennaio 1998, n. 4, convertito con modificazioni dalla legge 20 marzo 1998, n. 52.

novembre 2006, n. 366 del Giudice delle leggi, che ha ritenuto assolutamente legittima la disposizione dell'art. 53, comma 6, n. 449/1997, che congela il trattamento di buonuscita dei lavoratori postali al 27 febbraio 1997, senza possibilità di adeguamento monetario a prescindere dal periodo di cessazione del servizio.

Nelle more delle due predette sentenze di vantaggio fiscale in favore di Poste italiane, il 21 dicembre 2002 (sei mesi dopo il deposito della ordinanza n. 251/2002 e della sentenza n. 257/2002 della Corte costituzionale) con il d.d.l. n. 3200-*bis*-B viene presentato al Senato per la prima volta il testo, poi approvato, dell'art. 37⁸⁷ (dal titolo *Retribuzione dei giudici della Corte costituzionale*) della legge finanziaria 27 dicembre 2002, n. 289, con un aumento nella misura della metà della retribuzione spettante a ciascun Giudice costituzionale rispetto all'originaria formulazione della norma, che la perequava allo stipendio del 1° Presidente della Cassazione.

d) La sentenza n. 89/2003 della Corte costituzionale sui collaboratori scolastici che non hanno mai fatto il concorso pubblico e mai lo faranno

Qualche mese dopo, con la sentenza n. 89/2003, ai collaboratori scolastici per contratti a tempo determinato stipulati ai sensi dello stesso art. 4 della legge n. 124/1999 la Corte costituzionale negherà ogni tipo di tutela (non si parla neanche di risarcimento dei danni), perché non potevano pretendere un posto stabile nella pubblica amministrazione senza aver superato un concorso che, diversamente dal personale docente, non erano tenuti neanche a fare, mentre le legittime supplenze (argomento *ex* ordinanza n. 251/2002 della Consulta), improvvisamente, si trasformano in contratti *contra legem* per il fatto stesso di aver chiesto la tutela giudiziale e di aver preteso la “conversione” dei rapporti a termine.

Infatti, la Corte costituzionale dalla sentenza n. 89/2003 in poi, dopo la contrattualizzazione del pubblico impiego, si è attestata sulla posizione granitica della salvaguardia del principio del pubblico concorso *ex* art. 97, comma 3, Cost. come modalità principale e prevalente di accesso al reclutamento stabile nel pubblico impiego, ribadendo la legittimità del divieto di conversione dei contratti flessibili enunciato dall'art. 36, comma 2 (ora comma 5), d.lgs. n. 165/2001, in caso di violazione di norme imperative di legge in materia di reclutamento e di impiego.

Chi scrive ha totalmente condiviso⁸⁸ le critiche della dottrina⁸⁹ all'estensione dell'obbligo costituzionale del pubblico concorso, nella sentenza n. 89/2003, anche ai collaboratori scolastici, che il concorso non lo fanno “per legge”, accedendo al reclutamento a tempo indeterminato o alle supplenze in base a graduatorie per soli titoli di servizio o di accesso (originariamente, licenza di scuola media inferiore, ai sensi dell'art. 16 della legge n. 56/1987).

La sentenza n. 89 del 27 marzo 2003 della Consulta⁹⁰, infatti, nasce fuori contesto, per una serie di errori in fatto e in diritto. L'errore in fatto risulta evidente dalla ricostruzione della vicenda deliberata dal Giudice del rinvio, il Tribunale di Pisa⁹¹, che ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 sul divieto di riqualificazione dei rapporti a tempo determinato nella pubblica amministrazione.

Si trattava di una domanda giudiziale di alcuni collaboratori scolastici (personale ATA) *ex* dipendenti assunti a termine del Comune di Pisa, la cui posizione, ai sensi della legge n. 124/1999, era confluita nelle graduatorie permanenti provinciali (ma gestite dallo Stato) del profilo professionale corrispondente (*ex* V qualifica funzionale Ccnl Comparto Scuola), disciplinate dal d.lgs. n. 297/1994.

⁸⁷ Il primo comma dell'articolo 12 della legge 11 marzo 1953, n. 87, è sostituito dal seguente: «I giudici della Corte costituzionale hanno tutti egualmente una retribuzione corrispondente al più elevato livello tabellare che sia stato raggiunto dal magistrato della giurisdizione ordinaria investito delle più alte funzioni, aumentato della metà. Al Presidente è inoltre attribuita una indennità di rappresentanza pari ad un quinto della retribuzione».

⁸⁸ Cfr. per tutti, V. DE MICHELE, *Retroattività delle norme e tutela dei diritti del precariato pubblico da parte dei Giudici nazionali*, LG, 2011, 7, pp. 697 ss.

⁸⁹ V. *ex multis*, A. GARILLI, *Il contratto a termine nel lavoro pubblico*, in *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008, n. 133. Privato e pubblico a confronto*, Torino, 2009, p. 138 ss.; D. MEZZACAPO, *Profili problematici della flessibilità nel lavoro pubblico: il contratto a tempo determinato*, in *Lavoro nelle P.A.*, 2003, p. 505 ss.; M. G. GRECO, *Nota a Corte cost., 27 marzo 2003, n. 89*, in *Lavoro nelle P.A.*, 2003, 2, p. 355; P. CHIECO, *I 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. nelle P.A.*, 2003, 3-4, p. 489.

⁹⁰ Pubblicata su LG, 2003, 831 s., con nota di P. SCIORTINO, *Procedure concorsuali, violazione di legge, costituzione del rapporto di pubblico impiego*.

⁹¹ Ordinanza del 7 agosto 2002.

Le graduatorie in questione costituiscono l'unica modalità di reclutamento a tempo indeterminato o a tempo determinato del personale a.t.a., mutuando con le peculiarità tipiche del settore le modalità procedurali dell'art. 16 della legge n. 56/1987, cui appartiene come bacino professionale la gran parte dei lavoratori interessati all'impiego pubblico.

I collaboratori scolastici, sempre per il tramite delle predette graduatorie (e quindi con modalità di reclutamento legittime ed esclusive), erano stati assunti con contratti a termine stipulati nel gennaio 2000, successivamente prorogati (più volte) fino alla domanda giudiziale di conversione a tempo indeterminato, per violazione dell'art. 2 della legge n. 230/1962. L'ordinanza di rimessione interviene in un momento in cui la direttiva 1999/70/CE era stata già recepita dal d.lgs. n. 368/2001, anche se la regolamentazione normativa dei contratti a termine era ancora quella della previgente disciplina interna.

La Corte Costituzionale ha ignorato il fatto che le norme sottoposte al vaglio di legittimità costituzionale rientravano nell'ambito di applicazione del diritto comunitario (in realtà, nell'ordinanza di rinvio non vi è traccia di un richiamo all'accordo quadro comunitario sul contratto a tempo determinato, da poco entrato in vigore) e, con la sentenza 89/2003, ha dichiarato la legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, affermando del tutto fuori tema (*decidendi*) che il principio fondamentale in materia di instaurazione del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è quello, del tutto estraneo alla disciplina del lavoro privato, dell'accesso mediante concorso, enunciato dall'art. 97, comma 3, Cost.

In effetti, non solo il principio del pubblico concorso non aveva valenza né teorica né pratica (e quindi la sentenza è sbagliata "in fatto"), ma la Consulta ha invaso anche il campo interpretativo della Corte di giustizia, mettendo in discussione delicati equilibri istituzionali e costituzionali (era già intervenuta anche la modifica dell'art. 117 Cost., con la legge costituzionale 3/2001).

e) Il problema etico sollevato dalla Corte costituzionale sul precariato pubblico senza concorso

Si tratta, dunque, nel caso dell'ordinanza n. 251/2002 e della sentenza n. 89/2003 della Corte costituzionale di pronunce fuori contesto normativo e che esulano da una seria motivazione di tipo giuridico, per trasformarsi esclusivamente in un evidente monito di politica giudiziaria al legislatore per accelerare le assunzioni a tempo indeterminato attraverso procedure selettive nella scuola con cadenza triennale.

In ogni caso, è chiara la contrapposizione delle due pur antitetiche decisioni della Consulta nei confronti dei precedenti della Corte di giustizia nella sentenza *Vitari* e in quella dei lettori universitari, in un momento storico in cui la modifica dell'art. 117, comma 1, Cost. con la legge costituzionale n. 3/2001, avrebbe potuto comportare un ridimensionamento del ruolo della Corte costituzionale e una più incisiva e diretta influenza del diritto comunitario sulla normativa interna.

Ma il problema è un altro e, oggi, non pare a chi scrive che la Corte costituzionale avesse molta scelta se non sbagliare consapevolmente la decisione puntando sull'autorevolezza del *decisum*: che cosa sarebbe successo se il Giudice delle leggi non avesse fissato condizioni applicative così rigide e teoriche di un principio sacrosanto, quale è l'accesso al pubblico impiego mediante un concorso pubblico?

In buona sostanza, qual è il livello di cultura ordinamentale "diffuso" nella società civile italiana e nella sua classe dirigente politica e amministrativa rispetto all'applicazione dell'art. 97, comma 3 (ma anche del comma 1 sull'efficienza e l'imparzialità delle pubbliche amministrazioni), Cost.? Pare indiscutibile che, nonostante il monito eticamente ineccepibile della Corte costituzionale, il sistema clientelare e della raccomandazione sia riconosciuto come prassi normale e condivisa del reclutamento nel pubblico impiego, dal momento che le pubbliche amministrazioni per tanti anni hanno fatto uso massivo di contratti atipici senza concorso e hanno rinunciato in molti settori del pubblico impiego addirittura a farli, i concorsi pubblici.

Addirittura, come innanzi precisato, nella prima formulazione dell'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 165/2001 (rimasta inalterata fino a gennaio 2006, autorizzando quattro anni e mezzo di abusi) il legislatore si è preoccupato di scindere in due distinti articoli – uno per il reclutamento a tempo indeterminato, l'altro per le assunzioni flessibili - l'originario art. 36 d.lgs. n. 29/2003, semplicemente

per consentire alle pubbliche amministrazioni l'uso liberalizzato dei contratti a tempo determinato, venendo meno il collegamento "interno" alla norma precedente con le procedure selettive per l'accesso al pubblico impiego.

Nella scuola pubblica, nonostante le rigorose modalità di reclutamento per l'accesso anche alle supplenze, oltre che alle assunzioni in ruolo, attraverso il c.d. "doppio canale" (metà immessi in ruolo dalle graduatorie concorsuali e metà dalle graduatorie permanenti ad esaurimento fondate sui titoli di accesso e sui titoli di servizio), vi è stato un incremento esponenziale del precariato perché deliberatamente lo Stato, nonostante l'invito-monito della Corte costituzionale nell'ordinanza n. 251/2002 e nella sentenza n. 89/2003 in combinato disposto, non ha espletato concorsi per ben tredici anni dal 1999 al 2012, come attestato dallo stesso Giudice delle leggi nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale *Napolitano*.

E' quello che è successo in altri settori strategici dell'ordinamento nazionale, come la sanità, la ricerca, con centinaia di migliaia di precari "simil-stabili o di lunga durata". E' quello che è successo, come vedremo, anche nel lavoro marittimo dove le imprese pubbliche come Rete Ferroviaria italiana hanno creato migliaia di situazioni di precarietà lavorativa legate alla alternanza alla disoccupazione con requisiti ridotti e, quindi, alla continuità di un reddito minimo garantito nei periodi di non lavoro, i cui costi sono stati scaricati sulle imprese private e sulla fiscalità generale.

f) La prima ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del Tribunale di Genova sul precariato pubblico sanitario

In risposta alla sentenza n. 89/2003 della Corte costituzionale e per superarne le incongruenze e inesattezze interpretative e normative, il Tribunale di Genova⁹² con la ordinanza del 21 gennaio 2004 nella causa C-53/04, *Marrosu-Sardino* (cui seguirà la ordinanza *Vassallo* nella causa C-180/04) ha sollevato la 1^a questione pregiudiziale comunitaria sul pubblico impiego nella vigenza della normativa interna di recepimento della direttiva 1999/70/CE, alla luce del d.lgs. n. 368/2001, di cui afferma (o, meglio, sospetta) la prevalenza rispetto all'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, nonostante le opposte indicazioni della Consulta.

Tra le due ordinanze di rinvio del Tribunale di Genova in causa C-53/04, *Marrosu-Sardino*⁹³ e C-180/04, *Vassallo*⁹⁴ vi era già una diversità di impostazione della problematica. Infatti, come ha precisato l'Avvocato generale Poiars Maduro al punto 12 delle conclusioni depositate il 20 settembre 2005 nelle cause C-53/04 e C-180/04, «dalle ordinanze di rinvio emerge un dissenso tra i giudici del Tribunale di Genova riguardo allo stato del diritto applicabile. Il giudice incaricato della causa *Marrosu e Sardino* sembra ritenere che il decreto n. 368 recante attuazione della direttiva 1999/70 prevalga in ogni caso sulle disposizioni previgenti del decreto n. 165. Il giudice della causa *Vassallo* sembra invece

⁹² Est. M.Basilico.

⁹³ Nell'ordinanza in causa C-53/04, *Marrosu-Sardino* il Tribunale di Genova ha posto alla CGUE il seguente quesito: «Se la direttiva 1999/70/CE (art. 1 nonché clausole 1, lett. b, e clausola 5 dell'accordo quadro CES-UNICE-CEEP sul lavoro a tempo determinato) debba essere intesa nel senso che osta ad una disciplina interna (previgente all'attuazione della direttiva stessa) che differenzia i contratti di lavoro stipulati con la pubblica amministrazione, rispetto ai contratti con datori di lavoro privati, escludendo i primi dalla tutela rappresentata dalla costituzione d'un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in caso di violazione di regole imperative sulla successione dei contratti a termine».

⁹⁴ Nell'ordinanza di rinvio in causa C-180/04 il Tribunale di Genova ha sollevato tre quesiti pregiudiziali: «1) Se – tenuto conto dei principi di non discriminazione e di effettività avuto riguardo, per quanto riguarda la Repubblica italiana, alle misure da essa prese con riferimento al rapporto di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro non pubblici – la direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 [articolo 1 nonché clausole 1, lett.b), e clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro CES-UNICE-CEEP recepito dalla direttiva] debba essere intesa nel senso che osta ad una disciplina interna quale quella di cui all'art. 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che non stabilisce "a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato devono essere ritenuti contratti a tempo indeterminato", addirittura escludendo in radice e in modo assoluto che l'abuso del ricorso a tale forma di contrattazione e di rapporti possa dare luogo alla costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato; 2) in caso di risposta affermativa al primo quesito, se, tenuto conto dell'avvenuta scadenza del termine di recepimento, la direttiva 1999/70/CE (e in particolare la clausola 5 di essa), e i principi di diritto comunitario applicabili debbano ritenersi – anche alla luce del decreto legislativo n. 368/2001 e, segnatamente, del suo articolo 5 che considera conseguenza normale dell'abuso del contratto o del rapporto a termine la conversione in rapporto a tempo indeterminato – attribuire al singolo un diritto, attuale e immediatamente esigibile secondo le norme interne più prossime alla fattispecie (e quindi secondo le norme di cui al decreto legislativo n. 368/2001), al riconoscimento della titolarità, in proprio capo, di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato; 3) in caso di risposta affermativa al primo quesito e negativa al secondo quesito, se, tenuto conto dell'avvenuta scadenza del termine di recepimento, la direttiva 1999/70/CE (e in particolare la clausola 5 di essa) e i principi di diritto comunitario applicabili, debbano ritenersi attribuire al singolo esclusivamente il diritto al risarcimento del danno eventualmente sofferto dalla mancata adozione, da parte della Repubblica Italiana, delle misure idonee a prevenire gli abusi del ricorso al contratto e/o al rapporto di lavoro a termine alle dipendenze di datori di lavoro pubblici».

escludere che, allo stato del diritto italiano in vigore al momento della causa principale, la direttiva sia stata applicata ai rapporti di lavoro con la pubblica amministrazione. A sostegno delle rispettive posizioni, essi invocano motivi diversi: mentre il primo fa riferimento al principio del primato del diritto comunitario, ai sensi del quale deve disapplicarsi qualsiasi norma nazionale contraria alle disposizioni della direttiva 1999/70, il secondo si basa sulla giurisprudenza costituzionale la quale sancisce la validità di una regola speciale che deroga alla normativa generale in materia di contratti di lavoro a tempo determinato».

La questione potrebbe essere così sintetizzata: prevale l'applicazione integrale del d.lgs. n. 368/2001 al pubblico impiego, come normativa speciale di recepimento della direttiva 70/1999/CE in attuazione degli obblighi comunitari di cui all'art. 117, comma 1, della Costituzione; oppure il primato del diritto europeo non ha una dignità anche costituzionale "forte" e la normativa interna che recepisce disposizioni comunitarie ha lo stesso valore "orizzontale" delle altre leggi ordinarie, per cui l'applicazione delle norme va affrontata secondo i consueti rapporti di specialità o generalità e/o, all'interno della natura di legge speciale o di legge generale, la legge posteriore prevale sulla legge anteriore.

Nelle prime due cause sul precariato pubblico sanitario *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*, il Governo italiano soltanto alla trattazione orale del 15 luglio 2005 ha contestato, invano (sentenza *Marrosu-Sardino*, punto 39), che la direttiva 1999/70/CE e l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato e, quindi, la disciplina interna di recepimento si applicassero alle pubbliche amministrazioni.

Nella nota n. 15⁹⁵ delle sue conclusioni scritte nelle due cause italiane l'Avvocato generale Poiates Maduro ha anticipato le argomentazioni della sentenza n. 214/2009 della Corte costituzionale sul d.lgs. n. 368/2001 come "Testo unico" sul contratto a tempo determinato, richiamando la decisione n. 89/2003 della Consulta sul divieto assoluto di conversione *ex art. 97 Cost.* di contratti successivi di collaboratori scolastici, per il quali il concorso pubblico non è mai previsto "per legge", puntualizzando che soltanto nei limiti della necessità di effettuare selezioni concorsuali poteva giustificarsi la non applicazione della sanzione della riqualificazione del rapporto (punto 45), come ribadirà cinque anni dopo la Cassazione con la sentenza n. 9555/2010⁹⁶.

Come effetto delle conclusioni dell'Avvocato generale Poiates Maduro, il legislatore d'urgenza con il dl. n. 4/2006 (convertito con modificazioni dalla legge n. 80/2006) è stato costretto, con decorrenza dall'11 gennaio 2006, a modificare gli artt. 35 e 36 dl.gs. n. 165/2001, introducendo l'obbligo generale di ricorrere a procedure selettive di reclutamento per tutte le assunzioni flessibili di cui all'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 165/2001 (senza modificare il riferimento alla legge n. 230/1962 per indicare il d.lgs. n. 368/2001) non solo del personale della scuola, ma nei confronti di tutte le pubbliche amministrazioni: in via generale aggiungendo all'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 il comma 1-*bis*, che richiamava espressamente la disciplina della somministrazione a tempo determinato introdotta dal d.lgs. n. 276/2003 (e, quindi, l'applicabilità del d.lgs. n. 368/2001), e, per l'assunzione con contratti a tempo determinato per contingenti superiori alle cinque unità (ad eccezione del settore scuola, per cui continuavano ad applicarsi le procedure di reclutamento di cui al d.lgs. n. 297/1994), aggiungendo il comma 4-*bis* all'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001 con obbligo di esperire addirittura procedure concorsuali.

⁹⁵ Il punto 15 delle conclusioni dell'Avvocato generale Poiates Maduro nelle cause *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*: «Si trattava di una controversia che opponeva la pubblica amministrazione a taluni lavoratori i quali chiedevano che il loro rapporto di lavoro venisse equiparato a quello dei lavoratori del settore privato al fine di ottenere, ai sensi della legge 18 aprile 1962, n. 230, relativa alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato, una conversione dei loro contratti in contratti a tempo indeterminato. Anche se pronunciata sotto l'imperio di una legge abrogata con il decreto n. 368, tale sentenza si può considerare come un punto di riferimento sempre valido. Infatti, riguardo alla questione che qui rileva, la legge abrogata non era diversa dal citato decreto attualmente in vigore. Essa affermava, in termini sostanzialmente identici a quest'ultimo, il principio del contratto di lavoro a tempo indeterminato e prevedeva la riqualificazione dei contratti a tempo determinato abusivamente prolungati. La compatibilità delle disposizioni di detta legge con gli obblighi derivanti dalla direttiva 1999/70/CE è stata del resto riconosciuta dalla Corte Costituzionale con la sentenza 7 febbraio 2000, n. 40, con la quale essa ha respinto, per tale ragione, l'ammissibilità di un referendum popolare che proponeva l'abrogazione della legge n. 230/1962.».

⁹⁶ Cass., sez. lav., sentenza 22 aprile 2010, n. 9555, Pres. Vidiri, Est. Stile, *LG*, 2010, 11, 1107. La Suprema Corte interverrà sulla portata e sugli effetti della sentenza n. 89/2003 della Corte costituzionale, interpretandola, in senso conforme all'Avvocato generale Poiates Maduro, nel senso di limitare il divieto assoluto di conversione dei contratti a termine ai soli casi in cui è in discussione la violazione della regola del pubblico concorso di cui all'art. 97, comma 3, 1ª parte della Costituzione.

Con la citata sentenza *Adeneler*⁹⁷ la Grande Sezione della Corte di giustizia ha accolto integralmente le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott e ha fornito una nozione "comunitaria" di ragioni oggettive temporanee e per esigenze contingenti e non permanenti di personale, che giustificano l'apposizione del termine in aperto contrasto con formule o clausole generali e astratte, come quelle utilizzate dal legislatore italiano nell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 o come quelle dell'art. 4, commi 1 e 2, della legge n. 124/1999, che non consentono di individuare parametri certi della natura temporanea dell'occasione di lavoro.

g) La sibillina e provvisoria risposta indifferenziata della Corte di giustizia alle ordinanze del Tribunale di Genova nelle sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*

Con le due sentenze del 7 settembre 2006 nelle cause C-54/04, *Marrosu-Sardino*⁹⁸ e C-180/04, *Vassallo*, la Corte di giustizia (II Sezione) ha accolto le conclusioni dell'Avvocato generale Poirares Maduro, e ha utilizzato una formula di compatibilità *prima facie* condizionata dell'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 del risarcimento dei danni in luogo della riqualificazione del rapporto di lavoro.

Nelle sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo* dal punto 10 al punto 14 è trascritta la normativa nazionale rilevante ai fini della questione pregiudiziale e del giudizio principale, cioè gli artt. 1, 4, 5, 10 e 11 del d.lgs. n. 368/2001, oltre ai primi due commi dell'art. 36 d. lgs. n. 165/2001.

L'affidamento al Giudice nazionale della "effettività" della sanzione scelta, cioè della quantificazione del risarcimento subito dal lavoratore pubblico a termine per la perdita definitiva del posto di lavoro, rappresenta comunque un'indicazione chiara da parte della Corte di giustizia della necessità di porre rimedio alla situazione del precariato pubblico nazionale.

Tuttavia, facendo prevalere la norma speciale antecedente al recepimento della direttiva 1999/70/CE (art. 36, comma 2, d. lgs. n. 165/2001) in quanto "norma equivalente" (cioè misura preventiva e sanzionatoria degli abusi), rispetto alla vera normativa di attuazione dell'accordo quadro comunitario (il d. lgs. n. 368/2001 e, in particolare, gli artt. 1, 4 e 5), la Corte di giustizia con le due sentenze "italiane" ha operato un clamoroso *revirement* rispetto alla posizione assunta nella sentenza *Vitari* e, soprattutto, ha offerto un'interpretazione di favore nei confronti dello Stato italiano (e alla Commissione europea, che aveva preteso l'abrogazione della legge n. 230/1962 troppo vincolistica per la flessibilità della Istituzione comunitaria, pretendendo di dare seguito al processo di adeguamento alla disciplina europea nonostante le contrarie indicazioni della Corte costituzionale nella sentenza n. 41/2000) che darà la stura, purtroppo, all'ulteriore proliferazione degli abusi contrattuali delle pubbliche amministrazioni e ad un sostanziale blocco del reclutamento mediante concorsi pubblici, nonostante i due processi di stabilizzazione delle leggi finanziarie n. 296/2006 e n. 244/2007 imposti dalle sentenze italiane della CGUE.

Peraltro, le contraddizioni della Corte europea nelle sentenze di settembre 2006 erano state evidenziate tempestivamente da autorevole dottrina⁹⁹, che sottolineava testualmente: «La prospettata compatibilità condizionata – tra garanzia del principio costituzionale del pubblico concorso (art. 97, comma 3, Cost.), appunto, e ordinamento comunitario risulta gerarchicamente sopraordinato rispetto

⁹⁷ Sulla sentenza *Adeneler* v. R.CONTI, R.FOGLIA, *Successione di contratti di lavoro a termine nel settore pubblico*, su *Corr.giur.*, 2006, p. 1456-1459; L.ZAPPALÀ, *Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's Jurisprudence*, *Giorn. rel.ind.*, 2006, pp. 439-444; G.FRANZA, *Lavoro a termine: è ormai completa l'interpretazione della direttiva*, *Mass.giur.lav.*, 2006, pp. 752-755; A. M. PERRINO, *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, su *Foro it.*, 2007, IV, Col.75-81; L. DE ANGELIS, *Il contratto di lavoro a termine nelle Pubbliche Amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, su *Foro it.*, 2007, IV, Col. 344-348; V. DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, cit., p. 48-70.

⁹⁸ Sulle sentenze "gemelle" *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*, cfr. A. MISCIONE, *Il contratto a termine davanti alla Corte di giustizia: legittimità comunitaria del d.lg. n. 368 del 2001*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 6, p. 1639; L. NANNIPIERI, *La Corte di giustizia e gli abusi nella reiterazione dei contratti a termine: il problema della legittimità comunitaria degli artt. 5, d. lgs. n. 368/2001 e 36, d. lgs. n. 165/2001*, in *RIDL*, 2006, II, pp. 742-764; L. ZAPPALÀ, *Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's Jurisprudence*, *Giorn. rel.ind.*, 2006, p.439-444; G. FRANZA, *Lavoro a termine: è ormai completa l'interpretazione della direttiva*, *Mass.giur.lav.*, 2006, pp.752-755; A. M. PERRINO, *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, su *Foro it.*, 2007, IV, Col.75-81; L. DE ANGELIS, *Il contratto di lavoro a termine nelle Pubbliche Amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, su *Foro it.*, 2007, IV, Col.344-348; V. DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, cit., pp. 173-177; S.SCIARRA, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella "modernizzazione" del diritto del lavoro*, relazione su *Il giudice del lavoro e le fonti comunitarie ed internazionali*, Roma, 17 gennaio 2008, Incontro di studio CSM, pp. 12-16.

⁹⁹ M. DE LUCA, *Privato e pubblico nei rapporti di lavoro privatizzati*, in *Atti del Convegno nazionale del Centro studi "D. Napoletano" del 9 – 10 marzo 2007 all'Unical di Arcavacata di Rende*, *Lav. prev. Oggi*, Supplemento n. 6, 2008, p. 261.

alle fonti – anche costituzionali – degli ordinamenti nazionali degli stati membri, fatta esclusione per i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale ed i diritti inalienabili della persona».

Inoltre, lo stesso Autore, nel cogliere la natura “provvisoria” della soluzione poi espressa dalle sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*, precisava in nota 39 la presenza di giurisprudenza contrastante e contestuale sul principio del concorso pubblico: «Il principio del pubblico concorso, tuttavia, non ha precluso - con riferimento a lavoratore comunitario impiegato nel settore pubblico italiano un'attività analoga presso una pubblica amministrazione di un altro Stato membro, ancorchè non assunto a seguito di pubblico concorso - la decisione della stessa Corte di giustizia (sentenza 26 ottobre 2006, causa C-371/04), nei termini testuali: «La Repubblica italiana, non avendo tenuto conto dell'esperienza professionale e dell'anzianità acquisite nell'esercizio di un'attività analoga presso una pubblica amministrazione di un altro Stato membro da un lavoratore comunitario impiegato nel settore pubblico italiano, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 39 CE e 7, n. 1, del regolamento (CEE) del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità».

Infatti, per il comparto scuola, l'art. 1, comma 605, lett.c), della legge n. 296/2006 aveva previsto un piano triennale per gli anni 2007-2009 per l'assunzione a tempo indeterminato sia di personale docente per complessive 150.000 unità sia di personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA) per complessive 30.000 unità, «al fine di dare adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico e di evitarne la ricostituzione, di stabilizzare e rendere più funzionali gli assetti scolastici, di attivare azioni tese ad abbassare l'età media del personale docente.».

La stabilizzazione del precariato scolastico, a differenza delle stabilizzazioni dei lavoratori a termine di altri settori più a rischio di pratiche clientelari di selezione del personale e di “abusiva” assunzione a tempo indeterminato, si realizzerà solo inizialmente nell'anno scolastico 2007/2008, a causa della caduta del Governo Prodi.

Anche le due sentenze della Corte di giustizia *Marrosu-Sardino* e *Vassallo* rappresentano, allora, una declaratoria di incompetenza o di inadeguatezza del Giudice comunitario ad applicare la normativa europea in modo orizzontale a tutti gli Stati membri quando si tratta di risolvere problemi strutturali degli Stati politicamente più forti, come l'Italia (e la Germania), fino a quando le Alte Corti nazionali non hanno deciso di risolvere quei problemi direttamente attraverso il dialogo diretto (con o senza pregiudiziale comunitaria) con la Corte di giustizia, come è avvenuto con la giurisprudenza tedesca della Corte federale del lavoro e delle due sentenze *Lisbona* e *Mangold-Urteil* della Corte costituzionale sul caso *Mangold*, come è avvenuto sulla stessa questione della tutela effettiva dei precari pubblici e privati con le sentenze della Cassazione nn. 12985/2008, 2279/2010 e 10033/2010 e con le sentenze nn. 214/2009 e 107/2013 della Corte costituzionale, come sta ancora oggi accadendo nell'interesse dell'ordinamento interno e dell'Europa con pregiudiziali UE della Corte costituzionale e della Cassazione.

12. L'estensione del campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE ad ogni singolo e anche unico contratto a tempo determinato: la sentenza *Del Cerro*

a) La sentenza *Del Cerro Alonso* e la ritrovata competenza della Corte di giustizia sin dal primo contratto a tempo determinato sia per le condizioni di impiego che per le misure sanzionatorie

A settembre 2007 la Corte di giustizia nella sentenza *Del Cerro Alonso*¹⁰⁰ ha risolto la questione della nozione di lavoratore a tempo determinato in riferimento al divieto di discriminazione. I Giudici di Lussemburgo (punto 25) hanno ribadito¹⁰¹ che, sia dalla formulazione della direttiva 1999/70/CE e dell'accordo quadro sia dal loro sistema generale nonché dalla loro finalità, le prescrizioni ivi enunciate

¹⁰⁰ Corte di giustizia, Sezione II, sentenza del 13 settembre 2007 nella causa C-307/05, in *RIDL*, 318 ss. con nota di L. ZAPPALÀ, *La parità retributiva dei lavoratori flessibili nell'ordinamento comunitario*, nonché su *FI*, 2007, IV, Col. 617-618, con nota di G. RICCI, *Le conclusioni (parzialmente difformi) sono state precisate all'udienza del 10 gennaio 2007 dall'Avvocato generale M. Poiares Maduro*. Cfr. anche V. DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, cit., pp. 82-87.

¹⁰¹ Sentenze *Adeneler*, punti 54-57; *Marrosu-Sardino*, punti 40-43; *Vassallo*, punti 32-35.

sono applicabili ai contratti e ai rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e con altri enti del settore pubblico.

Pertanto, considerata l'importanza del principio della parità di trattamento e del divieto di discriminazione, che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, la loro applicazione alle disposizioni previste dalla direttiva 1999/70 e dall'accordo quadro ha una portata generale, in quanto costituiscono norme di diritto sociale comunitario di particolare importanza, di cui ogni lavoratore deve usufruire in quanto prescrizioni minime di tutela (punto 27): i lavoratori a tempo determinato, allora, devono poter beneficiare degli stessi vantaggi riservati ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili, a meno che un trattamento differenziato non si giustifichi per ragioni oggettive, escludendo che la condizione di impiego pubblico di "ruolo" secondo la normativa interna spagnola (*como «de plantilla»*) sia rilevante a risolvere la controversia (punto 29). A distanza di quasi sei anni con l'ordinanza del 7 marzo 2013 *Rivas Montes* la Corte di giustizia sconfesserà quel principio, ritenendosi incompetente sulla stessa identica questione per rispetto della disciplina interna che distinguerebbe e renderebbe non comparabili gli impiegati di ruolo a tempo indeterminato dagli agenti temporanei.

Qualche mese prima con la sentenza *Valenza*, ribadita dall'ordinanza A.E.E.G. dell'8 marzo 2013 che è stata depositata il giorno dopo l'ordinanza *Rivas Montes*, la Corte di giustizia, invece, ha applicato la clausola 4 di non discriminazione anche agli *ex* precari delle Autorità indipendenti, ritenendoli comparabili agli impiegati di ruolo a tempo indeterminato del pubblico impiego non contrattualizzato.

Il Collegio delle due ordinanze A.E.E.G. e *Rivas Montes* è lo stesso e l'unico elemento caratterizzante e distintivo della diversità delle decisioni è il costante (ed esclusivo) rimando interpretativo nell'ordinanza *Rivas Montes* alle due ordinanze *Vino* sulla causale finanziaria Poste italiane, con cui la Corte di giustizia sulle misure preventive introdotte dall'art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001, integrate dalla disciplina aggiuntiva dell'art. 2 dello stesso decreto, ha dichiarato la propria incompetenza trattandosi di primo e unico contratto, rinnegando la decisione di competenza e di compatibilità comunitaria espressa sulla stessa norma (art. 1, commi 1 e 2, per ragioni sostitutive d.lgs. n. 368/2001) nella sentenza *Sorge* sempre su un solo contratto a termine di Poste italiane.

Non pare che in questo continuo mutamento di orientamenti ci possa essere una logica se non quella di fornire un messaggio di politica giudiziaria ai Giudici spagnoli di evitare altre pregiudiziali sulla stessa questione.

In ogni caso, tornando alle sentenze "di sistema", sulla base del principio di non discriminazione la Corte di giustizia nella sentenza *Del Cerro* ha delineato una nozione molto ampia di "lavoro a tempo determinato", nel combinato disposto delle clausole 2, 3 e 4: «Di conseguenza, la direttiva 1999/70 nonché l'accordo quadro trovano applicazione nei confronti di tutti i lavoratori che forniscono prestazioni retribuite nell'ambito di un rapporto di impiego a tempo determinato che li vincola al loro datore di lavoro» (punto 28). La qualificazione comunitaria del lavoro a tempo determinato diventa, attraverso il principio di non discriminazione, la nozione generale della fattispecie negoziale, applicabile a tutti i rapporti o contratti di lavoro a termine nelle normative nazionali di ogni singolo Stato membro UE, anche con riferimento agli istituti retributivi e previdenziali, cioè alle "condizioni di lavoro".

La Corte europea - utilizzando in via analogica su un unico rapporto di lavoro della *ex* precaria dipendente sanitaria di ruolo "a tempo determinato" della durata di 12 anni (fino alla selezione per l'assunzione a tempo indeterminato) le argomentazioni già espresse nella sentenza "*Adeneler*" in ordine alla nozione di «ragioni obiettive» - ha concluso che la clausola 4, n. 1, dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che osta all'introduzione di una disparità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato, giustificata dalla mera circostanza di essere prevista da una disposizione legislativa o regolamentare di uno Stato membro ovvero da un contratto collettivo concluso tra i rappresentanti sindacali del personale e il datore di lavoro interessato.

Viene definitivamente affermata dalla giurisprudenza comunitaria (fino alla "parentesi" delle due ordinanze *Vino* della Corte di giustizia limitatamente al primo o unico contratto a termine) la prevalenza e la diretta applicazione del principio di non discriminazione contenuto nella disciplina comunitaria "derivata" (e di specifica regolamentazione dell'istituto flessibile), rispetto alla normativa interna legislativa o contrattuale che neghi la tutela e che non consenta di riconoscere gli scatti di anzianità e i diritti economici maturati durante i rapporti a tempo determinato.

b) Gli effetti positivi della sentenza *Del Cerro* sulla legislazione italiana

La sentenza *Del Cerro* ha imposto al legislatore italiano importanti modifiche alla disciplina interna sia in materia di causalità contrattuale (sin dal 1° contratto) sia per le misure preventive in materia di lavoro stagionale sia sulla normativa sui contratti successivi.

Dal 1° gennaio 2008, infatti, è entrato in vigore il comma 01 premesso al comma 1 dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, aggiunto dall'art. 1, comma 40, della legge n. 247/2007. Viene formalmente "ripristinato" il rapporto regola/eccezione tra il rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e il contratto a tempo determinato. Viene introdotta anche la modifica sulla normativa in materia di contratti successivi - art. 5, comma 4 *bis*, d.lgs. n. 368/2001 -, con la previsione di una durata massima complessiva dei rapporti o contratti di lavoro a tempo determinato con mansioni equivalenti con lo stesso datore di lavoro, anche per periodi non continuativi, che sarà citata nella ordinanza *Affatato* della Corte di giustizia per individuare una tutela preventiva (e sanzionatoria) effettiva al precariato pubblico. Viene reintrodotta la disciplina legale del diritto di precedenza dei lavoratori stagionali, nelle more del giudizio di costituzionalità che la Consulta avrebbe definito con la sentenza n. 44/2008.

Contestualmente alle modifiche introdotte al d.lgs. n. 368/2001, con il Collegato Lavoro n. 247/2007 (art. 1, commi da 40 a 43), l'art. 3, comma 79, della legge finanziaria n. 244/2007 ha modificato nuovamente l'intero art. 36, d.lgs. n. 165/2001, rendendo praticamente impossibile o estremamente limitato dal 1° gennaio 2008 al 24 giugno 2008 il ricorso al contratto a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, compreso il personale della scuola (salvo le supplenze annuali e le supplenze fino al termine delle attività didattiche già iniziate dal 1° settembre 2007).

13. Il ritorno giurisprudenziale in Italia alla "causalità" temporanea e "tipizzabile" sin dal primo o unico contratto a termine

a) La sentenza n. 44 del 2008 della Corte costituzionale e la sentenza n. 12985/2008 della Cassazione riformano in Italia, prima della Germania, la sentenza *Mangold* della CGUE

Con la sentenza n. 44 del 4 marzo 2008, in modo del tutto impreveduto, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 77 Cost. per assenza di delega, delle disposizioni che avevano abrogato il diritto di precedenza *ex lege* dei lavoratori stagionali nella riassunzione presso la stessa azienda, accogliendo così la 2ª ordinanza del Tribunale di Rossano, che già ne aveva sollevato identica questione nel 2004, risolta in modo "criptico" dal Giudice delle leggi rimettendo gli atti con ordinanza n. 252/2006 perchè risolvesse il sospetto di contrasto della normativa interna con la Carta fondamentale (art. 76 Cost. per eccesso di delega, nella 1ª ordinanza del Tribunale calabrese) alla luce della sentenza *Mangold*. Evidente, *a posteriori*, l'influenza che la sentenza *Adeneler* e la sentenza *Del Cerro* hanno avuto su questa importante decisione della Corte costituzionale nel ridefinire (ed estendere rendendolo generale) il campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE, rispetto alla sentenza *Mangold* e all'apparente esclusione del primo e unico contratto del finto segretario anziano dell'avvocato Helm con contratto a *part-time* dalle ragioni oggettive della clausola 5, n. 1, lett.a), dell'accordo comunitario.

Con perfetto tempismo e coordinandosi con la pronuncia della Corte costituzionale, la sentenza n. 12985/2008¹⁰² della Corte di cassazione, richiamando le sentenze *Adeneler* (e la decisione *Del Cerro*, implicitamente) e *Mangold* della Corte di giustizia, ha "interpretato" la giurisprudenza comunitaria, affermando, rispetto alla clausola generale dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, l'applicazione della direttiva 1999/70/CE al primo e unico contratto di lavoro a tempo determinato anche per quanto

¹⁰² Cass., sez. lav., Pres. Mattone, Est. Nobile, sentenza 21 maggio 2008, n. 12985, LG, 2008, p. 903, con nota di V. DE MICHELE, *L'interpretazione sistematica della Cassazione sul contratto a termine e la reazione caotica del legislatore*. In dottrina, v. A. M. PERRINO, *Il paradosso del contratto a termine: l'enfasi dei principi e la «Realpolitik» delle regole*, in FI, 2008, p. 3576; A. OLIVIERI, *La Cassazione e il rasoio di Ockham quale strumento intervento del contratto a tempo determinato: a parità di fattori la spiegazione più semplice tende ad essere quella esatta*, in RIDL, 2008, p. 891; critico A. VALLEBONA, *Sforzi interpretativi per una distribuzione inefficiente dei posti di lavoro stabile*, in GLMass, 2008, p. 643.

riguarda le ragioni oggettive di apposizione del termine, di cui alla clausola 5, n. 1, lett.a), dell'accordo quadro.

La Suprema Corte ha accolto così l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di merito, ponendo l'onere giudiziale della prova della sussistenza delle ragioni temporanee a carico del datore di lavoro (come era nella precedente disciplina dell'art. 3 della legge n. 230/1962) come estensione dell'obbligo formale di specificazione delle ragioni oggettive già nel contratto (anche il 1°) di assunzione (obbligo che, invece, non era previsto nella previgente disciplina se non per le ragioni sostitutive, come verrà sottolineato opportunamente dalla Corte di giustizia nella sentenza *Sorge*).

L'orientamento della Cassazione, che sarà confermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 219/2009 e dalla stessa Suprema Corte di legittimità nelle sentenze 2279/2010¹⁰³ e 10033/2010¹⁰⁴, ha sgombrato il campo dagli equivoci sollevati da una parte della dottrina (di cui è chiara eco la posizione dell'Avvocato generale Wahl nelle citate conclusioni della causa *Carratù* sulla non condivisibile promozione della autonomia decisionale delle parti contraenti nella scelta degli strumenti negoziali) che, anche in considerazione della pessima tecnica normativa utilizzata con la clausola generale aperta senza tipizzazione delle ragioni, aveva sostenuto la possibilità di un primo contratto acausale senza tener conto del dato letterale dell'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001 che, comunque, sanzionava con la riqualificazione del rapporto la carenza dei requisiti formali sin dal primo contratto a tempo determinato.

b) La sentenza *Angelidaki* della Corte di giustizia sul primo e unico contratto a termine

D'altra parte, la Corte di giustizia con la complessa sentenza *Angelidaki*¹⁰⁵ del 23 aprile 2009, accogliendo quasi integralmente le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, ha chiarito che anche il primo e unico contratto a tempo determinato entra nel campo di applicazione dell'accordo quadro e che, seppure non applichi la clausola 5, n. 1, lett. a) dell'accordo quadro delle misure preventive fondate sulle ragioni obiettive anche al 1° contratto (come la Kokott aveva richiesto nelle conclusioni), si applica sicuramente una norma equivalente nazionale (clausola 5, n. 1, prima parte dell'accordo quadro) idonea a prevenire gli abusi, che preveda, come nel diritto greco prima del recepimento della direttiva 1999/70/CE, come nel diritto italiano (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001), come nel diritto tedesco dopo il recepimento della disciplina comunitaria, la tutela antiabusiva delle ragioni oggettive sin dal primo contratto a termine.

A rigore, la stessa sentenza *Angelidaki* non pare molto lucida e dirimente nella parte in cui afferma che la clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro non si applica al primo e unico contratto a tempo determinato, per tutte le ragioni già esposte, ma anche per la contraddittorietà interna alla sentenza della scelta di non seguire le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott fino al coerente superamento integrale dell'errore interpretativo della sentenza *Mangold* sulla questione. E' del tutto contraddittorio e in qualche modo superficiale fino al paradosso e al metagiuridico che la stessa norma interna (art. 1, comma 2, della legge n. 230/1962) sia norma equivalente (cioè sia parte attiva nell'attuazione della clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro) prima del recepimento della direttiva 1999/70/CE sin dal primo e unico contratto a tempo determinato (e, nel regime transitorio dell'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 368/2001 le clausole dei CC.CC.NN.LL. stipulate ai sensi dell'art. 23 della legge n. 56/1987 in deroga alle causali tipiche della legge n. 230/1962 sono rimaste in vigore fino alla scadenza della stessa contrattazione collettiva) e, invece, quando il d.lgs. n. 368/2001 come disciplina attuativa degli obblighi comunitari all'art. 1, commi 1 e 2, conferma la scelta di individuare l'unica misura di tutela preventiva nella causalità specificata sin dal primo ed eventualmente unico contratto, questa scelta discrezionale dell'ordinamento interno non venga considerata applicazione della clausola 5, n. 1, lettera a), dell'accordo quadro.

¹⁰³ Cass., S.L., Pres. De Luca, Est. Ianniello, 1° febbraio 2010, n. 2279 (citata dall'Avvocato generale Jääskinen nelle conclusioni della causa *Sorge* C-98/09), su *Foro it.*, 2010, I, 1169, con nota di A. M. PERRINO; *LG*, 2010, 4, p. 365 ss., con nota di V. DE MICHELE, *Il contratto a termine tra giurisprudenza, Collegato lavoro e Carta di Nizza*.

¹⁰⁴ Cass., S.L., Pres. Lamorgese, Est. Meliadò, 27 aprile 2010, n. 10033, su *FI*, 2010, I, 1755, con nota di A. M. PERRINO; in *LG*, 2010, n. 11, 1096, con nota di S. GALLEANO, *Il faticoso definitivo approdo della Cassazione sulla causale del contratto a termine e l'opzione comunitaria*.

¹⁰⁵ Sulla sentenza *Angelidaki*, v. V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, cit., p.75-81; M. MISCIONE, *La Corte di giustizia sul contratto a termine e la clausola di non regresso*, in *LG*, 2009, 437; L.DRIGUEZ, *Retour sur les clauses de non régression*, in *Europe*, 2009, Comm. n° 235, p. 25-26; C. KERWER, *Verschlechterungsverbote in Richtlinien*, in *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2010, p. 253-265.

Non sarebbe stato un peccato mortale per la Corte di giustizia ammettere i propri errori e dichiarare il *revirement*, evitando che gli sbagli fossero evidenziati (e quindi censurati) e giustificati (e quindi “perdonati”) dalla Corte costituzionale tedesca nell’ordinanza *Mangold-Urteil*, consentendo comunque alla Germania di prendere la distanza interpretativa dalla Corte comunitaria attraverso la tolleranza delle sentenze non *ultra vires*. Altro atteggiamento ha avuto la Corte costituzionale italiana che ha dimostrato, pur nell’assenza di un processo legislativo coerente con il nuovo sistema delle fonti, di voler puntellare il traballante sistema giurisprudenziale di integrazione europea senza dare lezioni (esplicite) di diritto alla Corte europea, ma collaborando nella definizione della migliore soluzione interpretativa possibile.

c) La sentenza n. 214 del 2009 della Corte costituzionale sul d.lgs. n. 368/2001 come Testo unico e la sentenza *Sorge* della CGUE sul superamento definitivo della legge n. 230/1962

In effetti, sul punto della causalità temporanea e “tipizzabile” dal primo contratto sulle ragioni sostitutive, con la sentenza n. 214/2009 del 12 luglio 2009 la Corte costituzionale, senza citare la giurisprudenza comunitaria, ha recuperato (come aveva già segnalato l’Avvocato generale Poiares Maduro nelle conclusioni delle cause *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*) il contenuto sostanziale normativo della legge n. 230/1962 con la tesi del Testo unico e dell’incorporazione della disciplina abrogata nel d.lgs. n. 368/2001, evitando così in modo efficace di affrontare il problema della possibile incostituzionalità dell’intero decreto di recepimento della direttiva 1999/70/CE, soprattutto dopo il precedente n. 44/2008 del Giudice delle leggi sul diritto di precedenza dei lavoratori stagionali. La Consulta, tuttavia, ha fatto salva la norma in favore di Poste della finanziaria del 2006, ritenendola legittima per consentire la flessibilità “sicura” a garanzia dell’espletamento del servizio postale universale, ma ne ha vincolato l’applicazione al rigido rispetto delle condizioni formali e dei limiti quantitativi indicati nell’art. 2, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 368/2001.

Il 24 giugno 2010 la Corte di giustizia con la sentenza *Sorge*¹⁰⁶ sulle ragioni sostitutive “Poste” apposte ad un primo o unico contratto a termine, accogliendo le conclusioni dell’Avvocato generale Jääskinen, ha sostanzialmente avallato le argomentazioni “conservative” della Cassazione nella sentenza n. 12985/2008 (del resto richiamata nelle osservazioni scritte di tutte le parti del giudizio pregiudiziale) e della Corte costituzionale nella sentenza n. 214/2009 sulla causalità “tipizzabile” dal primo contratto, ponendo alcune condizioni in concreto irrealizzabili rispetto alla compatibilità con la clausola di non regresso della clausola generale dell’art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, di cui il Tribunale di Trani aveva sospettato il contrasto con l’ordinamento comunitario e, avendo compreso che le condizioni di compatibilità non avrebbero convinto il Giudice nazionale del rinvio, lo ha invitato, in caso di rilevato contrasto, ad utilizzare l’interpretazione adeguatrice, senza disapplicare la norma interna.

La sentenza *Sorge*, come la sentenza *Deutsche Luftansa* per l’ordinamento tedesco, rappresenta, molto più della sentenza *Angelidaki* che guarda al passato di una norma greca “equivalente” del 1920 applicabile eventualmente al primo e unico contratto a termine privo di ragioni oggettive, il definitivo superamento della sentenza *Mangold* e del problema del primo rapporto a tempo determinato con ragioni oggettive non specificate dalla clausola generale dell’art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 attuativo della direttiva 1999/70/CE, che, attraverso la specificazione e la sussistenza della temporaneità di tutte le ragioni anche non sostitutive (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001), può superare il vaglio di compatibilità con la clausola 5, n. 1, lettera a), dell’accordo quadro comunitario attraverso il giudizio complessivo sul mantenimento dello stesso livello di tutela generale di cui alla clausola 8, n. 3, dello stesso accordo. Infatti, come vedremo, la Corte costituzionale nella sentenza n. 214/2009 non richiamerà l’antecedente della Corte di giustizia di aprile 2009 con la sentenza

¹⁰⁶ Sulla sentenza *Sorge* v. E.LAFUMA, *L’actualité de la jurisprudence européenne et internationale*, RJS 2010 p.653-654; L. DRIGUEZ, *Contrats à durée déterminée: application de la jurisprudence Angelidaki sur les clauses de non régression*, in *Europe*, 2010, Comm. n°288, pp.31-32; A.VALLEBONA, *Lavoro a termine: il limite comunitario al regresso delle tutele e i poteri del giudice nazionale*, in *Mass.giur.lav.*, 2010, pp.633-635; L.ZAPPALÀ, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive tra interpretazione costituzionalmente orientata e giudizio sulla violazione della clausola di non regresso*, RIDL, 2010, II, pp.1050-1058; A.M. PERRINO, *Ancora sul contratto a termine: un passo avanti e due indietro*, in *FI*, 2010, IV, Col.550-555; L.CORAZZA, L.NOGLER, *Die “weiche” Wirkung des Verschlechterungsverbot in EURichtlinien*, *ZeuSA*, 2011, p.58-64; S.GREINER, *Auslegung von Absenkungsverboten in Richtlinien und Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung*, in *EuZA*, 2011, pp.74-84; V. DE MICHELE, *Sul contratto a termine la Corte di Giustizia supera la prima “disfida postale” di Barletta/Trani*, su *LG*, 2010, n. 9, pp.865-883; T. VETTOR, *Lavoro a termine e causale sostitutiva. La sentenza Sorge, tra orientamenti comunitari e applicazioni interne*, in *RGL*, 2010, p. 617 ss..

Angelidaki (ma non richiamerà più neanche la sentenza *Mangold*, citata nell'ordinanza n. 252/2006 poi rivista dalla sentenza n. 44/2008), mentre nella sentenza "comunitaria" n. 107/2013 la stessa Consulta invocherà espressamente la sentenza *Sorge* per sottolineare il fatto che la Corte europea aveva "ribadito" (cioè affermato per la seconda volta, dopo la sentenza *Angelidaki*, e quindi con orientamento ormai consolidato) che anche il primo e unico contratto a tempo determinato entra nell'ambito di applicazione della direttiva 1999/70/CE.

Va precisato che lo stesso Avvocato generale Jääskinen nelle conclusioni della causa *Sorge* aveva dato atto nella nota n. 5 che il Tribunale di Trani «ha recentemente investito la Corte con una domanda di pronuncia pregiudiziale nell'ambito di una lite concernente le Poste Italiane avente ad oggetto anch'essa il decreto legislativo n. 368/2001 e la clausola 8 dell'accordo quadro: v. causa *Vino* (C-20/10), ancora pendenti dinanzi alla Corte». Pertanto, pur non rientrando nella competenza della Corte europea nella causa pregiudiziale sul sostitutivo "Poste" (per i limiti fissati nell'ordinanza di rinvio del Giudice nazionale) la valutazione sulla compatibilità dell'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 con il principio di uguaglianza e non discriminazione¹⁰⁷, sulla sollecitazione della parte ricorrente nelle osservazioni scritte ha così puntualizzato al punto 33: «Quanto alla clausola 4 dell'accordo quadro, del pari invocata dalla sig.ra *Sorge*, neanche essa costituisce oggetto della domanda di pronuncia pregiudiziale. Preciso tuttavia che tali disposizioni relative alla non discriminazione, che hanno portata generale, mi sembrano applicabili a tutti i contratti di lavoro a tempo determinato, ivi compreso un primo o unico contratto di tale tipo».

d) L'inammissibile contrasto giurisprudenziale della Corte di giustizia sul primo e unico contratto a tempo determinato tra le ordinanze *Vino* e la sentenza *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*

Viceversa, la Corte di giustizia nelle due ordinanze *Vino* dell'11 novembre 2010¹⁰⁸ e del 22 giugno 2011 si è dichiarata incompetente ad applicare il principio di uguaglianza e non discriminazione al primo e unico contratto a tempo determinato Poste con causale finanziaria, in contrasto, pare a chi scrive, con la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto (*Del Cerro*, *Angelidaki*, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, la stessa sentenza *Sorge* e la contestuale sentenza *Gavieiro-Iglesias*¹⁰⁹).

In particolare, la Corte di giustizia nella sentenza *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* (stesso Giudice relatore delle ordinanze *Vino*) ricorda quali sono i reali obiettivi della direttiva 1999/70/CE ai punti 47 – 57 ed esclude che la natura temporanea del rapporto di lavoro pubblico possa costituire ragione obiettiva per discriminare i lavoratori a tempo determinato nelle condizioni d'impiego rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili, così come lo aveva escluso nella sentenza *Land Tirolo* in relazione alle esigenze del bilancio pubblico e del risparmio economico e organizzativo per i datori di lavoro pubblici.

La Corte europea nella sentenza *Gavieiro-Iglesias* affronta e risolve positivamente anche la seconda questione nella causa C-456/09, in cui il Giudice del rinvio ha chiesto, sostanzialmente, se la mera circostanza che una disposizione nazionale quale l'art. 25, n. 2 della LEBEP del 2007 non contenga alcun riferimento alla direttiva 1999/70 escluda che tale disposizione possa essere considerata una misura di recepimento della suddetta direttiva. Ai punti 65-66 nella "nozione" di normativa di recepimento della direttiva 1999/70/CE viene fatto rientrare anche l'art. 25, n. 2, della LEBEP del 2007, del quale, nonostante la disposizione non faccia alcun riferimento all'accordo quadro comunitario, l'obiettivo stesso di intervenire a modificare la normativa che regola il trattamento economico del contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico ne consente il

¹⁰⁷ La causa pregiudiziale *Sorge* C-98/09 verteva esclusivamente sull'interpretazione della clausola di non regresso 8, n. 3 dell'accordo quadro comunitario, in relazione al solo art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001.

¹⁰⁸ Sulla 1ª ordinanza *Vino* della Corte di giustizia, cfr. G.FRANZA, *L'interpretazione della direttiva 99/70 CE alla prova del fuoco: stavolta la Corte usa le forbici*, in *Mass.giur.lav.*, 2011, pp. 236-239.

¹⁰⁹ Sulla sentenza *Gavieiro-Iglesias*, cfr. V. DE MICHELE, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia nel 2010 e l'interpretazione "infinita" sul contratto a termine*, in *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., p.781-796; L. DRIGUEZ, *Contrat de travail à durée déterminée et égalité de traitement*, in *Europe*, 2011, n° 2, p.43-44; E. JEANSEN, *Égalité de traitement des salariés embauchés pour une durée déterminée*, in *SJS*, 2011, n 13, pp.38-39; P.Sardina Cámara, *La primacía del derecho comunitario versus el criterio temporal contenido en el art. 25.2 del Estatuto Básico del Empleado Público. A propósito de la STJUE de 22 diciembre de 2010*, in *Diario La ley*, 2011, n° 7619, pp.1-3; F.SIOTTO, *Parità di trattamento per i lavoratori a tempo determinato: il principio di non discriminazione impone il diritto all'indennità per anzianità di servizio*, in *RIDL*, 2011, II, pp.1294-1299.

riconoscimento quale disciplina di attuazione della direttiva 1999/70/CE, in contrasto cioè con quanto affermato dalla stessa Corte poco più di un mese prima con la prima ordinanza *Vino*, che aveva incredibilmente escluso dal campo di applicazione dell'accordo quadro comunitario il primo e unico contratto a tempo determinato stipulato ai sensi dell'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 perché la disposizione dell'art. 1, comma 558, della legge finanziaria n. 266/2005 non era attuativa della direttiva comunitaria, pur essendo incorporata (a differenza di quella spagnola che era norma speciale) nel decreto legislativo attuativo dell'accordo quadro.

e) La debolezza della Corte di giustizia nella tutela dei diritti fondamentali senza il dialogo con le Alte Corti nazionali

E' ammissibile che la Corte di giustizia dell'Unione europea moduli l'interpretazione comunitaria delle identiche norme europee, differenziando rispetto al parametro di comparazione "interno", cioè se ci si riferisce all'ordinamento tedesco o alla legislazione italiana o alla normativa spagnola? In realtà, si è dato ampiamente conto del fatto che anche la flessibilità in Germania nel pubblico impiego sia stata "protetta" sul piano interpretativo dalla Corte di giustizia nelle cause *Jansen* (100.000 situazioni di abuso contrattuale con causale finanziaria denunciati dai difensori della lavoratrice) e *Kücüik* con il depotenziamento e la non applicazione della nozione di contratti successivi enunciata nella sentenza *Adeneler* e approfondita negli intervalli temporali minimi nell'ordinanza *Vassilakis*.

Chi scrive ritiene che non solo questa prassi interpretativa sia ammissibile in casi eccezionali o straordinari, ma costituisca in fondo una scelta necessaria e istituzionale per il Collegio lussemburghese quando si tratta di problemi strutturali di tutela degli ordinamenti interni che, senza il concorso attivo della fase ascendente di condivisione di un diritto comune europeo da parte delle Alte Corti nazionali, non possono essere devoluti e risolti dalla Corte di giustizia.

Al di là del *valzer* della giurisprudenza comunitaria sul primo e unico contratto a tempo determinato con causale finanziaria o con clausola generale astratta, quando si tratta, come nel caso del contenzioso Poste con centinaia di migliaia di contratti a termine dal 1° gennaio 1995 all'attualità o come per i 100.000 casi del pubblico impiego tedesco con la stessa clausola erariale, sempre per sottodimensionamento dell'organico aziendale e per risparmio sul costo del lavoro, la posizione interpretativa della Corte costituzionale e della Cassazione sono dirimenti per risolvere il problema e rafforzare la tutela in collaborazione con la Corte europea o per non risolverlo e negare i diritti per salvaguardare il bilancio dello Stato.

f) Il rispetto per la primazia del diritto comunitario e gli errori della *Mangold* nel condizionamento della giurisprudenza di merito italiana sulla causale finanziaria Poste

Purtroppo, l'errore della sentenza *Mangold*, in questo caso, è stato determinante a confondere le coordinate interpretative della giurisprudenza costituzionale e di quella nazionale.

Infatti, il presupposto interpretativo implicito della sentenza n. 214 del 2009 della Corte costituzionale rispetto alla giurisprudenza comunitaria era quello enunciato nella pregevole ordinanza del 25 febbraio 2008, n. 217¹¹⁰ del Tribunale di Roma, che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368 del 2001 decisa dal Giudice delle leggi, partendo dal presupposto che, alla luce dell'interpretazione della Corte di giustizia nelle sentenze *Mangold* e *Adeneler* (qualche mese dopo la sentenza n. 12985 del 2008 della Cassazione sosterrà il contrario), le ragioni giustificative della apposizione del termine al primo contratto non rientrassero nel campo di applicazione della direttiva comunitaria.

Pertanto, secondo il Giudice romano da un lato il comma aggiunto dalla legge finanziaria per il 2006 non poteva essere considerato, a distanza di oltre cinque anni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 368 del 2001, normativa emessa in applicazione dell'accordo quadro (fuori dall'ambito coperto dalla normativa comunitaria), dall'altro, e in conseguenza, non poteva essere invocata la clausola di non

¹¹⁰ Su cui V. DE MICHELE, *Questioni di legittimità comunitaria e costituzionale sul contratto a termine*, cit., 708.

regresso e non poteva essere disapplicata o non applicata la norma interna, dal momento che è possibile una *reformatio in peius* della protezione generale offerta ai lavoratori assunti a tempo determinato, quando essa non sia in alcun modo collegata con l'applicazione dell'accordo quadro.

L'art. 2, d.lgs. n. 368 del 2001, intitolato «Disciplina aggiuntiva per il trasporto aereo e i servizi aeroportuali», nella versione originaria era costituito da un solo comma, riguardante quest'ultimo settore di attività, che riproduce letteralmente l'analoga disposizione contenuta nell'art. 1, comma 2, lett. f) legge n. 230 del 1962.

Detta norma del 1986 aveva la stessa genesi della “causale finanziaria” del 2005, in quanto finalizzata a porre un freno al contenzioso sulle “punte stagionali” nel settore aereo (Alitalia) e in quello aeroportuale (Aeroporti di Roma). Già con riferimento al comma 1 dell'art. 2 si era posto il problema se si trattava, come dispone il titolo dell'articolo, di oneri aggiuntivi rispetto alla disciplina generale dell'art. 1¹¹¹ oppure di una causale “autonoma” o esclusiva/alternativa, del tutto distinta (o autonomamente esplicativa) rispetto a quella delle “ragioni sostitutive, tecniche, organizzative o produttive” di cui al comma 2 della principale e precedente norma del decreto.

Il Tribunale di Roma nella ordinanza di rinvio pregiudiziale di costituzionalità sull'art. 2 comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368 del 2001, con articolate argomentazioni, ha aderito a quell'orientamento maggioritario della Giurisprudenza di merito¹¹² che proponeva la seconda soluzione interpretativa, quella cioè che si tratti di un'autonoma causale legata alle peculiarità del settore delle imprese concessionarie di servizi postali, rilevando che, in realtà, la norma rappresenta una scelta legislativa di sostegno alla flessibilità dei rapporti di lavoro soltanto di Poste italiane, in conseguenza della “voluta” corrispondenza tra il concetto di impresa “assegnataria” del servizio postale universale e la nozione di impresa “concessionaria” del servizio postale.

g) La Corte costituzionale e la causale finanziaria nella sentenza n. 214/2009, in attesa degli ulteriori chiarimenti della Corte di giustizia sulla sentenza *Mangold* e sul primo contratto a termine

La Corte costituzionale con la sentenza n. 214 del 2009, pur qualificando la sentenza n. 12985 del 2008 della Cassazione come “diritto vivente” per quanto riguarda il condiviso aspetto sanzionatorio della riqualificazione a tempo indeterminato sin dal primo rapporto con termine illegittimo, non ne ha condiviso sul primo e unico contratto a tempo determinato la necessità di verificare la compatibilità comunitaria della nuova disciplina sulla clausola generale dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368 del 2001 sotto il profilo della specificazione delle esigenze temporanee di apposizione del termine.

Come ricordato, la decisione della Corte di legittimità di rafforzare la tutela interna attraverso l'interpretazione adeguatrice già espressa dalla Corte europea nelle sentenze *Mangold* e *Adeneler* (in realtà, solo nella *Adeneler*, perché la *Mangold*, pur citata, porta ad opposte conclusioni) non era né scontata, né di immediata condivisione e immune da possibili censure, perché la stessa sentenza *Adeneler* ha precisato sì la nozione comunitaria di ragioni oggettive legate ad attività temporanee e non permanenti del datore di lavoro e ha dichiarato la contrarietà alla clausola 5 n. 1 lett. a dell'accordo quadro comunitario della clausola generale ed astratta di apposizione del termine, ma lo ha fatto su una fattispecie di contratti “successivi” e non di un primo e unico contratto.

¹¹¹ Cioè se fosse necessario specificare le ragioni giustificatrici del contratto a termine. Lo stesso Trib. Roma, 27 giugno 2006 (*E.S. c/ Alitalia S.p.A.*) aveva già evidenziato che, alla luce della normativa comunitaria e della clausola di non regresso, che consente l'utilizzazione di contratti a termine solo se basati su ragioni obiettive, le ragioni giustificative dell'apposizione del termine devono, comunque, essere specificate nel contratto, non essendo sufficiente il solo richiamo alla generica previsione legale, posto che anche la nuova disciplina di cui al d.lgs. n. 368 del 2001 non porrebbe nel nulla il carattere eccezionale della durata temporanea del rapporto di lavoro subordinato.

¹¹² Trib. Foggia 11 aprile 2007, in *RCDL*, 2007, 728 ss., con nota di M. PAULLI, *Il nuovo contratto a termine di Poste Italiane Spa*, in *RGL*, 2008, p. 155 ss., con nota di M. LOZITO, *La disciplina “aggiuntiva” del contratto a termine per il settore delle poste e la direttiva 1999/70/CE violazione della clausola di non regresso e poteri del giudice italiano*, in *ADL*, 2008, p. 307; con commento di A. OLIVIERI, *Contratto a tempo determinato e abuso di posizione dominante?*, ibidem, p. 313; Trib. Milano, 5 giugno 2007; App. Torino, 5 ottobre 2007; Trib. Napoli 23 ottobre 2007, tutte in *ADL*, 2008, 3, con nota di A. Olivieri; Trib. Roma, 15 gennaio 2008, n. 473/08, in *Lav.giur.*, 2008, 728 ss., con nota di L. Martino, *Le prime pronunce di merito sui “nuovi” contratti a termine di Poste*.

Né la Corte costituzionale a giugno-luglio 2009 intese confrontarsi, nonostante le sollecitazioni scritte e orali all'udienza di discussione del giudizio definito con la sentenza n. 214 del 2009, con la sentenza *Angelidaki* che, come detto, aveva risolto seppure ambiguamente il problema del campo di applicazione dell'accordo quadro comunitario in riferimento al primo e unico contratto a termine e alle misure preventive della clausola 5, n. 1, attraverso la nozione di "norma equivalente", superando le incertezze della *Mangold* già nel rigettare ai punti 52-56 l'eccezione di irricevibilità proposta dalla Commissione europea. Infatti, la Commissione ha affermato nella causa C-378/07 *Angelidaki* che la clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro mira unicamente a prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi e, di conseguenza, essa non si applicherebbe nel caso in cui il contratto controverso fosse il primo o unico contratto di lavoro stipulato tra le parti, così come risultava dalla sentenza C-144/04, *Mangold* e come sostenuto anche dai Governi ellenico ed italiano (sentenza *Angelidaki*, punto 52). Anche nelle osservazioni scritte della causa *Carratù* nel 2013 la Commissione europea ribadirà la contraddizione in termini della propria posizione sul primo e unico contratto a tempo determinato, che sarebbe fuori dalla clausola 5 dell'accordo quadro sulle misure preventive ma dentro la clausola 4 sul principio di uguaglianza e non discriminazione della stessa disciplina.

D'altra parte, se la stessa dottrina¹¹³, che ha argomentato per 11 anni prima della riforma Fornero sulla possibilità acausale di ogni singolo contratto a termine stipulato ai sensi dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, oggi, alla luce della specifica ipotesi "acausale" per la durata massima di un anno ai sensi dell'art. 1, comma 1 *bis*, dello stesso decreto, disposizione introdotta dall'art. 1, comma 9, della legge n. 92/2012, continua a sostenere la necessità della acausalità almeno del primo o unico rapporto a tempo determinato per garantire alle imprese maggiore flessibilità nell'impiego del personale, non si può pretendere che sia la Corte di giustizia dell'Unione europea a risolvere quelle problematiche di politica del diritto interno che gli interpreti nazionali non sono stati ancora in grado di dipanare, innamorandosi di teorie o di soluzioni operative che con la normativa comunitaria non hanno alcun rapporto né logico né interpretativo né finalistico.

14. La Corte EDU dichiara irricevibile il ricorso dei lavoratori contro le due ordinanze *Vino* della CGUE sulla acausalità contrattuale in favore di Poste italiane, per consentire alla Corte di giustizia con la sentenza *Carratù* di correggere gli errori interpretativi e procedurali.

a) La sentenza n. 107/2013 della Corte costituzionale, le ordinanze di rinvio pregiudiziale della Cassazione sul lavoro marittimo e il ricorso alla Corte EDU contro le ordinanze *Vino* invitano la Corte di giustizia a modificare la legittimazione al primo contratto acausale a tempo determinato

Peraltro, la sentenza n. 107/2013 della Corte costituzionale sul sostitutivo Poste e le ordinanze pregiudiziali della Corte di cassazione sul lavoro marittimo hanno invitato univocamente la Corte di giustizia a modificare l'interpretazione enunciata nelle due ordinanze *Vino* e hanno privato di legittimazione (v. *infra*) interna sul piano sistematico e di compatibilità comunitaria, anche in relazione al principio di parità di trattamento, la possibilità di contratti acausali in alcuni settori senza ragioni oggettive di differenziazione, come in quello postale o in quello dei trasporti marittimi o, con l'ordinanza pregiudiziale della Corte costituzionale, in quello pubblico.

Va precisato che, poco prima delle suddette pronunce delle Alte Corti nazionali, le due ordinanze *Vino* della Corte di giustizia sono state impugnate davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo con il ricorso n. 37590/2013 *Livorti and others v. Italy* depositato a Strasburgo il 15 aprile 2013, che è stato dichiarato irricevibile in data 19 settembre 2013 dal Giudice unico M. Lazarova Trajkovska.

La rappresentazione dei fatti normativi e processuali posti a fondamento del ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo vanno descritti, perché possono avere avuto influenza sull'esito del giudizio *Carratù*.

¹¹³ Cfr. A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, p.19.

b) Il ricorso alla Corte EDU contro le ordinanze *Vino* della CGUE e la documentata flagrante violazione delle norme procedurali sul giusto processo comunitario

Nel ricorso alla Corte EDU si rappresentava che, per tutte le imprese private (ma anche per i datori di lavoro pubblici) che assumono con contratto a termine vi è la necessità (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001), per ogni singolo contratto, di specificare puntualmente per iscritto al lavoratore le ragioni oggettive tecniche, organizzative, produttive o sostitutive che giustificano l'apposizione del termine per esigenze temporanee. In caso contrario, il contratto di lavoro sin dal primo ed eventualmente unico contratto a termine si trasforma in rapporto a tempo indeterminato, per nullità parziale del termine contrattuale.

Dal 1° gennaio 2006 Poste italiane s.p.a., invece, ha fatto prevalente ricorso ai contratti a tempo determinato con la c.d. “causale finanziaria”, richiamando semplicemente nel contratto scritto di assunzione senza ulteriore motivazione l'art. 2, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 368/2001.

Con la sentenza n. 214 del 12 luglio 2009 la Corte costituzionale ha dichiarato la legittimità costituzionale della norma di favore.

Con ordinanza del 23-25 novembre 2009 il Tribunale di Trani nella causa *Vino* C-20/10 ha sollevato alla Corte di giustizia sei questioni di pregiudizialità comunitaria sull'art. 2, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 368/2001, sottolineando in particolare la violazione della clausola di non regresso, del principio di uguaglianza e non discriminazione tra lavoratori a tempo determinato, l'abuso di posizione dominante da parte di Poste italiane.

Con comunicazione datata 11 ottobre 2010, i difensori del lavoratore *Vino*, dopo aver ritualmente e tempestivamente depositato osservazioni scritte, hanno tempestivamente chiesto alla Corte di giustizia di essere sentiti per la trattazione orale della causa C-20/10 *Vino Cosimo Damiano contro Poste italiane s.p.a.*

Viceversa, ai difensori del lavoratore *Vino* veniva notificata in data 30 dicembre 2010 in copia certificata l'ordinanza dell'11 novembre 2010, con cui la Corte di giustizia (VI Sezione) ha deciso la causa C-20/10, senza la richiesta fase di trattazione orale in pubblica udienza e senza tenere in nessuna considerazione le osservazioni scritte del Sig. *Vino*.

Con ordinanza del 7 febbraio 2011 n. C-161/11 il Tribunale di Trani ha sollevato nuovamente la questione pregiudiziale sul principio di uguaglianza e non discriminazione nella causa principale *Vino* in merito alla “causale finanziaria” Poste italiane, ritenendosi il Giudice nazionale non soddisfatto dalla risposta della Corte di giustizia.

Il Sig. *Vino* depositava un'azione di revocazione avverso l'ordinanza dell'11 novembre 2010 della Corte di giustizia nella causa C-20/10, che la Cancelleria della Corte di giustizia dopo qualche giorno restituiva ai difensori del lavoratore, perchè il Presidente del Collegio giudicante aveva rilevato un difetto assoluto di legittimazione a ricorrere e aveva dato istruzioni di non procedere all'iscrizione a ruolo del ricorso.

Infine, con ordinanza del 22 giugno 2011, comunicata con lettera del 14 luglio 2011, la Corte di giustizia ha dichiarato di essere manifestamente incompetente a risolvere la prima questione pregiudiziale proposta dal Tribunale di Trani, affermando che la causale finanziaria sul primo o unico contratto a tempo determinato non entra nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE.

Dopo la 1ª ordinanza *Vino* della Corte di giustizia i giudizi di riqualificazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti a termine (primo o unico contratto), stipulati dai lavoratori con Poste italiane s.p.a. sono stati rigettati dai Giudici del lavoro nazionali in 1° grado o in grado di appello, come nel caso dei ricorrenti alla Corte europea dei diritti dell'uomo e non vi era nessuna possibilità di tutela effettiva in Cassazione, ma soltanto di ulteriore soccombenza con sicura condanna anche alle spese del giudizio. Infatti la Suprema Corte di cassazione con sentenza n. 11659/2012 ha rigettato il ricorso del lavoratore assunto con un unico contratto a termine con causale finanziaria, richiamando nella motivazione l'ordinanza *Vino* dell'11 novembre 2010 della Corte di giustizia.

c) Il ricorso alla Corte EDU contro le ordinanze *Vino* della CGUE e la ricostruzione delle contraddizioni e degli errori della giurisprudenza comunitaria sul primo e unico contratto a termine

Il ricorso alla Corte EDU era fondato, innanzitutto, sulla violazione degli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per: a) intromissione del legislatore nazionale (art. 2, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 368/2001; art. 30, comma 1, e 32, commi 5, 6 e 7, della legge n. 183/2010) nell'esercizio concreto del potere giudiziario finalizzata a modificare l'esito dei giudizi in corso; b) violazione da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea degli artt. 20 e 44 dello Statuto e degli artt. 104, par. 4, 98, 99 e 100 e del Regolamento di procedura sulla necessaria oralità della causa anche pregiudiziale nei giudizi C-20/10 e C-161/11 tra *Vino Cosimo Damiano e Poste italiane s.p.a.* (parti nel giudizio principale) e sulla inammissibilità dell'azione di revocazione proposta da *Vino Cosimo Damiano* avverso l'ordinanza dell'11 novembre 2010 della Corte di giustizia dell'Unione europea nella causa C-20/10, con conseguente intromissione nell'esercizio concreto del potere giudiziario finalizzata a modificare l'esito dei giudizi nazionali in corso riguardanti l'applicazione della norma interna (art. 2, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 368/2001) assoggettata al giudizio pregiudiziale di compatibilità con l'ordinamento dell'Unione europea. In secondo luogo, si lamentava la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, letto in combinato disposto con l'art. 14 della CEDU: illegittima interruzione nel possesso e disparità di trattamento, in riferimento all'applicazione dell'accordo quadro comunitario in materia di contratto a tempo determinato, recepito dalla direttiva 1999/70/CE.

Infatti, lo Stato italiano, dapprima con l'emanazione dell'art. 1, comma 518, legge n. 266/2005 (che ha introdotto nel testo del d.lgs. n. 368/2001, il comma 1 *bis* dell'art. 2, dichiarato legittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 214/2009), e poi con gli artt. 30, comma 1, e 32, commi 5, 6 e 7, della legge n. 183/2010, ha violato anzitutto l'art. 6, par. 1, della CEDU.

L'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 disciplina l'unica misura preventiva adottata dal legislatore nazionale tra quelle individuate come obbligatorie dalla clausola 5, n. 1, lettere a), b) e c), dell'accordo quadro comunitario di cui alla direttiva 1999/70/CE, in mancanza di norme equivalenti.

La Corte costituzionale nella sentenza n. 41/2000 aveva dichiarato che la legislazione nazionale (art. 1 della legge n. 230/1962) era già adeguata alla direttiva 1999/70/CE.

A distanza di pochi mesi dalla precedente decisione, invece, la Corte costituzionale con la sentenza n. 419/2000 a ottobre 2000 ha deciso la causa sulla 1ª norma in favore di Poste italiane (art. 9, comma 21, DL. n. 510/1996), che impediva ogni tutela e la trasformazione dei rapporti a tempo determinato fino al 30 giugno 1997 solo per i lavoratori a termine assunti da Poste italiane.

Nella causa *Mangold* C-144/04 la Grande Sezione della Corte di giustizia con sentenza del 22 novembre 2005 ha accolto le conclusioni dell'Avvocato generale depositate a giugno 2005 e ha precisato che il primo e unico contratto è escluso dal campo di applicazione delle misure preventive della clausola 5, n. 1, lett. a), dell'accordo quadro.

A luglio 2005 in sede di lavori preparatori della legge finanziaria per il 2006 sulla base delle conclusioni nella causa *Mangold*, che escluderebbero il 1º e unico contratto dalla clausola 5 dell'accordo quadro comunitario, viene introdotta la "causale finanziaria" Poste italiane s.p.a. con l'art. 1, comma 558, della legge n. 266/2005.

Viceversa, con la sentenza del 4 luglio 2006 nella causa C-212/04 *Adeneler* la Grande Sezione della Corte di giustizia ha fornito una nozione comunitaria di ragioni oggettive che giustificano l'apposizione del termine, che si pone in contrasto logico con quanto deciso nella sentenza *Mangold* sul primo o unico contratto.

Infatti, con la sentenza n. 12985 del 21 maggio 2008 la Corte di cassazione ha giudicato che anche il primo e unico contratto a tempo determinato stipulato ai sensi dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 rientra nel campo di applicazione dell'accordo quadro.

D'altra parte, nella sentenza *Angelidaki* della Corte di giustizia del 23 aprile 2009 viene chiarito che anche il primo ed unico contratto a termine entra nel campo di applicazione dell'accordo quadro, trattandosi di norma equivalente per prevenire gli abusi nell'utilizzo dei contratti a termine. La sentenza *Angelidaki*, richiamando la precedente sentenza *Del Cerro*, la CGUE ha evidenziato che anche la clausola 4 dell'accordo quadro comunitario di uguaglianza e non discriminazione si applica al primo (eventualmente unico) contratto.

Nella sentenza *Sorge* del 24 giugno 2010 della Corte di giustizia la questione pregiudiziale sull'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 è stata risolta alla luce della sentenza *Angelidaki*: anche il primo ed eventualmente unico contratto a termine entra nel campo di applicazione della direttiva 1999/70.

Sempre nella causa *Sorge* l'Avvocato generale Jääskinen nelle sue conclusioni scritte, in riferimento all'art. 2, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 368/2001 su cui la lavoratrice aveva chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi anche sull'applicazione del principio di uguaglianza e non discriminazione, ha precisato che al primo e unico contratto a suo giudizio si applicava la clausola 4 di non discriminazione. L'Avvocato generale Jääskinen ha così anticipato le sue conclusioni nella causa *Vino*, che non sono state rese per iscritto perché la Corte di giustizia ha negato il processo e la trattazione orale. In altra controversia relativa alla causa *Jansen C-313/10* l'Avvocato generale Jääskinen ha dato ragione alla posizione della lavoratrice tedesca su un unico contratto a tempo determinato giustificato da ragioni oggettive per esigenze finanziarie erariali, situazione molto simile a quella della c.d. "causale finanziaria" Poste italiane.

La Corte di giustizia nella sentenza *Land Tirolo* del 22 aprile 2010 nella causa C-486/08 ha rilevato il contrasto della norma interna con il principio di uguaglianza e non discriminazione, trasfuso nella clausola 4 dell'accordo quadro comunitario. La norma interna escludeva i lavoratori con un contratto di lavoro a tempo determinato di una durata massima di 6 mesi dai diritti riconosciuti dalla direttiva 1999/70/CE e dalla direttiva 1997/81/CE, applicati sia alla generalità dei lavoratori a tempo determinato sia ai lavoratori a tempo parziale.

La giurisprudenza comunitaria non è cambiata (come sarà confermato dalla sentenza *Carratù*), dopo le due ordinanze *Vino*, sul punto dell'applicazione anche al primo o unico contratto a tempo determinato dei principi e delle regole "minime" di tutela contenuti nella direttiva 1999/70/CE.

La declaratoria di incompetenza sul principio di parità di trattamento nelle due ordinanze *Vino* appare un errore interpretativo non accettabile. Tale errore viene evidenziato pochi giorni dopo dalla sentenza *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* del 22 dicembre 2010, in cui la Corte di giustizia (VI Sezione) ha affrontato e risolto in senso opposto all'ordinanza *Vino* la questione in cui il Giudice del rinvio ha chiesto, sostanzialmente, se la mera circostanza che una disposizione nazionale non contenga alcun riferimento alla direttiva 1999/70 escluda che tale disposizione possa essere considerata una misura di recepimento della suddetta direttiva.

Gli errori della Corte di giustizia hanno "legittimato" il legislatore nazionale ad intervenire contestualmente con altre norme che interferiscono sui processi in corso di Poste italiane, come gli artt. 30 e 32 della legge n. 183/2010.

d) Il ricorso alla Corte EDU contro le ordinanze *Vino* e la legittimazione passiva dello Stato italiano sul giusto processo comunitario per la mancata adesione dell'Unione europea alla Convenzione

Il ricorso trovava fondamento e giustificazione nella decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20 gennaio 2009 *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse kookkeukens U.A. v. Netherlands* in causa n. 13645/05.

I ricorrenti sottolineavano che la Corte EDU, con decisione del 3 aprile 2012 sul ricorso n. 37937/07 *Lechouritou c. Germania* e gli altri 26 Stati membri UE, ha evidenziato che, ad oggi, l'Unione europea non ha ancora aderito alla Convenzione, nonostante la previsione dell'art. 6, n. 2, TUE, rigettando, pertanto, per incompatibilità *ratione personae* la domanda proposta dai ricorrenti in quel contenzioso "anche" nei confronti della Comunità europea. In conseguenza, si contesta la violazione delle norme convenzionali solo nei confronti della Repubblica italiana, Stato membro UE direttamente coinvolto (e costituito nel 1° giudizio) nei due giudizi pregiudiziali *Vino* davanti alla Corte di giustizia.

I ricorrenti ritengono che le violazioni dello Statuto e del Regolamento di procedura della Corte di giustizia siano state di particolare gravità e, con la violazione del contraddittorio e della parità delle armi processuali, impedendo addirittura al lavoratore ricorrente *Vino* Cosimo Damiano di dolersi con l'azione di revocazione nei confronti della 1ª ordinanza dell'11 novembre 2010 nella causa C-20/10 delle stesse violazioni per consentire alla Corte di giustizia di porvi rimedio, abbiano determinato un ingiustificato cambiamento della giurisprudenza comunitaria sui punti controversi sollevati dal Tribunale di Trani.

E' stata documentata la violazione degli artt. 20 e 44 dello Statuto degli artt.104, par.4, 98, 99 e 100 del regolamento di procedura della Corte di giustizia.

Nelle due cause pregiudiziali *Vino* Cosimo Damiano contro Poste italiane è mancata del tutto la fase orale, nonostante il ricorrente *Vino* avesse fatto espressa richiesta della trattazione orale della causa C-20/10 con istanza motivata entro il termine di tre settimane previsto dall'art. 104, par.4, del Regolamento di procedura. Nelle due cause pregiudiziali *Vino* in Corte di giustizia è mancato il processo.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, II Sez., nella decisione del 13 settembre 2011 - *Živić v. Serbia* ha evidenziato che profonde e persistenti incertezze negli orientamenti interpretativi di un organo giurisdizionale sono idonee a ledere il diritto ad un equo processo garantito dall'art. 6 CEDU. Invero, per quanto un certo grado di difformità nell'interpretazione giurisprudenziale possa essere considerato un tipico connotato di ogni sistema giudiziario distribuito, come quello serbo, in una fitta rete di differenti organi giudiziari di primo e secondo grado, nel caso di specie le divergenti interpretazioni promanavano dalla medesima Autorità giudiziaria (la Corte distrettuale di Belgrado) e si traducevano nella differente soluzione di casi identici portati alla sua attenzione (§ 44-47).

Con la restituzione del ricorso per revocazione *ex art.* 98 del Regolamento di procedura per carenza assoluta di interesse la Corte di giustizia pare confermare implicitamente il fondamento dell'azione di revocazione e la sussistenza delle violazioni procedurali. Peraltro, nei giudizi pregiudiziali *ex art.* 267 del Trattato per il funzionamento dell'Unione europea, in relazione alla gravità della questione, manca la possibilità di rimettere la causa alla Grande Sezione, come avviene nell'ipotesi dell'art. 73 del Regolamento della Corte europea dei diritti dell'uomo e della rimessione ad istanza di parte alla Grande Camera.

Lo stravolgimento delle regole procedurali della Corte di giustizia nei due giudizi pregiudiziali che riguardavano la compatibilità della norma interna con l'ordinamento UE hanno impedito così ai ricorrenti davanti ai Giudici nazionali ogni forma di tutela e di processo effettivo rispetto al diritto al lavoro stabile richiesto nei confronti di un'impresa pubblica – Poste italiane s.p.a. –, che è un vero e proprio organismo di diritto pubblico, in considerazione del carattere pregiudiziale dell'interpretazione della Corte di Lussemburgo ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. e dell'obbligo del legislatore statale e di quello regionale di adempiere agli obblighi comunitari (nel caso di specie la Corte di giustizia ha escluso l'applicazione dei principi comunitari di tutela e della stessa direttiva 1999/70/CE). Da parte sua la Corte costituzionale nella sentenza n. 214/2009, come più volte precisato, aveva già dichiarato la legittimità costituzionale della norma interna sia sotto il profilo del rispetto del principio di uguaglianza sia sotto il profilo della non ingerenza dello Stato nell'amministrazione della giustizia.

E' documentata nel ricorso la violazione degli artt. 20 e 44 dello Statuto e degli artt.104, par.4, 98, 99 e 100 del Regolamento di procedura (v. allegato 54) della Corte di giustizia.

Nelle due cause pregiudiziali *Vino* Cosimo Damiano contro Poste italiane è mancata del tutto la fase orale, nonostante il ricorrente *Vino* avesse fatto espressa richiesta della trattazione orale della causa C-20/10 con istanza motivata entro il termine di tre settimane previsto dall'art. 104, par.4, del Regolamento di procedura.

Nel dichiarare inammissibile l'azione di revocazione proposta dal lavoratore *Vino* Cosimo Damiano avverso l'ordinanza dell'11 novembre 2010 nella causa C-20/10, senza neanche permetterne l'iscrizione a ruolo e senza in realtà neanche un formale provvedimento giudiziale, il Presidente della VI Sezione della Corte di giustizia ha negato radicalmente ogni possibilità di tutela rispetto alle lamentate violazioni della procedura nella causa pregiudiziale, fornendo una nozione di "parte" del processo che è in totale distonia non solo con lo spirito e la lettera delle specifiche regole dello Statuto e del Regolamento di procedura, ma anche con la "natura" dei giudizi pregiudiziali *ex art.* 267 del Trattato per il funzionamento dell'Unione europea, in cui le parti private del processo principale sono spesso portatrici di diritti soggetti fondamentali (come nel caso di specie) fortemente interessate a godere della tutela assicurata dai principi e dalla normativa sopranazionali, soprattutto quando la parte resistente nei giudizi principali è lo Stato o imprese pubbliche, che godono di un rapporto privilegiato con il potere legislativo.

L'art. 6 della CEDU impone, salvo restrizioni particolari insussistenti nel caso di specie, la trattazione orale della causa in una pubblica udienza, anche e a maggior ragione nelle cause pregiudiziali, in cui la controparte è lo Stato nazionale o, come nel caso *Vino*, addirittura due soggetti pubblici costituiti, lo Stato italiano attraverso l'Avvocatura generale e Poste italiane s.p.a. con la sua difesa tecnica. Peraltro, proprio avvalendosi della natura pubblica, Poste italiane s.p.a. non ha versato

la contribuzione ai ricorrenti, come è provato dagli estratti contributivi Inps allegati al ricorso, in cui non risultano assicurati i periodi di lavoro a tempo determinato.

Con la previsione di cui all'art. 1, comma 558, legge n. 266/2005, lo Stato italiano ha altresì violato l'art. 1, Protocollo addizionale n. 1 CEDU, letto in combinato disposto con l'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e la Corte di giustizia dell'Unione europea nelle due ordinanze ha modificato *una tantum* solo per i lavoratori assunti a tempo determinato da Poste italiane il proprio consolidato orientamento interpretativo favorevole all'applicazione dei principi e delle tutele previsti dall'accordo quadro comunitario.

Con la disposizione di cui al comma 518, art. 1, legge n. 266/2005, tale diritto è stato negato ai soggetti che, come i ricorrenti alla Corte EDU, hanno prestato il proprio lavoro alle dipendenze di Poste italiane s.p.a. alle stesse condizioni di altri lavoratori non solo di altre imprese, ma della stessa impresa pubblica che ha beneficiato della norma di favore che consente una flessibilità di impiego libera da vincoli e da limiti.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto non soddisfatte le condizioni di ricevibilità del ricorso avverso le due ordinanze *Vino* della Corte di giustizia con una stringata e criptica motivazione: «tenuto conto dell'insieme degli elementi di cui dispone, e nell'ambito della sua competenza a conoscere delle circostanze esposte».

Tre mesi dopo la declaratoria di irricevibilità del ricorso alla Corte EDU contro la interpretazione comunitaria di favore della causale finanziaria Poste, la Corte di giustizia con la sentenza *Carratù* cancellerà i precedenti *Mangold* e *Vino* sulla incompetenza della Corte di Lussemburgo a intervenire sulle misure interne previste in caso di illecito utilizzo del primo e unico contratto a tempo determinato, facendole rientrare nel campo di applicazione della clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro comunitario. Ritiene chi scrive che, a differenza del caso *Agrati-Scattolon*, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di giustizia abbiano saggiamente dialogato, e ciò ha permesso al Collegio lussemburghese di correggere, con una sola sentenza, gravi errori interpretativi e processuali (v. *infra*).

I ricorrenti, che non hanno ottenuto apparentemente tutela davanti alla Corte EDU, la potranno trovare nella sede competente, davanti al Giudice nazionale e nei confronti dello Stato italiano, per la violazione della disciplina comunitaria accertata dalla Corte di giustizia.

15. Le novità legislative del 2008 sul lavoro pubblico a termine con la “nuova” applicazione del d.lgs. n. 368/2001 e l'esclusione non dichiarata della tutela dei precari della scuola

a) La nuova flessibilità dei contratti a tempo determinato della scuola pubblica nel dl. 112/2008 e la prima norma del 2009 che impedisce l'applicazione delle misure preventive

Per ovviare alle ingestibili rigidità della nuova disciplina dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001, il legislatore d'urgenza è nuovamente intervenuto con l'art. 49 dl. n. 112/2008, ancora una volta integralmente modificando lo stesso art. 36, d.lgs. n. 165/2001 e consentendo nuovamente un ragionevole ricorso alla flessibilità nelle pubbliche amministrazioni per esigenze temporanee, con espressa applicazione, questa volta, (non più della legge n. 230/1962 e successive modifiche ed integrazioni, ma) del d.lgs. n. 368/2001, ai nuovi commi 1 e 2, con decorrenza dal 25 giugno 2008 e fino all'attualità.

Infatti, nella formulazione del testo attualmente in vigore del citato art. 36, al comma 2, «i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato.....in applicazione di quanto previsto dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368», laddove il precedente testo normativo dello stesso comma fino al 31 dicembre 2007 faceva ancora riferimento alla legge n. 230/1962 (e successive modifiche ed integrazioni).

Contestualmente, il personale assunto a termine senza concorso prima del 2006 alle dipendenze delle Autorità indipendenti, con retribuzioni *extra ordinem* molto superiori rispetto ai profili professionali del pubblico impiego omogenei, è stato stabilizzato eccezionalmente nel 2008 con norma d'urgenza (art. 75, comma 2, dello stesso dl. n. 112/2008), di cui non è stata disposta neanche la conversione nella legge n. 133/2008.

Un anno dopo la sentenza *Del Cerro Alonso* della Corte di giustizia sul riconoscimento degli scatti di anzianità ai dipendenti pubblici a tempo determinato, il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca con lettera circolare del 25 settembre 2008, sulla base del parere dell'Ufficio legislativo dello stesso Ministero di cui alla nota del 9 settembre 2008, ha dovuto ammettere che il d.lgs. n. 368/2001 si applicasse integralmente anche al personale della scuola, ma si è rifiutato di riconoscere l'anzianità di servizio ai supplenti, invocando la specialità delle procedure di reclutamento e la differenza “ontologica” dei contratti a termine della scuola rispetto agli altri rapporti a tempo determinato.

Qualche mese dopo la circolare del Miur il legislatore d'urgenza con l'art. 1, DL. n. 134/2009, dichiarando di dare applicazione alla sentenza *Del Cerro* indicata nel preambolo del decreto legge, per le supplenze del personale scolastico aggiungeva all'art. 4 della legge n. 124/1999 il comma 14-*bis*¹¹⁴, tentava in realtà di impedire sul piano interpretativo con efficacia retroattiva gli effetti della decisione della CGUE già verificatisi alla data di entrata in vigore della norma - 25 settembre 2009 -, perchè, nel testo originario¹¹⁵, escludeva anche gli scatti di anzianità e la progressione di carriera.

Immediatamente dopo, la Commissione europea ha aperto una procedura di infrazione (proc. n. 2010/2045) nei confronti della Repubblica italiana sul computo dei lavoratori a tempo determinato (art. 8 d.lgs. n. 368/2001), con l'invio il 30 settembre 2009 di una lettera di messa in mora per la non corretta trasposizione della direttiva 1999/70/CE.

L'avvio della procedura di infrazione ha provocato un rapido ripensamento del legislatore, in sede conversione del dl. n. 134/2009. L'allegato alla legge di conversione n. 167/2009 ha modificato il testo originario dell'art. 1, comma 1, dl. n. 134/2009, per cui il vigente testo (dal 25 novembre 2009) dell'art. 4, comma 14-*bis*, della legge n. 124/1999, ha escluso ogni intervento sull'anzianità di servizio per evitare ulteriori censure da parte della Commissione europea per l'uso strumentale del richiamo a sentenze della Corte di giustizia.

b) L'interrogazione della parlamentare europea Rita Borsellino sul precariato pubblico scolastico e la risposta della Commissione europea e del Governo italiano sull'applicazione “integrale” dell'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 nel maggio 2010

E' significativo che il 16 aprile 2010 è stata presentata alla Commissione UE l'interrogazione scritta n. E-2354/10 della parlamentare europea Rita Borsellino, che segnalava che - all'epoca - in Italia esistevano più di 70.000 ausiliari tecnici amministrativi (personale ATA) che si occupavano a diverso titolo del funzionamento della scuola pubblica e che operavano da diversi anni con contratti a tempo determinato, reiterati negli anni, dando vita a una forma di precariato di lunga durata, senza che venissero riconosciuti a questa fascia di lavoratori gli stessi diritti derivanti dall'assunzione a tempo indeterminato.

L'Avvocatura generale dello Stato nelle osservazioni scritte depositate il 7 maggio 2010 nella causa *Affatato* C-3/10, prendendo posizione anche sulle questioni di pregiudizialità sollevate dal Tribunale di Rossano sul precariato scolastico ai nn. 4), 5), e 6), ha ammesso l'applicazione integrale del d.lgs. n. 368/2001 a tutti i dipendenti pubblici a tempo determinato, compreso il personale della scuola.

Va puntualizzato che nella causa *Affatato* l'Avvocatura dello Stato nelle osservazioni scritte dal punto 28 al punto 34 ha trascritto come normativa nazionale utile ai fini della soluzione delle questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Rossano gli artt.1, 4, 5, 6, 10 e 11 del d.lgs. n. 368/2001, nei testi modificati dall'art. 21 dl. n. 112/2008 e dall'art. 1, commi 40-43, della legge n. 247/2007, sottolineando (al punto 67) come le modifiche apportate dalla legge n. 247/2007 con i

¹¹⁴ L'art. 4, comma 14-*bis*, della legge n. 124/1999 così dispone: «I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, possono trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato solo nel caso di immissione in ruolo, ai sensi delle disposizioni vigenti e sulla base delle graduatorie previste dalla presente legge e dall'articolo 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e successive modificazioni.»

¹¹⁵ Nella originaria versione introdotta dall'art. 1 dl. n. 134/2009, l'art. 4, comma 14 *bis*, della legge n. 124/1999 stabiliva che “I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, non possono in alcun modo trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato e consentire la maturazione di anzianità utile ai fini retributivi prima della immissione in ruolo”.

commi 4-*bis*, 4-*ter*, 4-*quinqües* e 4-*sexies* aggiunti all'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001 avessero rafforzato le tutele.

Nelle osservazioni scritte della causa *Affatato* al punto 82, inoltre, il Governo italiano ha proposto alla Corte di risolvere il quesito n. 10¹¹⁶ sollevato nell'ordinanza di rinvio affermando che il decreto legislativo n. 368 del 2001 e l'art. 36, comma 5, del decreto legislativo n. 165 del 2001 costituiscono normativa generale di recepimento della direttiva 1999/70/CE per il personale dipendente dello Stato.

La difesa dello Stato italiano ha proposto, infine, al successivo punto 83 alla Corte di risolvere il quesito n. 12¹¹⁷ dell'ordinanza del Tribunale di Rossano affermando che il principio di non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro riguarda la parità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato e che la clausola 5.1 consente di tener conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori e quindi applicare una differenziazione di discipline per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato.

Qualche giorno dopo il deposito delle osservazioni scritte del Governo italiano nella causa *Affatato*, la Commissione europea, nel rispondere il 10 maggio 2010 all'interrogazione scritta, ne recepisce le indicazioni, confermando l'applicazione dell'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 e la trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti a termine "successivi" di durata superiore a trentasei mesi con lo stesso datore di lavoro anche pubblico. Tuttavia, prudentemente l'Istituzione UE si è riservata di scrivere «alle autorità italiane per ottenere informazioni e chiarimenti sull'applicazione della normativa italiana agli ausiliari tecnici amministrativi delle scuole pubbliche».

Le informazioni nazionali non devono essere state positive sul rispetto degli obblighi comunitari nei confronti dei precari pubblici, perché subito la Commissione ha aperto la procedura di infrazione n. 2124/2010 prima nei confronti del solo personale ATA, estendendola nel 2012 anche a tutto il personale docente, infine allargandola, come vedremo, nel 2013 a tutto il precariato pubblico.

16. La ordinanza *Affatato* della Corte di giustizia e la contrastata applicazione della disciplina sui contratti successivi al precariato pubblico in generale e ai supplenti scolastici in particolare

a) L'ordinanza *Affatato* di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Rossano sulla mancanza di misure preventive antiabusive per tutto il precariato pubblico

Con ordinanza del 14 dicembre 2009 il Tribunale di Rossano¹¹⁸ nella causa *Affatato* C-3/10 ha sollevato alla Corte di giustizia numerose questioni di pregiudizialità comunitaria tutte legate al precariato pubblico, in cui ricomprende come discipline speciali rispetto al d.lgs. n. 368/2001 anche i rapporti di lavoro a termine del personale della scuola, ai punti 4), 5) e 6), oltre al precariato parastatale di Poste italiane (art. 2, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 368/2001, su cui il Tribunale di Trani aveva contestualmente sollevato la pregiudiziale comunitaria nella causa *Vino* C-20/10) ai punti 7), 8) e 9, ai lavoratori socialmente utili (su cui il Tribunale di Napoli solleva identiche questioni pregiudiziali risolte dalla sentenza *Sibilio*) ai punti 1), 2), e 3).

Le questioni hanno un unico comune denominatore: non vi è tutela effettiva antiabusive nell'ordinamento interno per i rapporti a tempo determinato nel settore pubblico, nonostante le indicazioni della Corte di giustizia nelle sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo* e nonostante i processi di stabilizzazione del precariato, avviati dopo le decisioni della CGUE.

¹¹⁶ Quesito n. 10 dell'ordinanza *Affatato* del Tribunale di Rossano: «se il D.lgs. n. 368/2001 e l'art. 36, comma 5, del D.lgs. n. 165/2001 costituiscano normativa generale di recepimento della direttiva 1999/70/CE (...) per il personale dipendente dello Stato, tenuto conto delle eccezioni a dette disposizioni generali come definite all'esito della risposta ai quesiti da 1 a 9».

¹¹⁷ Quesito n. 12 dell'ordinanza *Affatato* del Tribunale di Rossano: «se il principio dell'Unione di uguaglianza/non discriminazione, la clausola 4, la clausola 5.1, ostino ad una differenziazione di discipline sanzionatorie nel settore "personale dipendente degli organismi dello Stato" sulla scorta della genesi del rapporto di lavoro, ovvero del soggetto datore di lavoro, o ancora nel settore Scuola».

¹¹⁸ Trib. Rossano (Est. Coppola), ordinanza 5 gennaio 2010, causa C-3/10, *Affatato c. ASL di Cosenza*, pubblicata in GUUE del 13 marzo 2010 n. C 63/64.

b) La risposta “temporanea” e sibillina della Corte di giustizia nell’ordinanza *Affatato*

Con fretta eccessiva nell’ordinanza *Affatato*¹¹⁹ del 1° ottobre 2010, sentito l’Avvocato generale Jääskinen senza le sue conclusioni scritte (che, probabilmente, non sarebbero state molto diverse da quelle che avrebbe reso a distanza di un anno nella causa *Jansen*), la Corte di giustizia, dopo aver trascritto al punto 10 come normativa nazionale rilevante ai fini della questione pregiudiziale e del giudizio principale il solo art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001, oltre ai commi 1, 2 (trascritto senza lo specifico richiamo all’applicazione del d.lgs. n. 368/2001, sostituito da puntini utilizzati come “*omissis*”) e 5 del nuovo testo (nella versione riportata nell’ordinanza di rinvio quale modificata dall’art. 49 del dl. n. 112/2008) dell’art. 36, d.lgs. n. 165/2001, ha dichiarato irricevibili i primi 12 quesiti proposti dal Tribunale di Rossano, tra cui il n. 10 e il n. 12 che la stessa Avvocatura dello Stato aveva riconosciuto come ammissibili fornendo sul n. 12 la stessa risposta che la Corte di Giustizia aveva fornito al punto 48 nelle sentenze Marrosu-Sardino e Vassallo per giustificare il diverso trattamento tra il “settore” pubblico e quello privato, ai fini sanzionatori.

L’Avvocato generale Jääskinen spiegherà al punto 48 delle conclusioni scritte della causa *Jansen* che la Corte di giustizia al punto 48 della sentenza Marrosu ha ammesso un trattamento differenziato in termini di prescrizioni di tutela tra i contratti a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e altri organismi del settore pubblico e quelli conclusi con i datori di lavoro appartenenti al settore privato, ma senza indicare i motivi che giustificano una siffatta differenziazione tra i settori privato e pubblico. Giustificazione che, a giudizio di Jääskinen, non sussiste neanche in relazione al concorso pubblico, come invece aveva opinato l’Avvocato generale Poiares Maduro nelle conclusioni delle cause Marrosu-Sardino e Vassallo per rispettare la sentenza n. 89/2003 della Corte costituzionale, cercando di conciliarla con il rispetto dei requisiti minimi di tutela imposti dalla direttiva comunitaria così distrattamente recepita dal legislatore nazionale.

La Corte di giustizia nell’ordinanza *Affatato* ha preferito non rispondere al quesito n. 12 dichiarandolo irricevibile, per evitare di utilizzare nuovamente una giustificazione che è stata utilizzata soltanto per l’Italia e per il precariato pubblico italiano e che già contrastava, peraltro, come segnalato¹²⁰, con le due citate sentenze della II Sezione della CGUE sulla discriminazione dei lavoratori comunitari nei concorsi per l’assunzione di personale docente in Italia del 12 maggio 2005 e sulla discriminazione dell’anzianità professionale dei lavoratori comunitari nell’assunzione nel pubblico impiego italiano del 26 ottobre 2006.

Ciò fa comprendere anche la «originale» soluzione delle questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Rossano nella causa *Affatato*, senza trattazione orale, con il richiamo ai punti 48-49 dell’ordinanza *Affatato* della possibilità di applicare come sanzione adeguata una disposizione in materia di contratti successivi – i trentasei mesi di servizio per mansioni equivalenti dell’art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 – che non poteva applicarsi al giudizio principale e non era stata neanche richiamata nell’ordinanza di rinvio (che fa riferimento, infatti, alle sole violazioni dell’art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001, unica normativa nazionale trascritta al punto 10 del provvedimento della CGUE): «A tale proposito, nelle sue osservazioni scritte il Governo italiano ha sottolineato, in particolare, che l’art. 5 del d.lgs. n. 368/2001, quale modificato nel 2007, al fine di evitare il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico, ha aggiunto una durata massima oltre la quale il contratto di lavoro è ritenuto concluso a tempo indeterminato e ha introdotto, a favore del lavoratore che ha prestato lavoro per un periodo superiore a sei mesi, un diritto di priorità nelle assunzioni a tempo indeterminato.... una disciplina nazionale siffatta potrebbe soddisfare i requisiti ricordati nei punti 45-47 della presente ordinanza.»

Sul precariato pubblico italiano di lunga durata la Corte di giustizia ha dato, dunque, indicazioni un po’ criptiche e a volte metagiuridiche ma abbastanza precise ai Giudici nazionali, aiutandoli a sopportare il pesante fardello di risolvere i pasticci normativi di un legislatore che ha la tendenza a

¹¹⁹ Sulla ordinanza *Affatato* della Corte di giustizia v. W. FERRANTE, *Il divieto di conversione a tempo indeterminato dei contratti a termine nel pubblico impiego*, in *Rass.avv.Stato*, 2011, 2 Sez., I, pp.12-16; 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 *RIDL*, 2011, II, pp. 859-865.

¹²⁰ Cfr. V. DE MICHELE, *Retroattività delle norme e tutela dei diritti del precariato pubblico da parte dei Giudici nazionali*, in *LG*, 2011, n. 7, pp.701 ss.

favorire gli abusi della pubblica amministrazione per presunte esigenze di cassa, precarizzando centinaia di migliaia di rapporti di lavoro.

c) Il legislatore nazionale dopo l'ordinanza *Affatato* riavvia i processi di stabilizzazione nel pubblico impiego, mentre la Commissione europea apre la procedura di infrazione sulla scuola

Infatti, dopo l'ordinanza *Affatato*, il legislatore d'urgenza con il dl. 70/2011 è stato costretto a riavviare le procedure di stabilizzazione del personale scolastico già previste nella legge n. 296/2006, e poi bloccate nel 2008.

La Commissione europea, peraltro, come anticipato, sicuramente avvalendosi delle informazioni fornite dal Tribunale di Rossano nella ordinanza di rinvio *Affatato* sul precariato scolastico (nelle osservazioni scritte l'Istituzione comunitaria ha affermato pilatescamente di non avere informazioni precise sulla effettività delle sanzioni contro gli abusi del precariato pubblico), aveva già aperto, con l'invio di una lettera di messa in mora il 14 marzo 2011, una procedura di infrazione (proc. 2010/2124) nei confronti dell'Italia per il non corretto recepimento della direttiva 1999/70/CE. In particolare, la Commissione ha ritenuto che la prassi di impiegare personale ausiliario tecnico amministrativo nella scuola pubblica per mezzo di una successione di contratti a tempo determinato, senza misure atte a prevenirne l'abuso, non rispettava gli obblighi della clausola 5 dell'accordo quadro comunitario.

D'altra parte, il Tribunale di Rossano nelle conclusioni dell'istanza pregiudiziale ai punti 4), 5) e 6) aveva argomentato sull'esistenza di una normativa speciale di reclutamento scolastico che non consentiva l'applicazione né delle tutele antiabusive del d.lgs. n. 368/2001 né di quella dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001. Evidentemente, la declaratoria di irricevibilità delle questioni ha consentito alla Corte di giustizia di spostare la soluzione della carenza di tutela nel comparto specifico sul piano "politico", cioè dell'azione per inadempimento ad iniziativa dell'organo di Governo UE nei confronti dello Stato italiano, che sarà poi di fatto promossa in modo atipico prima dal Tribunale di Napoli e poi dalla Corte costituzionale.

Il 24 maggio 2011, il Governo italiano ha trasmesso alla Commissione europea delle note di risposta predisposte dalle Amministrazioni interessate, nelle quali si comunicava che al fine di fornire riscontro alle censure formulate dalla Commissione europea è stato predisposto un nuovo quadro legislativo, attraverso due interventi normativi specifici inseriti nel citato dl. n. 70 del 2011: l'art. 9, comma 18 relativo ad una deroga all'applicazione della direttiva 1999/70/CE per i contratti a tempo determinato nella scuola; l'art. 9, comma 17 recante attuazione del piano triennale di assunzioni a tempo indeterminato di personale docente, educativo ed ATA per ridurre il fenomeno del precariato.

In realtà, il legislatore d'urgenza è intervenuto con l'art. 9, comma 18, dl. n. 70/2011 aggiungendo nell'art. 10 del d.lgs n. 368/2001 il comma 4 *bis*¹²¹, norma in palese contrasto con la direttiva 1999/70/CE e con la circolare MIUR del settembre 2008, con uno spettro di azione più ampio di quella precedente dell'art. 4, comma 14-*bis*, della legge n. 124/1999, ancora in vigore.

Puntando contestualmente a stabilizzare vasta parte del precariato pubblico scolastico, lo stesso art. 9, nel precedente comma 17, del dl. 70/2011 ha previsto l'immissione in ruolo di una rilevante quota di personale docente e ATA rispetto ai dati del 2010, nell'ambito di una programmazione triennale, e il decreto interministeriale del 3 agosto 2011 ha disposto, per l'anno scolastico 2011/2012, l'assunzione di 30.300 unità di personale docente ed educativo e 36.000 unità di personale amministrativo e ha programmato, per ciascuno dei due anni scolastici successivi, l'immissione in ruolo, rispettivamente, di ulteriori 22.000 e 7.000 unità.

¹²¹ Art. 10, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001: «Stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui all'articolo 40, comma 1, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, all'articolo 4, comma 14-*bis*, della legge 3 maggio 1999, n. 124, e all'articolo 6, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato. In ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-*bis*, del presente decreto».

d) Le ordinanze “etiche” del Consiglio di Stato di rinvio pregiudiziale “accusatorio” alla Corte di giustizia della stabilizzazione d’urgenza e senza concorso degli ex precari della AGCM

Contestualmente al dl. 70/2011, il Consiglio di Stato ha proposto quattro identiche ordinanze del 13 maggio 2011¹²² di pregiudizialità alla Corte di giustizia sulle clausole 4 e 5 (in combinato disposto) dell’accordo quadro comunitario sul contratto a tempo determinato, già discusse all’udienza di trattazione orale del 7 giugno 2012 davanti alla VI Sezione della CGUE (la stessa delle cause *Affatato e Vino*).

Nella ricostruzione dei fatti di causa il Consiglio di Stato evidenzia che lavoratori assunti a tempo determinato senza procedure concorsuali presso l’Autorità garante della concorrenza e del mercato A.G.C.M. sono stati stabilizzati dopo tre anni di servizio precario, sempre senza concorso, ai sensi dell’art. 1, comma 519, della l. n. 296/2006.

In realtà, la disposizione che ha consentito la trasformazione dei rapporti di lavoro flessibili in contratti a tempo indeterminato, senza concorso, è, come anticipato, l’art. 75, comma 2, dl. n. 112/2008, che aveva previsto che presso le Autorità indipendenti il trattamento economico del personale già interessato dalle procedure di “stabilizzazione” era determinato al livello iniziale e senza riconoscimento dell’anzianità di servizio maturata nei contratti a termine o di specializzazione, senza maggiori spese e con l’attribuzione di un assegno *ad personam*.

La norma d’urgenza era stata studiata proprio per i lavoratori a termine (o a convenzione) delle Autorità indipendenti (AGCM in particolare, ma anche A.E.E.G.). Infatti, entro i sessanta giorni dall’entrata in vigore (25 giugno 2008) del dl. n. 112/2008 sono stati stipulati tutti i contratti a tempo indeterminato senza procedure selettive, ai sensi dell’art. 75, comma 2, dl. n. 112/2008. La disposizione non è stata convertita in legge (l. n. 133/2008), ma, ai sensi dell’art. 1, comma 2, della legge di conversione, sono rimasti validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono stati fatti salvi gli effetti prodottisi ed i rapporti giuridici sorti sulla base delle norme del dl. n. 112/2008, modificate o non convertite in legge, cioè tutti i contratti a tempo indeterminato “abusivi” (perché senza procedure concorsuali, secondo il Consiglio di Stato).

Ma gli *ex* precari delle Autorità indipendenti non si sono accontentati e hanno chiesto alla giustizia amministrativa (pubblico impiego non contrattualizzato) il riconoscimento anche della anzianità di servizio. Dopo aver rigettato i primi ricorsi, il Consiglio di Stato, prendendo atto del diverso orientamento dei Giudici del lavoro in applicazione della sentenza *Del Cerro*, ha sollevato le ordinanze di pregiudizialità UE, sulla base di argomentazioni che si possono così sintetizzare: nella fattispecie, non è violato il principio di non discriminazione dei lavoratori precari rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato (clausola 4 accordo quadro comunitario) perché i potenziali “discriminati” sono stati in realtà miracolati dalla riqualificazione “eccezionale” dei rapporti di lavoro in contratti a tempo indeterminato, al di fuori delle procedure di legge e in deroga al principio del pubblico concorso. La discriminazione indiretta nei confronti di chi non è stato stabilizzato perché non raccomandato, giustificerebbe la diversità di trattamento rispetto al mancato riconoscimento dell’anzianità pregressa, che ha costituito il titolo esclusivo per la stabilità *contra legem*.

e) Il precariato pubblico scolastico e le ordinanze di legittimità costituzionale dei Tribunali di Trento, Roma e Lamezia Terme sul sistema di reclutamento speciale

In questo quadro normativo e giurisprudenziale molto fluido e articolato, il CCNL del Comparto Scuola siglato definitivamente il 4 agosto 2011, ha previsto la revisione *in peius* della struttura stipendiale del personale docente, educativo ed ATA, ripartita su sei posizioni stipendiali, con la prima posizione di durata “0-8” anni e di valore corrispondente alla prima posizione stipendiale attualmente prevista dal CCNL 23 gennaio 2009, restando invariate le restanti posizioni stipendiali in termini temporali ed economici, individuando, quali destinatari della revisione, gli immessi in ruolo a decorrere dal 1° settembre 2011 in poi (e comunque tutti gli assunti in virtù dell’art. 9, comma 17 del dl. n. 70/2011).

¹²² Con. Stato, VI Sez., Pres. Coraggio, Est. De Nictolis, ord.13 maggio 2011, nn. 2928-2929-2930-2931/2011, già riunite in Corte di giustizia con i nn. C-302-303-304-305/11.

Subito dopo, il Tribunale di Trento ha sollevato questioni di legittimità costituzionale sull'art. 4 della legge n. 124/1999 per contrasto con la direttiva 1999/70/CE e con la clausola 5 dell'accordo comunitario, e analoghe questioni saranno sollevate dal Tribunale di Lamezia Terme e dal Tribunale di Roma, in quest'ultimo caso sia sui docenti che sul personale ATA.

f) La contrastata e sofferta giurisprudenza “emergenziale” della Cassazione sul precariato pubblico frena il collasso dei conti pubblici, negando provvisoriamente ogni tutela effettiva

La Cassazione, allora, è costretta a farsi carico dell'emergenza giudiziaria per cercare di limitare i danni all'erario del contenzioso seriale sul risarcimento del danno per gli abusi sul precariato pubblico.

Infatti, dapprima la Suprema Corte con la sentenza n. 392/2012¹²³ del 13 gennaio 2012 - su un solo e unico contratto a termine di un centralista assunto ai sensi dell'art. 16 della legge n. 56/1987 senza però ragioni oggettive temporanee - ha fissato addirittura un principio di divieto quasi assoluto di ogni tutela anche sui danni, oltre che sulla conversione del rapporto, citando l'ordinanza *Affatato* della Corte di giustizia a (non giustificato) sostegno delle proprie argomentazioni.

In contrapposizione logica e interpretativa alla sentenza della Cassazione, nel liquidare un “risarcimento” del danno pari a venti mensilità di retribuzione, la Corte di appello di Roma¹²⁴ non esclude, invece, in astratto la possibilità di riqualificazione dei rapporti di lavoro a tempo determinato nel settore scolastico, alla luce dell'ordinanza *Affatato* della CGUE, trovando il limite di delibazione nelle conclusioni dell'appello del lavoratore, che aveva rinunciato ad impugnare la statuizione negativa sulla conversione della sentenza di 1° grado.

Un qualche sostegno a questa apertura della Corte di appello capitolina pareva provenire dalla sentenza n. 4417/2012¹²⁵ della Cassazione che, nel rigettare il ricorso incidentale di lavoratori precari (bagnini) che, per tre mesi di servizio alle dipendenze del Comune sulla base di contratti a termine dichiarati illegittimi dai Giudici di merito, avevano ottenuto 12 mensilità di risarcimento dei danni, ha richiamato incidentalmente i processi di stabilizzazione del precariato pubblico di cui alle leggi finanziarie n. 296/2006 e n. 244/2007, intesi come modalità specifiche per sanare gli abusi contrattuali delle pubbliche amministrazioni, in applicazione della direttiva 1999/70/CE e della giurisprudenza della Corte di giustizia. L'importante precisazione, che sembrava superare lo sbarramento immotivato della sentenza n. 392/2012 della Suprema Corte, è utilissima per riflettere proprio sulla misura della stabilizzazione dei contratti successivi dei trentasei mesi di servizio di cui all'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, introdotta, come si è visto, con la legge n. 247/2007 contestualmente alla 2ª legge finanziaria sulla stabilizzazione del precariato pubblico (legge n. 244/2007).

Ma il momento era critico, lo Stato sembrava sul punto di fallire, quasi sicuramente per colpa dei precari pubblici e del risarcimento dei danni che ingiustamente i Giudici continuavano a liquidare. Allora, con provvedimento presidenziale del 1° marzo 2012 la Sezione lavoro della Corte di appello di Milano, che si era già pronunciata a favore dei precari della scuola per il riconoscimento dell'anzianità di servizio, viene “commissariata” *ad hoc* per le cause seriali della scuola (e di Poste italiane, ovviamente) mediante l'inserimento “a pettine” nei Collegi della Sezione specializzata di Giudici togati provenienti dalle Sezioni civili. Siamo all'emergenza economica, evidentemente, e forse alla deviazione istituzionale.

g) La Corte di appello di Milano rigetta contestualmente ogni tutela ai precari della scuola pubblica e ai cittadini italiani per la modifica della legge elettorale *Porcellum*

Si prepara, così, la strada alla soluzione della Cassazione sul precariato scolastico, anticipata da una “strana” sentenza¹²⁶, con cui la commissariata (*ad interim*) Sezione lavoro della Corte di appello di Milano nega al precariato scolastico ogni tutela anche sull'anzianità di servizio, richiamando a sproposito la sentenza *Kücüik* della Corte di giustizia.

¹²³ Pres.est. Vidiri. La sentenza viene definita strana e censurata da L. Menghini, *La conversione giudiziale dei reiterati contratti a termine con le p.a.: il rilievo del principio di non discriminazione*, cit. Il lavoratore Angileri che non ha ottenuto né riqualificazione del rapporto di lavoro né risarcimento del danno ha proposto il ricorso n. 44205/2012 alla Corte europea dei diritti dell'uomo, depositato tempestivamente il 12 luglio 2012. Il giudizio è tuttora pendente.

¹²⁴ App. Roma, Pres.Est. Torrice, sentenza 17 gennaio 2012.

¹²⁵ Cass., S.L., Pres. Lamorgese, Est. Napoletano, sent. 20 marzo 2012, n. 4417.

¹²⁶ App. Milano, Pres. ed Est. Canzio, sentenza 11 maggio 2012, n. 708.

Contestualmente la Corte di appello di Milano con sentenza del 24 aprile 2012 n. 1419 ha rigettato il ricorso dell'Avvocato Aldo Bozzi ed altri contro la legge elettorale n. 270/2013, giudicando manifestamente infondate le proposte questioni di costituzionalità. Infatti, ad avviso della Corte meneghina, il principio del voto uguale deve intendersi nel senso formale che «nell'urna ogni voto è “uguale” agli altri voti, ha lo stesso “valore” quale che sia il censo, il sesso o altra connotazione del votante ed identica uguaglianza di “peso” si riscontra nello scrutinio e nei conteggi»; anche il principio del voto diretto deve intendersi nel senso formale di contribuire «direttamente all'elezione dei rappresentanti parlamentari, a differenza di altri sistemi elettorali di secondo grado in cui l'elettore designa un proprio rappresentante a far parte di un collegio più ristretto che poi elegge il componente dell'assemblea legislativa»; quanto al sistema delle cd. «liste bloccate», a causa dell'eliminazione del voto di preferenza, la Corte, premesso che la Costituzione non garantirebbe nè assicurerebbe il voto di preferenza, ha osservato che rimane pur sempre la libertà dell'elettore di scegliere tra l'una e l'altra lista in cui è ricompreso il candidato cui eventualmente avrebbe dato la preferenza; i dedotti effetti distorsivi sul consenso elettorale (anche in relazione al premio di maggioranza) sono solo indiretti e non integrano lesioni costituzionali, ma hanno rilevanza come oggetto di valutazioni politiche ai fini dell'esercizio della discrezionalità del legislatore; nè infine è ravvisabile alcun pregiudizio delle prerogative del Capo dello Stato per effetto dell'indicazione del nominativo del «capo della coalizione» sulla scheda elettorale.

h) Il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo contro il *Porcellum* e contro la sentenza n. 13/2012 della Corte costituzionale che ha dichiarato inammissibile il referendum abrogativo

Il 28 maggio 2012 viene depositato in Corte EDU il ricorso n. 34448/2012 proposto da quattro avvocati avverso la sentenza n. 13/2012 della Corte costituzionale, che aveva dichiarato inammissibile il referendum abrogativo del *Porcellum*. I ricorrenti denunciano la violazione dell'articolo 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dell'art. 3 del Protocollo addizionale CEDU in quanto la legislazione nazionale, così come strutturata, si pone in contrasto col diritto a libere elezioni a scrutinio segreto garantito dalla norma convenzionale.

Nell'interpretazione data a tale norma la Corte europea (Corte EDU, *Mathieu-Mohin e Clerfayt c. Belgio*, decisione 2 marzo 1987, ricorso n. 9267/81, par. 47, Grande Sezione, *Ždanoka c. Lettonia*, decisione 16 marzo 2006, ricorso n. 58278/00, par. 98) ricorda che i diritti garantiti dall'articolo 3 del Protocollo n° 1 sono cruciali per l'instaurazione e per il mantenimento di una vera democrazia regolata dalla preminenza della legge. Esistono molti modi per organizzare e far funzionare i sistemi elettorali, tuttavia alcune delle condizioni imposte all'occorrenza non devono ostacolare la libera espressione del popolo sulla scelta del corpo legislativo – in altri termini, esse devono riflettere, o non contrastare, la preoccupazione di mantenere l'integrità e l'efficacia di una procedura elettorale mirante a determinare la volontà del popolo attraverso il meccanismo del suffragio universale (Corte EDU, Grande Sezione, *Yumak e Sadak c. Turchia*, ricorso n. 10226/03, par. 109, decisione 8 luglio 2008).

Gli artt. 56, comma 1 (per la Camera dei deputati), e 58, comma 1 (per il Senato della Repubblica), della Costituzione italiana prevedono, parimenti, che l'elezione del Parlamento nei due rami sia effettuata a suffragio universale e “diretto”, cioè con la indicazione diretta dei rappresentanti dell'organo deputato all'esercizio del potere legislativo.

Tale possibilità, secondo gli istanti nel ricorso alla Corte EDU, è del tutto preclusa con il sistema elettorale c.d. “*Porcellum*” introdotto dalla legge n. 250/2005, che il 1° quesito referendario intendeva, in caso di esito positivo del referendum ove ammesso, abrogare completamente, perché fosse ripristinato il precedente sistema elettorale c.d. “*Mattarellum*” delle leggi nn. 276 e 277 del 1999, che consentiva invece l'indicazione del candidato “preferito”.

In sostanza, la disciplina elettorale delle liste bloccate, così come introdotta dalla legge n. 270/2005, violerebbe il diritto dei ricorrenti a partecipare ad elezioni che assicurino la libera espressione della loro opinione sulla scelta del corpo legislativo, ai sensi dell'articolo 3 del Protocollo n. 1 della Convenzione, tenuto soprattutto conto del fatto che attraverso il sistema delle liste bloccate

sono solo i partiti a scegliere i rappresentanti del popolo, restando, al popolo stesso, l'effimero ed illusorio diritto di scegliere il proprio partito di riferimento. Con tale sistema elettorale, non è indispensabile, infatti, il confronto con gli elettori sul territorio, non bisogna rispondere ad essi del proprio operato ma direttamente alle gerarchie dei partiti, che sono libere di compilare a proprio piacimento le liste elettorali, senza la possibilità, per l'elettorato, di incidere, con le preferenze, sulla scelta dei propri rappresentanti in Parlamento. La disciplina elettorale del premio di maggioranza, così come introdotto dalla legge n. 270/2005, costituisce, del pari, una violazione del diritto di partecipare ad elezioni che assicurino la libera espressione d'opinione popolare sulla scelta del corpo legislativo, ai sensi dell'articolo 3 del Protocollo n. 1, tenuto conto del fatto che nessuna soglia minima di consenso è prevista per l'ottenimento di tali premi. Per tali ragioni si è chiesto il sindacato della Corte europea, che, pur lasciando agli Stati un ampio margine di apprezzamento sulla scelta dei sistemi elettorali che questi possono adottare, è tenuta a vigilare molto attentamente sul rispetto di tale disposizione, in quanto costituisce il fulcro e l'essenza della partecipazione e della vita democratica di una nazione.

Contestualmente al ricorso alla Corte EDU, l'avvocato Bozzi ed altri propongono ricorso n. 18249/2012 per la cassazione della sentenza della Corte di appello di Milano sulla legge elettorale.

i) La sentenza n. 10127/2012 della Cassazione sospende a termine i diritti dei docenti precari

Qualche giorno dopo, con la sentenza n. 10127/2012¹²⁷ la Cassazione è intervenuta sul precariato scolastico, negando al personale docente precario sia la riqualificazione del rapporto sia il diritto al risarcimento dei danni, sulla base delle seguenti argomentazioni:

- l'art. 70, comma 8, d.lgs. n. 165/2001 riconosce la specialità del sistema di reclutamento del personale della scuola, rispetto alle assunzioni a tempo indeterminato o flessibili nelle altre pubbliche amministrazioni;

- in conseguenza, il d.lgs. n. 368/2001 si applica anche a tutte le pubbliche amministrazioni, ma non al personale scolastico;

- le due norme, l'art. 1 dl. n. 134/2009 (convertito con modificazioni dalla legge n. 167/2009) e l'art. 9, comma 18, dl. n. 70/2011 (convertito con modificazioni dalla legge n. 106/2011), che escludono l'applicazione del d.lgs. n. 368/2001 ai supplenti della scuola, confermano la specialità della disciplina del reclutamento e della regolamentazione del rapporto di lavoro del personale precario in questo settore del pubblico impiego;

- non si verte in materia di violazione di norme imperative sul reclutamento e, quindi, non si applica l'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, perchè le procedure selettive sono rispettate, anzi costituiscono la condizione di legittimità del reclutamento e delle assunzioni a termine, richiamando sul punto la sentenza n. 41/2011 della Corte costituzionale;

- infine, la Cassazione, richiamando a conforto erroneamente la sentenza *Kücüke* della Corte di giustizia, ritiene compatibile l'art. 4 della legge n. 124/1999 con la direttiva europea, ricostruendo le nozioni comunitarie delle ragioni oggettive [clausola 5, n. 1, lett.a), dell'accordo quadro] e della norma equivalente [clausola 5, n. 1, 1^a parte dell'accordo quadro], in contrasto con le corrispondenti nozioni già individuate dalla Corte europea rispettivamente nelle due fondamentali sentenze *Adeneler* e *Angelidaki*.

Contestualmente alla sentenza n. 10127/2012 della Suprema Corte, in sede di approvazione della riforma Fornero, nel parere del 20 giugno 2012 della XIV Commissione permanente parlamentare per i rapporti con l'Unione europea viene segnalata la pendenza delle citate procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea, che considera l'art. 9, comma 18, dl. n. 70/2011 (diversamente dalla Cassazione) norma incompatibile con l'ordinamento comunitario in materia di tutela degli abusi. Anzi, la stessa Commissione UE ha proposto al collegio dei Commissari, nel corso del mese di giugno 2012, l'adozione di una lettera di messa in mora complementare rispetto a quella del 14 marzo 2011, ritenendo il problema della mancanza di tutele antiabusive non più circoscritto al solo personale ausiliario tecnico-amministrativo, ma da estendere a tutto il personale della scuola, compreso il docente cui la Suprema Corte ha negato ogni tutela.

¹²⁷ Cfr. Cass., Sez.lav., sentenza 20 giugno 2012, n. 10127, su *LG*, n. 8-9, 2012, p.777 ss., con nota di V. DE MICHELE, *Il tribunale aquilano demolisce la sentenza antispread della Cassazione sul precariato scolastico*. Cfr. anche L. RATTI, *Il contratto a termine dopo la l. n. 92 del 2012: prime interpretazioni ministeriali*, *ibidem*, 2013, p.565.

Si intuisce con sufficiente evidenza che la situazione di manifesta violazione della normativa comunitaria, come interpretata dalla Corte di giustizia, da parte del Giudice di ultima istanza nella sentenza n. 10127/2012 sia stata finalizzata da un lato ad evitare il collasso dei risarcimenti dei danni già riconosciuti in misura massiva ed eccessiva rispetto alla tutela necessaria, che è e rimane il posto “stabile” per un lavoro sicuro in applicazione della disciplina antiabusiva generale (d.lgs. n. 368/2001 e, in particolare, l'art. 5 sui contratti successivi), dall'altro a “costringere” la pubblica amministrazione a dare seguito senza indugio alle immissioni in ruolo già programmate (dall'art. 9, comma 17, dl. n. 70/2011) del personale precario scolastico.

1) Le Sezioni unite della Cassazione nel 2012 e nel 2013 rilanciano la riqualificazione dei contratti a tempo indeterminato dei contratti a termine successivi “legittimi” nel pubblico impiego

Del resto, con la sentenza del 1° agosto 2012, n. 13796, le Sezioni unite della Corte di legittimità¹²⁸ hanno sconfessato esplicitamente la decisione della Sezione lavoro sulla non riqualificabilità in contratti a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a termine alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, cassando con rinvio la sentenza della Corte di appello di Bologna che aveva annullato, dichiarando il difetto di giurisdizione, la sentenza del 4 giugno 2007 del Tribunale di Reggio Emilia¹²⁹, 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, come altri 454 candidati (nell'ambito dei progetti speciali previsti dall'art. 18 della legge n. 88/1989), il contratto di c.f.l., successivamente prorogato per altri due anni, con inquadramento in posizione B2 con profilo relativo alle attività amministrative (siamo, dunque, in fattispecie diversa da quella deliberata dalla Cassazione con la sentenza n. 9555/2010, che aveva riqualificato il rapporto di lavoro di un usciere Inail assunto per il tramite del collocamento ai sensi dell'art. 16 della legge n. 56/1987).

La Cassazione a Sezioni unite non si è limitata a dichiarare la giurisdizione del Giudice ordinario, perchè 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.): «deve rilevarsi che L.C.G. ha promosso nel presente giudizio una duplice domanda: a) di trasformazione del rapporto di formazione e lavoro in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato di ruolo; b) di essere ammesso a partecipare alle prove selettive indette dall'INAIL per il passaggio dalla posizione ordinamentale di ruolo B alla posizione C.

La prima domanda, che appare in rapporto di pregiudizialità rispetto alla seconda, pregiudicata, trova la sua *causa petendi* in un vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione in ruolo, ipotizzato dall'istante come discendente direttamente dalla disciplina di legge italiana e di quella comunitaria, relative al contratto di formazione e lavoro o al contratto di lavoro a tempo determinato (che prevedono tale trasformazione in caso di proroga unilaterale), nel quadro di un rapporto in cui l'INAIL ha i poteri e gli obblighi di un normale datore di lavoro privato. La relativa controversia si iscrive pertanto a pieno titolo tra quelle inerenti la materia del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, in uno sviluppo successivo alle procedure di costituzione del rapporto, sviluppo ipotizzato come indipendente dalla partecipazione a procedure selettive e direttamente conseguente all'applicazione di norme imperative di legge.»

¹²⁸ Pres. Trifone, Est. Ianniello.

¹²⁹ Il Tribunale di Reggio Emilia ha disapplicato la norma interna – art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, nella formulazione *ante* 1° gennaio 2008 - per contrasto insanabile con la normativa comunitaria e ha dichiarato la riqualificazione dei contratti illegittimamente prorogati con l'ente pubblico (INAIL) ai sensi degli artt. 4 e 5 d.lgs. n. 368/2001. Di questa ultima decisione, che chi scrive condivide pienamente almeno in tutte quelle fattispecie di utilizzazione “abusiva” del contratto a termine in cui l'assunzione (il primo contratto a termine; ma anche le “supplenze” annuali del personale docente e ausiliario nel Comparto Scuola) avviene attraverso procedure selettive legittime e regolamentate per legge, addirittura esclusive per il reclutamento a tempo indeterminato o tempo determinato di personale nelle Pubbliche Amministrazioni (si pensi all'art. 16 legge n. 56/1987, richiamato dall'art. 35 d.lgs. n. 165/2001), ci fornisce notizia nel bel lavoro di note e rassegne critiche della giurisprudenza di merito, A. CIRIELLO, *Il contratto a tempo determinato*, in DML, 2007, pp. 363 ss.

L'orientamento del massimo Collegio della Suprema Corte è stato ribadito dalla sentenza del 12 marzo 2013, n. 6077¹³⁰ delle stesse Sezioni unite, che hanno confermato la sentenza n. 594/2010 della Corte di appello di Brescia – Sezione lavoro, rigettando il ricorso proposto dalla Croce Rossa italiana sulla questione della stabilizzazione disposta dalla legge n. 296/2006 del precariato interno, su cui il Giudice di legittimità ha fissato, oltre alla competenza del Giudice del lavoro sulle cause di riqualificazione dei rapporti a termine, anche i seguenti principi, di seguito testualmente riproposti:

a) i processi di stabilizzazione (tendenzialmente rivolti ad eliminare il precariato venutosi a creare in violazione delle prescrizioni di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, art. 36), sono effettuati nei limiti delle disponibilità finanziarie e nel rispetto delle disposizioni in tema di dotazioni organiche e di programmazione triennale dei fabbisogni (d.lgs. n. 165 del 2001, art. 6);

b) la deroga alle normali procedure di assunzione concerne il carattere di assunzione riservata e non aperta, ma non il requisito del possesso del titolo di studio per l'accesso dall'esterno nelle singole qualifiche previsto dai sistemi di classificazione, né la regola del d.lgs. n. 165 del 2001, art. 35, comma 1, dell'accesso tramite procedure selettive, siccome la stabilizzazione di personale che non abbia sostenuto “procedure selettive di tipo concorsuale” è subordinata al superamento di tali procedure; le procedure selettive sono escluse soltanto per il personale assunto obbligatoriamente o mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento (procedure previste da norme di legge); c) conseguentemente, le amministrazioni, con riguardo al personale da stabilizzare che ha già sostenuto “procedure selettive di tipo concorsuale”, non “bandiscono” concorsi, ma devono limitarsi a dare “avviso” della procedura di stabilizzazione e della possibilità degli interessati di presentare domanda; “in tal caso” la regolamentazione legislativa, sottraendo le procedure di “stabilizzazione” all'ambito di quelle concorsuali di cui al d.lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4, nonché alle ipotesi “nominate” di poteri autoritativi nell'ambito del lavoro pubblico (d.lgs. n. 165 del 2001, art. 2, comma 1), colloca le controversie inerenti a tali procedure nell'area del “diritto all'assunzione di cui all'art. 63, comma 1, con conseguente appartenenza della giurisdizione al giudice ordinario (così in specie v. Cass. S.U. n. 1778 del 2011 cit.); d) “diversamente, ove il personale non abbia già superato prove concorsuali, e il numero dei posti oggetto della stabilizzazione sia inferiore a quello dei soggetti aventi i requisiti, l'amministrazione può fare ricorso ad una selezione onde individuare il personale da assumere”; in tal caso “le relative controversie sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo” (v. in particolare Cass. S.U. n. 1778 del 2011, Cass. 2568 del 2012).

Pare evidente che il rispetto dell'art. 97, comma 3, Cost. e di procedure selettive al momento dell'accesso al reclutamento pubblico con rapporto a tempo determinato - come è avvenuto nel caso dei precari della CRI, nel caso del lavoratore con contratto di formazione e lavoro di durata biennale poi prorogato per altri due anni alle dipendenze dell'Inail con applicazione del CCNL di Comparto, e nel caso di tutti i supplenti della scuola pubblica assunti attraverso graduatorie permanenti - tolga ogni ragionevole dubbio sulla identità della posizione della Cassazione a Sezione unite e della Corte costituzionale con l'ordinanza pregiudiziale UE nello sforzo di risolvere in senso positivo il problema del precariato pubblico di lunga durata e di qualità non clientelare, in situazioni in cui, cioè, l'abuso contrattuale è stato commesso esclusivamente dal datore di lavoro pubblico e l'unico danneggiato senza vantaggi personali di abusivo inserimento nella pubblica amministrazione è il lavoratore non stabilizzato.

m) La Sezione lavoro della Cassazione con le sentenze del 2013 rafforza la tutela effettiva del precariato pubblico e anticipa la risposta della Corte di giustizia nella sentenza *Carratù*

D'altra parte, il problema dell'applicazione della normativa in materia di reclutamento pubblico è stato affrontato dalla Sezione lavoro della Cassazione anche riguardo agli abusi dei contratti a termine da parte di imprese pubbliche (farmacie comunali) che svolgono servizi pubblici di interesse generale e la recentissima decisione del 18 ottobre 2013 n. 23702¹³¹, invocando la direttiva

¹³⁰ Pres. Preden, Est. Napoletano.

¹³¹ Pres. Roselli, Est. Berrino. *Contra*, l'ordinanza interlocutoria n.4458/2014 del 4 dicembre 2013, depositata il 24 febbraio 2014, con cui la Sezione lavoro della Corte di cassazione (Pres.Est. Vidiri) ha rimesso alle Sezioni unite della Suprema Corte, ai sensi dell'art.374, comma 2, c.p.c. con questione di «massima rilevanza» l'estensione della sanzione della “conversione” in contratto a tempo indeterminato dei contratti a termine “nulli” stipulati da un Ente pubblico economico regionale siciliano (l'Ente autonomo Fiera del

1999/70/CE e i principi fissati dalla giurisprudenza comunitaria sulla effettività della tutela, ha riconosciuto l'applicazione anche ai datori di lavoro pubblici in forma di impresa della disciplina interna di tutela di diritto privato (nella fattispecie concreta, la legge n. 230/1962), richiamando la sentenza n. 227/2013 della Corte costituzionale.

Perfettamente in linea con questo nuovo orientamento della Cassazione di rafforzamento della tutela dei lavoratori precari nel pubblico impiego, la Sezione lavoro della Suprema Corte con la sentenza n. 26951 del 2 dicembre 2013¹³², ha confermato la pronuncia della Corte di appello di Perugia che aveva liquidato un risarcimento di dieci mensilità al lavoratore pubblico che, nel 1999 e nel 2000 (cioè in regime antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001), aveva lavorato per quattro volte con contratti a termine con una ASL e che erano risultati illegittimi.

La Corte di cassazione con la sentenza n. 26951/2013, andando in contrario avviso rispetto al precedente n. 392/2012 della stessa Corte di legittimità sull'onere della prova del danno a carico del lavoratore abusato, ha confermato il risarcimento riconosciuto dalla Corte di appello di Perugia affermando che il risarcimento è del tutto slegato dalla prova di un danno, assumendo la caratteristica propria della "sanzione"¹³³, come del resto richiesto dalla clausola 5 dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato.

Non solo, ma la distinzione tra assunzioni illegittime (perché senza concorso e per esigenze permanenti e non temporanee della pubblica amministrazione) di cui alla sentenza n. 26951/2013, da un lato, e le assunzioni a termine successive legittime (perché precedute da procedure selettive pubbliche anche per il tramite del collocamento) ma abusive perché rientranti nelle ipotesi sanzionatorie tipiche di cui all'art. 5, commi 3, 4 e 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, che danno diritto alla riqualficazione a tempo indeterminato dei contratti a termine successivi secondo le Sezioni unite nelle sentenze nn. 13796/2012 e 6077/2013, dall'altro, aiutano a reinquadrare e differenziare sul piano sistematico le tipologie sanzionatorie contro gli abusi nella successione dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego.

n) L'ignavia sul lavoro pubblico flessibile del legislatore della "grande" riforma Fornero e le precisazioni della Corte di giustizia sulla tutela effettiva riqualficatoria nella sentenza Huet

Sul fronte normativo, contestualmente alla sentenza n. 10127/2012 della Cassazione, nella legge 28 giugno 2012, n. 92¹³⁴ non vi è alcuna traccia all'art. 1, commi da 9 a 13 (cioè nella parte relativa alle modifiche della disciplina del contratto a tempo determinato) di come il legislatore italiano intenda risolvere le due procedure di infrazione promosse dall'Unione europea per mancato adeguamento alla direttiva 1999/70/CE, tra cui vi è quella su tutto il precariato scolastico. Anzi, la specifica risposta del Governo italiano al problema del precariato pubblico è nella doppia norma di indirizzo-filtro dei commi 7¹³⁵ e 8 dell'art. 1 della citata legge n. 92/2012, sulla preventiva verifica ministeriale di compatibilità e adattabilità delle regole del lavoro privato ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Mediterraneo), affermando che anche in questo caso, per ragioni di responsabilità contabile ed amministrativa, opererebbe il divieto di conversione di cui all'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001. La data della decisione in camera di consiglio non ha consentito alla Corte di legittimità di tener conto della "successiva" decisione della Corte di giustizia con l'ordinanza *Papalia* (è citata, infatti, anche se non a proposito come nella sentenza n.392/2012 della Suprema Corte, soltanto l'ordinanza *Affatato*) e la sentenza *Carratù*, ma poco comprensibilmente appare ignorato anche il precedente specifico della sentenza n. 23702/2013 sulle farmacie comunali, che avrebbe dovuto quanto meno essere segnalato per il contrasto interpretativo.

¹³² Pres. Roselli, Est. Venuti.

¹³³ «In forza di tale disposizione la sentenza impugnata ha attribuito alla lavoratrice il risarcimento del danno nella misura di dieci mensilità di retribuzione, ritenendo che tale misura fosse adeguata a compensare la ricorrente dell'ingiustizia patita e non mancando di richiamare la sentenza della Corte di giustizia europea del 7 settembre 2006, secondo cui la direttiva 70 del 1999 non osta ad una normativa nazionale che escluda la conversione in contratto a tempo indeterminato nel settore del pubblico impiego, purché tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, sanzionare un utilizzo abusivo ad una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante in tale settore. In sostanza la Corte di merito ha correttamente applicato il principio secondo cui il lavoratore che sia stato assunto illegittimamente, ha diritto ad essere risarcito per effetto della violazione delle norme imperative in materia».

¹³⁴ «Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita», pubblicata su G.U. n. 153 del 3 luglio 2012, supplemento ordinario n. 136, con entrata in vigore dal 18 luglio 2012.

¹³⁵ «7. Le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'articolo 2, comma 2 del medesimo decreto legislativo».

In tal senso, vanno apprezzate e condivise le precisazioni della VI Sezione (la stessa Sezione dell'ordinanza *Affatato*, stesso Giudice Relatore) della Corte di giustizia nella citata sentenza dell'8 marzo 2012 nella causa C-251/11 tra Martial Huet e Université de Bretagne occidentale, in merito ai termini e alle condizioni del contratto di lavoro da lui concluso con detta università, quale risultante dalla trasformazione del suo ultimo contratto di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato.

La vicenda *Huet* è molto interessante, perché, come già accennato, consente di confrontare la normativa interna – art. 5, commi 3, 4 e 4 *bis*, d.lgs. n. 368/2001 in materia di contratti a tempo determinato “successivi” – con una normativa nazionale “analoga” (rispetto quantomeno all'art. 5, comma 4 *bis*, d.lgs. n. 368/2001) come quella francese in materia di specifica misura interna idonea a prevenire gli abusi in caso di successione di contratti a termine in applicazione della clausola 5, n. 1, lett.b), dell'accordo quadro comunitario sul contratto a tempo determinato.

La Corte di giustizia nella sentenza *Huet* al punto 37, diversamente da quanto sostanzialmente “opina” una parte della giurisprudenza di merito rispetto all'art. 5, comma 4 *bis*, d.lgs. n. 368/2001 (compresa la Cassazione nella sentenza n. 392/2012), afferma: «come risulta dal punto 33 della presente sentenza e contrariamente a quanto sostiene la Commissione, la trasformazione di un contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato non può essere considerata estranea all'ambito di applicazione dell'accordo quadro (v., in tal senso, sentenza dell'8 settembre 2011, *Rosado Santana*, C-177/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 41-44). Infatti, nel caso di specie, la legge nazionale che ha indotto l'UBO a trasformare l'ultimo contratto a tempo determinato del ricorrente nel procedimento principale in un contratto a tempo indeterminato rientra effettivamente nelle misure di prevenzione di cui alla clausola 5, punto 1, lettera b), dell'accordo quadro».

In buona sostanza, laddove la legislazione nazionale abbia previsto sia la misura preventiva della durata massima complessiva dei contratti a tempo determinato (anche o soltanto) nel pubblico impiego (due anni nella normativa tedesca e in quella greca; tre anni nella legislazione italiana e in quella irlandese; sei anni nella legislazione francese), sia la “sanzione” una volta superato il limite massimo di durata, tale sanzione – trasformazione del contratto a tempo indeterminato – è parte integrante delle misure interne di recepimento della clausola 5, n. 1, lett. b), dell'accordo quadro.

o) La sentenza *Valenza* della Corte di giustizia rimanda al legislatore nazionale di favore le accuse del Consiglio di Stato di eccesso di tutela nei confronti degli ex precari dell'AGCM

Con la sentenza *Valenza* del 18 ottobre 2012 la Corte di giustizia smentisce l'interpretazione, proposta dal Consiglio di Stato nelle quattro ordinanze di rinvio pregiudiziale e confermata dalla stessa Cassazione nella sentenza n. 392/2012, in ordine al presunto divieto di conversione nel pubblico impiego nazionale come principio addirittura di rango “comunitario”, che sarebbe stato confermato dall'ordinanza *Affatato*, che, invece, nella lettura proposta in questa sede porta alla applicazione diretta della sanzione dell'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 e all'obbligo anche per le pubbliche amministrazioni di riqualificare in contratti a tempo indeterminato i rapporti di lavoro a tempo determinato che abbiano complessivamente superato la durata di trentasei mesi di servizio lavorativo svolto con mansioni equivalenti.

La Corte europea evidenzia che, secondo il Consiglio di Stato, la normativa nazionale in questione nei procedimenti principali ha consentito l'assunzione diretta di lavoratori precari in deroga alla regola del pubblico concorso per l'accesso al pubblico impiego, ma con inquadramento in ruolo nel livello iniziale della categoria retributiva, senza conservazione dell'anzianità maturata durante il rapporto a termine (punto 23 della sentenza).

Sempre secondo il Consiglio di Stato, inoltre, nel pubblico impiego vige la regola del divieto di conversione di un contratto di lavoro a tempo determinato in un contratto di lavoro a tempo indeterminato. Orbene, nell'ordinanza del 1° ottobre 2010, *Affatato* (C-3/10), la Corte avrebbe riconosciuto la legittimità di tale divieto (punto 24 della sentenza: nel corpo della sentenza è l'unico punto in cui è citata l'ordinanza *Affatato*, con un condizionale che riferisce dell'opinione del Consiglio di Stato, opinione implicitamente smentita nel corpo della decisione).

Nelle osservazioni scritte, il Governo italiano sostiene che la clausola 4 dell'accordo quadro non è applicabile ai procedimenti principali. Infatti, tale disposizione si limiterebbe a vietare qualsiasi differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo indeterminato e i lavoratori precari in costanza del rapporto di lavoro a termine. Orbene, i procedimenti principali non solleverebbero problemi attinenti alla comparazione tra queste due categorie di lavoratori, in quanto il precedente contratto di lavoro a tempo determinato sarebbe concepito dalla normativa nazionale controversa nei giudizi *a quibus* come un titolo legittimante per l'ottenimento di un contratto di lavoro a tempo indeterminato in deroga alla regola del concorso pubblico per l'accesso ai ruoli della pubblica amministrazione. Tale contratto di lavoro a tempo determinato costituirebbe dunque solo un presupposto per accedere alla speciale procedura finalizzata ad un'autonoma assunzione nell'ambito di un rapporto a tempo indeterminato del tutto sganciato dal precedente. La procedura di stabilizzazione avrebbe dunque come effetto non già la trasformazione o la conversione di contratti di lavoro a tempo determinato conclusi abusivamente in violazione della clausola 5 dell'accordo quadro in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, bensì la creazione di un nuovo rapporto di lavoro comportante l'obbligo di sostenere un periodo di prova. Parallelamente, tale stabilizzazione porrebbe fine al rapporto di lavoro a tempo determinato, con conseguente obbligo di definire tutte le situazioni pendenti e di procedere, in particolare, alla liquidazione del trattamento di fine rapporto nonché alla monetizzazione dei giorni di ferie non goduti (punto 30 della sentenza).

Secondo la Corte europea, mediante tale argomentazione, che ricalca per l'essenziale la valutazione compiuta dal Consiglio di Stato nelle odierne ordinanze di rinvio nonché nella sua sentenza del 23 febbraio 2011, n. 1138, il Governo italiano fa dunque valere, in sostanza, che la clausola 4 dell'accordo quadro è inapplicabile in situazioni quali quelle oggetto dei procedimenti principali, in quanto la differenza di trattamento lamentata dalle ricorrenti nei giudizi *a quibus*, che dal 17 maggio 2007 sono legate all'AGCM da un contratto di lavoro a tempo indeterminato, sussiste rispetto ad altri lavoratori a tempo indeterminato (punto 33 della sentenza).

Secondo la Corte di giustizia al punto 34 il semplice fatto che le ricorrenti nei procedimenti principali abbiano acquisito la qualità di lavoratrici a tempo indeterminato non esclude la possibilità per loro di avvalersi, in determinate circostanze, del principio di non discriminazione enunciato nella clausola 4 dell'accordo quadro (v. sentenza *Rosado Santana*, cit., punto 41, nonché, in tal senso, sentenza dell'8 marzo 2012, Huet, C-251/11, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 37).

Precisa la Corte di giustizia al punto 35, smentendo il collegamento proposto dal Consiglio di Stato tra le clausole 4 e 5 dell'accordo quadro comunitario, che, nei procedimenti principali, le ricorrenti mirano essenzialmente, nella loro qualità di lavoratrici a tempo indeterminato, a mettere in discussione una differenza di trattamento applicata nel valutare l'anzianità e l'esperienza professionale pregresse ai fini di una procedura di assunzione al termine della quale esse sono divenute dipendenti di ruolo. Mentre i periodi di servizio compiuti in qualità di lavoratori a tempo indeterminato verrebbero presi in considerazione ai fini della determinazione dell'anzianità e dunque per la fissazione del livello della retribuzione, quelli effettuati in qualità di lavoratori a tempo determinato non lo sarebbero, senza che, a loro avviso, vengano esaminate la natura delle mansioni svolte e le caratteristiche inerenti a queste ultime. Poiché la discriminazione contraria alla clausola 4 dell'accordo quadro, di cui le ricorrenti nei procedimenti principali si asseriscono vittime, riguarda i periodi di servizio compiuti in qualità di lavoratrici a tempo determinato, nessun rilievo presenta la circostanza che esse nel frattempo siano divenute lavoratrici a tempo indeterminato (v., in tal senso, sentenza *Rosado Santana*, cit., punto 42).

Prosegue la Corte comunitaria al punto 46 che, nella specie, consta che le ricorrenti nei procedimenti principali, beneficiarie della procedura di stabilizzazione, non hanno superato – a differenza dei dipendenti di ruolo – il concorso pubblico per l'accesso ai ruoli della pubblica amministrazione. Tuttavia, come giustamente sostenuto dalla Commissione, tale circostanza non può implicare che dette ricorrenti si trovino in una situazione differente, dal momento che le condizioni per la stabilizzazione fissate dal legislatore nazionale nella normativa controversa nei procedimenti principali, le quali concernono rispettivamente la durata del rapporto di lavoro a tempo determinato e il requisito dell'essere stati assunti a tale scopo mediante una procedura di selezione concorsuale o comunque prevista dalla legge, mirano appunto a consentire la stabilizzazione dei soli lavoratori a tempo determinato la cui situazione può essere assimilata a quella dei dipendenti di ruolo. Nelle loro

osservazioni scritte presentate alla Corte, le ricorrenti nei procedimenti principali fanno valere – come rilevato anche dalla Commissione – che le funzioni da esse esercitate in veste di dipendenti di ruolo all’esito della procedura di stabilizzazione sono identiche a quelle precedentemente esercitate nell’ambito di contratti di lavoro a tempo determinato (punto 47 della sentenza). Inoltre, risulta dai chiarimenti dello stesso Governo italiano in merito alla ragion d’essere della normativa nazionale controversa nei procedimenti principali che quest’ultima, assicurando l’assunzione a tempo indeterminato dei lavoratori impiegati in precedenza a tempo determinato, mira a valorizzare l’esperienza acquisita da questi ultimi in seno all’AGCM. Tuttavia, spetta al Giudice del rinvio effettuare le necessarie verifiche al riguardo.

In particolare al punto 69 la Corte di giustizia smentisce l’interpretazione proposta dal Consiglio di Stato sulla ordinanza *Affatato* della CGUE, dato che la clausola 5 dell’accordo quadro è priva di rilevanza al riguardo, e che inoltre le ordinanze di rinvio non forniscono alcuna informazione concreta e precisa in merito ad un eventuale utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, non vi è luogo – così come sostenuto dalle ricorrenti nei procedimenti principali – per pronunciarsi in merito all’interpretazione della clausola suddetta.

Concludono i Giudici europei rispondendo alle questioni sollevate dal Consiglio di Stato, dichiarando che la clausola 4 dell’accordo quadro, figurante quale allegato della direttiva 1999/70, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, quale quella controversa nei procedimenti principali, la quale escluda totalmente che i periodi di servizio compiuti da un lavoratore a tempo determinato alle dipendenze di un’autorità pubblica siano presi in considerazione per determinare l’anzianità del lavoratore stesso al momento della sua assunzione a tempo indeterminato, da parte di questa medesima autorità, come dipendente di ruolo nell’ambito di una specifica procedura di stabilizzazione del suo rapporto di lavoro, a meno che la citata esclusione sia giustificata da «ragioni oggettive» ai sensi dei punti 1 e/o 4 della clausola di cui sopra. Il semplice fatto che il lavoratore a tempo determinato abbia compiuto i suddetti periodi di servizio sulla base di un contratto o di un rapporto di lavoro a tempo determinato non configura una ragione oggettiva di tal genere.

p) L’Avvocatura dello Stato critica via *mail* la sentenza *Valenza* della Corte di giustizia e il Consiglio di Stato si adegua disapplicando la pronuncia della CGUE

L’Avvocatura dello Stato ha commentato criticamente “via *mail*” la sentenza *Valenza*¹³⁶, evidenziando la “fragilità” delle argomentazioni della Corte europea, che, invece, pare a chi scrive, sono totalmente condivisibili e disvelano la fragilità effettiva o l’inconsistenza totale della posizione della difesa erariale sulle misure applicabili in caso di abusi nella successione dei contratti a termine nel pubblico impiego: «La questione controversa riguarda il riconoscimento dell’anzianità maturata nel corso del rapporto a tempo determinato a favore del personale che - per un insperato beneficio di legge - è stato “stabilizzato” nei ruoli della P.A.. Con lunghe argomentazioni apparentemente logiche (ma forse paradossali), la Corte di giustizia UE (in contrasto con precedenti sentenze del Consiglio di Stato e dei giudici ordinari), ha ritenuto che tale personale abbia diritto al riconoscimento dell’anzianità pregressa perché, altrimenti, si registrerebbe una discriminazione tra personale a tempo determinato e personale a tempo indeterminato, in contrasto con le direttive comunitarie emanate in materia. Secondo la Corte di giustizia UE, non avrebbe nessun rilievo il fatto che il personale a tempo indeterminato (a differenza di quello a tempo determinato) fosse stato assunto con regolare concorso, perché la legge di stabilizzazione ha comunque equiparato il personale appartenente alle due categorie; inoltre, la diversità di trattamento non potrebbe essere giustificata in base al diverso status delle due categorie di personale, ma solo dall’analisi oggettiva delle mansioni di fatto esercitate dai dipendenti che ad esse afferiscono; infine, la Corte non ritiene necessaria nessuna indagine sui profili inerenti alla legittimità del termine apposto ai singoli contratti a tempo determinato. Mi sembra che l’iter argomentativo contenga queste premesse implicite e conduca alle seguenti conseguenze: a) il rapporto di lavoro a tempo determinato e quello a tempo indeterminato sono sostanzialmente la stessa cosa; b)

¹³⁶ Si fa riferimento alla mail-intervento scritto dall’Avvocato dello Stato A. DE STEFANO, dal titolo “*Una email per una breve riflessione: Il lavoro a tempo determinato e quello a tempo indeterminato sono la stessa cosa?* (Corte di giustizia, Sesta Sezione, sentenza 18 ottobre 2012, nelle cause riunite da C-302/11 a C-305/11)”, con pubblicazione sulla Rassegna dell’Avvocatura dello Stato, n. 4/2012, pp. 33-34.

le regole del concorso pubblico possono essere ordinariamente alterate da una scelta legislativa che trasformi i rapporti precari in rapporti di ruolo; c) nel caso di trasformazione di un rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato, la ricongiunzione dei servizi prestati ed il riconoscimento dell'anzianità pregressa spettano in ogni caso, a prescindere dalla legittimità o dall'illegittimità dell'apposizione del termine; d) i dipendenti a tempo determinato "stabilizzati" non ricevono un gratuito beneficio, ma sono piuttosto discriminati, nel caso in cui non conseguano anche il riconoscimento dell'anzianità pregressa. Si tratta di verità alle quali bisogna adeguarsi; ma personalmente continuo a nutrire qualche dubbio sulla loro fondatezza».

Il Consiglio di Stato con la sentenza del 4 novembre 2013 n. 5287, in sede di giudizio di riassunzione della causa *Valenza* non ha tenuto conto delle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia, e non ha accolto il ricorso degli *ex* precari AGCM sul riconoscimento della equiparazione professionale con i lavoratori a tempo indeterminato comparabili rispetto ai periodi di lavoro a tempo determinato. Le ragioni oggettive che giustificerebbero la discriminazione sono riscontrati dal Consiglio di Stato nella determinazione in concreto della consistente misura degli assegni *ad personam* riassorbibili (€ 1.574,10 mensili per la ricorrente *Valenza*), che secondo i Giudici amministrativi costituirebbe un effetto di quanto maturato per effetto dei periodi di servizio prestati con contratti a tempo determinato e si porrebbe in diretta correlazione con essi. Il Giudice nazionale ha torto nella soluzione del caso concreto e nell'applicazione dei principi enunciati dalla Corte di giustizia, ma ha perfettamente ragione sul piano etico. E certe volte, in casi eccezionali e in tempi così difficili, il giudizio etico, se corretto e condivisibile (come nella fattispecie), deve prevalere sulla correttezza della soluzione giuridica.

17. La rivoluzione della giurisprudenza costituzionale sul primo e unico contratto a tempo determinato per ragioni oggettive temporanee nel nuovo dialogo con la Corte di giustizia

a) La giurisprudenza "comunitaria" della Corte costituzionale nella sentenza n. 107/2013

Chiara ed elegante, molto intellegibile e di apprezzabile semplicità, esaustiva nell'esposizione di tutte le posizioni processuali contrapposte, la sentenza della Corte costituzionale¹³⁷ sulle due "nuove" questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Trani con ordinanza n. 173/2011¹³⁸ sulla clausola generale di apposizione del termine al contratto di lavoro per ragioni "sostitutive" è, a parere di chi scrive, la più importante e la migliore decisione del Giudice delle leggi sulla disciplina del contratto a tempo determinato per almeno otto ordini di considerazioni, strettamente correlate:

- la ripresa del dialogo "attivo" con la Corte di giustizia dell'Unione europea per la soluzione di problematiche interpretative interne, quando la legislazione nazionale entra nel campo di applicazione di discipline europee, optando nella giurisprudenza comunitaria per le decisioni come la sentenza *Angelidaki* e la sentenza *Sorge*, che hanno incluso anche il primo e unico contratto a tempo determinato nell'ambito della direttiva 1999/70/CE;

- il coraggio e la dignità di modificare l'approccio interpretativo alla soluzione delle questioni di costituzionalità rispetto ai numerosi citati precedenti giurisprudenziali della stessa Consulta *in subiecta materia*, che invece, più o meno esplicitamente, partivano dall'erroneo presupposto ricavato dalla sentenza *Mangold* (confermato dalle due ordinanze *Vino*) della Corte di giustizia che il primo e unico contratto a termine esulasse dalle misure antiabusive dell'accordo quadro comunitario: la sentenza n. 41 del 2000 sul *referendum* abrogativo della legge n. 230 del 1962; la sentenza n. 419 del 2000 sul salvataggio "eccezionale" della norma del 1996 in favore di Poste italiane; l'ordinanza n. 252 del 2006 sulla 1^a questione di legittimità costituzionale del diritto di precedenza dei lavoratori stagionali; la sentenza n. 44 del 2008 sulla 2^a questione di legittimità costituzionale del diritto di precedenza dei lavoratori stagionali; la sentenza n. 214 del 2009 sull'art. 1, comma 1, per ragioni sostitutive, sulla

¹³⁷ Per i primi commenti, v. L. MENGHINI, *Riprende il dialogo tra le Corti superiori: contratto a termine e leggi retroattive*, su RGL, 2013, 4, p. 425 ss.; V. DE MICHELE, *L'interpretazione comunitaria della Corte costituzionale sulla "nuova" disciplina del contratto a termine*, su LG, 2013, n. 8-9, p. 813 ss.; S. GALLEANO, *Sul sostitutivo – Sentenza 107 del 29.05.13 – la Consulta si adegua alla giurisprudenza di legittimità e rivede la 214/09, ma con qualche precisazione per la Corte di Cassazione*, su www.studiogalleano.it; nonché in *Dir. pratica lav.*, 2013, 27, p. 1745 ss., con nota di G. SPOLVERATO.

¹³⁸ Cfr. V. DE MICHELE, *La Relazione del Massimario della Cassazione rievoca i "fantasmi" della l. n. 230/1962 sul contratto a termine*, cit., p. 287.

causale finanziaria Poste dell'art. 2 comma 1-*bis*, nonché sull'art. 4-*bis* d.lgs. n. 368 del 2001; le due ordinanze nn. 325 del 2009 e 65 del 2010 che confermano la posizione della Consulta nella sentenza n. 214 del 2009 sul sostitutivo Poste, rigettando con secca decisione – l'ordinanza n. 65/2010 - la diversa interpretazione della Cassazione sul sostitutivo Poste; infine, la sentenza n. 303 del 2011 e l'ordinanza n. 112 del 2012 sulla dichiarata legittimità costituzionale dell'art. 32 commi 5, 6 e 7 legge n. 183 del 2010;

- la rivalutazione del diritto “vivente” della Cassazione, quando l'orientamento del Giudice della nomofilachia si sia mosso nel solco di una interpretazione comunitariamente orientata della disciplina interna, come nelle citate sentenze nn. 12985 del 2008, 2279 del 2010 e 10033 del 2010, “confermate” dalle tre pregevoli ordinanze n. 15560-15561-16980/2013¹³⁹, con cui per la prima volta anche la Corte di legittimità ha sollevato la pregiudiziale UE *ex art. 267 TFUE* sulla compatibilità della direttiva 1999/70/CE con la disciplina interna sul lavoro nautico;

- la svalutazione del diritto “vivente” della Cassazione, quando l'orientamento del Giudice di legittimità abbia trascurato o rifiutato il confronto con la giurisprudenza comunitaria (sentenze nn. 1576 e 1577 del 2010 e giurisprudenza successiva costante sul sostitutivo Poste), arrivando al punto di citarla a sostegno dopo averla non coerentemente interpretata (sentenza n. 21901 del 2010 sul sostitutivo Poste, che cita a conforto la sentenza *Sorge* della CGUE; sentenze nn. 392 del 2012 e 10127 del 2012 sul precariato pubblico, che richiamano e “applicano” l'ordinanza *Affatato* e le sentenze *Angelidaki* e *Küçük* della Corte europea), per la necessità di determinare soluzioni “finali” negative per la tutela dei diritti dei lavoratori “pubblici” e asseritamente salvifiche per le notoriamente asfittiche finanze erariali;

- la valorizzazione dell'interpretazione adeguatrice e sistematica¹⁴⁰ della nuova disciplina quando la normativa interna recepisca una direttiva sociale europea con clausola di non regressione rispetto alla legislazione precedente abrogata;

- il significativo riconoscimento e rafforzamento del ruolo del Giudice del merito della controversia, nel quadro di ricostruzione sistematica di compatibilità comunitaria della normativa interna delineato dalla Corte di giustizia, dalla Corte costituzionale e dalla Cassazione, senza pretendere di trasformare l'individuazione di dati oggettivi utili per la decisione in soluzioni “di diritto” applicabili in via generale a migliaia o decine di migliaia di casi analoghi;

- il rispetto e la valorizzazione della funzione giurisdizionale dell'Avvocatura del libero foro e dell'attività defensionale dei lavoratori nelle controversie davanti alla Consulta in cui parte datoriale è lo Stato o la sua impresa pubblica, ridimensionando argomentazioni e ricostruzioni normative e giurisprudenziali “di comodo” o lacunose o contraddittorie proposte dalla difesa erariale;

- la riscoperta e l'applicazione integrale del principio di uguaglianza e non discriminazione di cui all'art. 3 Cost. anche nei confronti dello Stato pubblico imprenditore, rivedendo quelle posizioni interpretative di favore che avevano caratterizzato precedenti posizioni interpretative *in subiecta materia*, in cui l'eccezionalità del processo di trasformazione in società per azioni (sentenza n. 419 del 2000), la maggiore flessibilità lavorativa introdotta dalla causale finanziaria legata all'espletamento del servizio postale universale (sentenza n. 214 del 2009) e la salvaguardia del posto di lavoro stabile e senza concorso alle dipendenze di un'impresa pubblica, a fronte del sacrificio imposto dall'art. 32 commi 5, 6 e 7 l. n. 183 del 2010 al risarcimento del danno e alla ricostruzione contributiva e professionale del rapporto a termine conseguente alla conversione (sentenza n. 303 del 2011 e ordinanza n. 112 del 2012) hanno rappresentato le giustificazioni per un trattamento differenziato rispetto alle altre imprese e ai lavoratori delle imprese private.

Alla luce di queste considerazioni, la sentenza n. 107 del 2013 del Giudice delle leggi costituisce la migliore espressione, sul piano tecnico-giuridico ed etico-istituzionale, di un nuovo dialogo “comunitario” tra Corte costituzionale e Corte di giustizia da un lato, tra Corte costituzionale, Cassazione e Giudici di merito dall'altro.

¹³⁹ Cass., Sez.lav., 20 giugno 2013, nn. 15560 e 15561, e 9 luglio 2013, n. 16980.

¹⁴⁰ Per un approfondimento della tecnica giurisprudenziale dell'interpretazione adeguatrice, sistematica e comunitariamente orientata della giurisprudenza di merito, cfr. L. RAFFAELE, *In attesa della Consulta, la Giurisprudenza di merito riafferma l'interpretazione comunitaria sui contratti a termine*, in *LG*, 2009, p. 484 ss., che sembra anticipare anche in riferimento alla causale finanziaria dell'art. 2, comma 1-*bis* d.lgs. n. 368 del 2001 quella soluzione che la Corte costituzionale non fornirà nella sentenza n. 214 del 2009, ma a distanza di quasi quattro anni nella sentenza in commento.

b) La Corte costituzionale italiana supera la Corte tedesca di Karlsruhe nel dialogo alla pari e senza censure con la Corte di giustizia

L'aspetto più rilevante della decisione della Corte costituzionale è quello "politico-giuridico" sul piano sovranazionale, perché con naturale autorevolezza il Giudice delle leggi nazionali riesce a superare le criticità della sentenza *Mangold* della Corte di giustizia, senza esprimere neanche una censura nei confronti del Giudice comunitario, che pure l'aveva ampiamente meritata sul piano interpretativo tanto da suscitare prese di posizione negative da quasi tutti gli Avvocati generali¹⁴¹.

L'atteggiamento della Consulta nei confronti della Corte europea appare di cooperazione bilaterale e non di semplice rispetto o tolleranza delle reciproche competenze, diversamente da quanto ha fatto la Corte costituzionale tedesca, con la (pur) bella ordinanza del 26 agosto 2010 nella causa *Mangold/Urteil*¹⁴². La Corte di Karlsruhe aveva evidenziato che il problema della compatibilità del diritto dell'Unione europea con i principi fondamentali dello Stato nazionale tedesco si ponesse solo in caso di grave violazione delle competenze attribuite, concedendo dichiaratamente margini di errori interpretativi alla Corte di giustizia e, dunque, esplicitando da un lato che la sentenza *Mangold* era viziata, dall'altro che gli errori *ultra vires* possono essere comunque deliberati e cancellati dalle Corti costituzionali.

La Corte costituzionale italiana, invece, ammette con la decisione in commento che con le sentenze *Angelidaki* e *Sorge* la Corte europea ha operato un *revirement* rispetto alla *Mangold*, estendendo il campo di applicazione delle misure antiabusive dell'accordo quadro comunitario al primo e unico contratto a termine, e, coerentemente, revisiona la propria opzione interpretativa espressa sulla riforma del 2001 nella sentenza n. 214 del 2009 sul punto controverso della applicazione della direttiva 1999/70/CE solo ai contratti successivi al primo.

Il quadro interpretativo della disciplina interna del contratto a tempo determinato appare completamente diverso nella sentenza del 2013, illuminato dal dialogo a distanza con la Corte di giustizia e da un approccio pretorio e non di Giudice di ultima istanza da parte della Corte costituzionale.

c) Il dialogo della Corte costituzionale con l'Avvocatura del libero foro nella costruzione di una fase ascendente comune di ricostruzione dell'interpretazione comunitaria sulla tutela dei diritti

Infatti, liberandosi della opprimente necessità di contemperare le esigenze di contenimento della spesa pubblica con la tutela dei diritti fondamentali sul contenzioso seriale delle pubbliche amministrazioni anche in forma imprenditoriale¹⁴³, privilegiando le prime a esclusivo sacrificio dei secondi in applicazione quasi automatica dell'art. 81 Cost. nella precedente formulazione, la Corte costituzionale all'udienza pubblica del 27 marzo 2013 ha mostrato un apprezzabile atteggiamento di ascolto e di dialogo nei confronti dell'Avvocatura del libero foro¹⁴⁴, che, come anticipato, trova ampio riscontro nella descrizione dettagliata della posizione delle parti processuali nella sentenza n. 107 del 2013.

Senza dubbio, il diverso comportamento "processuale" tenuto sulla stessa questione dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368 del 2001 per ragioni sostitutive sia davanti alla Corte di giustizia nella causa *Sorge* C-98/09 sia nei due giudizi in Corte costituzionale definiti dalle sentenze nn. 214 del 2009 e 107 del 2013 dalle parti private (i lavoratori), dallo Stato italiano e da Poste italiane, sotto il profilo della lealtà alle Istituzioni giudiziarie nazionali, può avere avuto un peso nella ponderazione degli interessi in gioco e nel nuovo percorso argomentativo intrapreso dalla Consulta nella 2ª decisione.

E' poco probabile, infatti, che la Corte costituzionale abbia apprezzato positivamente i continui

¹⁴¹ V. le conclusioni dell'Avvocato generale Colomer nelle cause riunite *Michaeler*, C-55/07 e C-56/07; dell'Avvocato generale Geelhoed nella causa *Chacón Navas* C-13/05; dell'Avvocato generale Sharpston nella causa *Bartsch* C-427/06; dell'Avvocato generale J. Mazák nella causa C-388/07; dell'Avvocato generale Kokott nella causa *Gambazzi* C-394/07.

¹⁴² Corte cost. tedesca, Sez. II, 26 agosto 2010, causa *Mangold/Urteil*. Sul punto cfr. V. DE MICHELE, *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro nazionale: un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, in *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit.

¹⁴³ Si rimanda a V. DE MICHELE, *Nuovamente alla Consulta il passaggio del personale ATA dagli Enti locali allo Stato*, cit., p. 1136 ss.

¹⁴⁴ V. le registrazioni audiovisive dell'udienza pubblica del 27 marzo 2013, proposte sull'ottimo sito istituzionale della Consulta in www.cortecostituzionale.it.

valzer delle tesi delle due difese erariali nei due giudizi davanti alla stessa Consulta e nel giudizio davanti alla Corte di giustizia, di cui il Giudice delle leggi nazionali ha avuto modo di leggere gli atti processuali delle parti costituite in sede europea e la “diversità” di impostazione difensiva di chi dovrebbe difendere la correttezza e coerenza delle scelte legislative interne.

Non appare casuale, peraltro, che l’Avvocatura dello Stato non abbia depositato nel 2° giudizio di costituzionalità la memoria conclusiva in prossimità dell’udienza di discussione, dopo aver preso atto che le osservazioni scritte della difesa statale depositate a Lussemburgo nell’agone europeo erano state allegate dal lavoratore nella incidentale causa che la Consulta ha deciso con la sentenza n. 107 del 2013.

D’altra parte, nella sentenza n. 214 del 2009 la Corte costituzionale aveva accolto la tesi dell’Avvocatura generale dello Stato, come peraltro riportato al punto 6 nella parte narrativa della sentenza, assunta nella memoria illustrativa sulla questione sollevata dal Tribunale di Roma¹⁴⁵ e ribadita nelle osservazioni scritte depositate il 16 luglio 2009 (successivamente al deposito della sentenza n. 214 del 2009) nel giudizio *Sorge* davanti alla Corte di giustizia: la difesa erariale ha rilevato che «se si appone il termine “per ragioni sostitutive”, queste vanno “specificate”. Ed è evidente che tali ragioni non possono considerarsi specificate, che significa esposte in modo dettagliato e verificabile, e non soltanto enunciate in maniera generica, se il contratto non indica chi e perché il lavoratore assunto a termine deve sostituire».

Del tutto singolare, inoltre, è l’evoluzione difensiva di Poste italiane che, nelle osservazioni scritte nella causa C-98/09 *Sorge* davanti alla Corte di giustizia, depositate dopo la discussione delle questioni di legittimità innanzi alla Corte costituzionale all’udienza del 23 giugno 2009 nel giudizio definito dalla sentenza n. 214 del 2009, ha cambiato radicalmente orientamento rispetto al d.lgs. n. 368 del 2001, che non è più una normativa che mirava alla liberalizzazione del contratto a termine, come sostenuto davanti al Giudice delle leggi nazionali.

Addirittura, secondo la nuova linea difensiva della impresa pubblica in Corte di giustizia, la riforma del 2001 avrebbe globalmente incrementato il livello di tutele proprio dei lavoratori (punto 25 delle osservazioni scritte), e la soluzione sulle ragioni sostitutive, completamente diversa da quella prospettata innanzi alla Corte costituzionale e nei giudizi in Cassazione, è del tutto in linea con quella dell’Avvocatura generale dello Stato, con specifico richiamo e condivisione della sentenza n. 12985 del 2008 della Cassazione, come precisato ai punti 18-23 delle osservazioni scritte nel giudizio davanti alla Corte comunitaria.

Né ha apportato maggior contributo in termini di lealtà processuale l’eccezione di Poste italiane sul difetto di rilevanza della questione di legittimità costituzionale, per inesistenza di un “diritto vivente” della Cassazione sulle esigenze sostitutive esclusivamente per la grande impresa pubblica, trattandosi di “due sole” sentenze favorevoli della Suprema Corte nn. 1576 e 1577 del 2010.

Seccamente la Corte costituzionale ha rigettato l’eccezione, «perché la giurisprudenza di legittimità, come dimostrano una serie di decisioni della Corte di cassazione, sezione lavoro, tutte dello stesso segno (dalle sentenze 26 gennaio 2010, n. 1576 e n. 1577 alla sentenza 11 febbraio 2013, n. 3176), si è ormai fermamente attestata sulle posizioni censurate dal giudice a quo, così da assumere i caratteri di un vero e proprio diritto vivente».

E’ un diritto vivente un po’ decadente e privo di effettività nomofilattica quello che si limita ad individuare degli elementi di fatto utili (ma non esaustivi) ai fini della individuazione del lavoratore sostituito e non nominato. La nomofilachia è altra cosa, evidentemente, perché «limitarsi a richiedere, in caso di assunzioni per esigenze sostitutive l’area geografica di operatività, la qualifica di appartenenza (senza alcun riferimento allo specifico settore di operatività) e limitare il controllo giudiziale al raffronto tra assenti (a tempo indeterminato) e assunti (a tempo determinato) significa consentire all’azienda di assumere una quota “fissa” di lavoratori “precari” destinati a sostituire in pianta stabile le ordinarie assenze del personale dovute a ferie, malattia, maternità, ecc... »¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Sull’identica questione sollevata dal Tribunale di Trani, la difesa erariale sostiene, invece, che non c’è bisogno di indicare il nominativo del lavoratore sostituito, per ragione di *privacy* e riservatezza (!), ma che comunque l’esigenza di specificità della motivazione delle ragioni sostitutive era soddisfatta con l’indicazione (necessaria) della causa della sostituzione, per supportare la legittimità costituzionale della norma.

¹⁴⁶ Punto 2.1 della sentenza in commento.

d) La sentenza n. 107/2013 della Corte costituzionale e la soluzione della Corte di giustizia nella causa *Sorge* sul contratto a termine per ragioni sostitutive di Poste

Peraltro, la Corte costituzionale nella sentenza *Mizzi*¹⁴⁷ riprende le considerazioni (non solo le argomentazioni della difesa del lavoratore, ma soprattutto quelle che ha espresso) dell'Avvocato generale della Corte di giustizia Jääskinen al punto 43 delle conclusioni scritte nella causa *Sorge* C-98/09, in merito alla soppressione dell'obbligo di indicare il nominativo del lavoratore sostituito e la causa della sostituzione: «In primo luogo, rileverei che, a mio avviso, una riforma del genere costituisce in assoluto una *reformatio in peius* del livello di tutela dei lavoratori che stipulano contratti di lavoro a tempo determinato. L'obbligo di menzionare il nome del lavoratore sostituito aumenta le possibilità tanto dei lavoratori, quanto dei sindacati di controllare che le disposizioni limitative che sono applicabili a siffatti contratti siano rispettate dal datore di lavoro. Per di più, l'inesistenza di tale obbligo può consentire ai datori di lavoro aventi un ampio organico di dipendenti di disporre di una flessibilità più elevata per quanto concerne i contratti di sostituzione. Infatti, non è più necessario in tal caso avere un'esatta corrispondenza fra i periodi di assenza e quelli di sostituzione di lavoratori identificati con il loro nome, ma è sufficiente avere un preciso bilancio equilibrato fra il numero delle assenze e il numero delle sostituzioni. La soppressione di tale obbligo può agevolare l'uso da parte di detti datori di lavoro dei contratti a tempo determinato per garantire sostituzioni, mentre altrimenti potrebbero dover disporre di una riserva di membri del personale, beneficiari di contratti a tempo indeterminato, per le ferie, i congedi di malattia e tutte le altre cause di assenza ampiamente prevedibili».

La Corte di giustizia con la sentenza *Sorge* ha coerentemente e condivisibilmente rimesso al Giudice nazionale l'interpretazione adeguatrice della norma interna, nel caso di rilevato permanente contrasto della clausola generale per esigenze sostitutive con il diritto dell'Unione europea, senza entrare nel merito (anzi ignorandone l'esistenza) di un evidente contrasto giurisprudenziale tra le Corti superiori nazionali¹⁴⁸ (richiamate solo dall'Avvocato generale Jääskinen nella nota 14 delle osservazioni scritte) e senza neanche descrivere tutta la normativa interna di recepimento, trascrivendo, invece¹⁴⁹, e questo è molto significativo, tutta la disciplina dell'accordo quadro comunitario, compresa la clausola 4 sul principio di parità e di non discriminazione e la clausola 5 sulle misure preventive e successive, su cui il Tribunale di Trani non aveva sollevato problemi interpretativi nell'ordinanza di remissione.

La CGUE ha risolto anche il problema “interno” sul primo e unico contratto a tempo determinato, che rientra nel campo di applicazione dell'accordo quadro ai sensi delle clausole 2 e 3 della stessa intesa e, in conseguenza, della clausola di non regresso, come già affermato nella sentenza *Angelidaki*. Inoltre, il Giudice europeo corregge l'errore ricostruttivo dell'Avvocato generale, osservando «che, ai sensi dell'art. 1 n. 2 d.lgs. n. 368 del 2001, il contratto a tempo determinato deve avere forma scritta e deve specificare le ragioni del ricorso a tale contratto. Qualora così non fosse, l'indicazione della data di scadenza del contratto sarà priva di effetto. La legge n. 230/1962 si limitava a stabilire che la durata del contratto dovesse risultare da atto scritto, senza indicazione della ragione oggettiva della conclusione di tale contratto, salvo in caso di sostituzione di un lavoratore assente e per il quale sussistesse il diritto alla conservazione del posto» (sentenza *Sorge*, punto 45).

In definitiva, la non fondatezza delle due questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368 del 2001 per esigenze sostitutive sollevate dal Tribunale di Trani nella sentenza della Corte costituzionale in commento è la diretta conseguenza del fatto che il Giudice delle leggi si è perfettamente coordinato con la sentenza *Sorge* della Corte di giustizia, che ha fatto venir meno i due “erronei” (così l'*abstract* ufficiale della sentenza n. 107/2013) presupposti interpretativi da cui era

¹⁴⁷ Le sentenze della Corte di giustizia nelle cause pregiudiziali vengono normalmente individuate attraverso il “*nomen*” del ricorrente nel giudizio principale, che di solito è la parte processuale “debole” soprattutto quando la parte resistente è lo Stato. Le esigenze di riservatezza o di *privacy* sono giustamente sacrificate al rafforzamento del contraddittorio che il soggetto debole attraverso la sua identificazione ha ricevuto nell'agone europeo, dove la parità delle armi processuali è un valore imprescindibile. Sarebbe opportuno che analogo trattamento venga riconosciuto anche nei giudizi davanti alle Corti superiori nazionali in cui i principi affermati nella controversia abbiano una *Valenza* ed un interesse generali per una pluralità significativa di soggetti meno protetti e, in particolare, nel contenzioso seriale contro le Pubbliche Amministrazioni. *Mizzi* è il *nomen* del lavoratore ricorrente nel giudizio principale deciso dalla sentenza in commento. La Corte costituzionale ha identificato la sentenza *Sorge* soltanto con la data di deposito della sentenza del 24 giugno 2010 e con il numero C-98/09 della causa.

¹⁴⁸ Corte cost. n. 214 del 2009, da un lato; Cass. nn. 1576 e 1577/2010, dall'altro.

¹⁴⁹ A differenza dell'Avvocato generale che sintetizza il contenuto delle clausole.

partito il Giudice del rinvio costituzionale nel sospettare la violazione dell'art. 77 Cost. per assenza di delega in riferimento al "diritto vivente" della Cassazione sul sostitutivo Poste e la violazione del principio di uguaglianza dell'art. 3 Cost. nella discriminante tra piccole e grandi imprese: il primo e unico contratto a tempo determinato entra nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE se l'ordinamento interno ha scelto come misura preventiva unica (fino al 1° aprile 2009, con l'entrata in vigore a regime dell'art. 5 comma 4-*bis* d.lgs. n. 368 del 2001) quella delle ragioni oggettive sin dal 1° rapporto a termine applicabile a tutte le imprese, a prescindere dalle dimensioni aziendali e dalla "natura" pubblica o privata del datore di lavoro.

L'interpretazione dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368 del 2001 della Corte costituzionale nella sentenza n. 214 del 2009 era chiara ma errata perché priva della verifica di compatibilità comunitaria, riportando l'orologio del tempo del diritto, sostanzialmente, alla tassatività delle ipotesi di cui alla l. n. 230 del 1962 ormai abrogata (nella conclusione della causa *Sorge* l'Avvocato generale Jääskinen al punto 68 scriverà di una «resurrezione fra i morti»): «l'onere di specificazione impone che, tutte le volte in cui l'assunzione a tempo determinato avvenga per soddisfare ragioni di carattere sostitutivo, risulti per iscritto anche il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione....al fine di assicurare la trasparenza e la veridicità della causa dell'apposizione del termine e l'immodificabilità della stessa nel corso del rapporto».

e) La Corte costituzionale nella sentenza n. 107/2013 risolve, attraverso il comune obbligo di specificità rigorosa delle ragioni oggettive temporanee per tutte le imprese grandi e piccole, il contrasto con la giurisprudenza di favore della Cassazione sul sostitutivo Poste

In netta contrapposizione con la sentenza n. 214 del 2009 della Corte costituzionale la Suprema Corte di cassazione nelle due sentenze nn. 1576 e 1577 del 2010 ha "interpretato" e limitato la decisione della Consulta, rivendicando comunque il proprio ruolo di nomofilachia autentica delle norme nazionali, e, sulle ragioni sostitutive, ha finto di condividere il contesto argomentativo della decisione del Giudice delle leggi, per creare subito dopo una incomprensibile deroga per le grandi imprese e, nello specifico, per Poste: per la grande impresa pubblica (e per le grandi imprese in generale) individuare il nominativo del lavoratore sostituito diventa troppo oneroso, per cui le esigenze sostitutive si trasformano in esigenze aziendali (c'è un evidente *lapsus* nel trascrivere le ragioni della clausola generale, laddove le esigenze sostitutive diventano letteralmente "aziendali") e organizzative.

Ad avviso della Suprema Corte, in una situazione aziendale complessa (quale quella di Poste italiane), il carattere della specificità può ritenersi soddisfatto non già con l'indicazione nominativa del lavoratore sostituito, ma con la verifica di elementi ulteriori (quali l'ambito territoriale, il luogo della prestazione lavorativa, le mansioni dei lavoratori da sostituire, il diritto degli stessi lavoratori alla conservazione del posto di lavoro) che consentano di determinare il numero dei lavoratori da sostituire, ancorché non identificati nominativamente. Appare evidente che limitarsi a richiedere, in caso di assunzioni per esigenze sostitutive l'area geografica di operatività, la qualifica di appartenenza (senza alcun riferimento allo specifico settore di operatività) e limitare il controllo giudiziale al raffronto tra assenti (a tempo indeterminato) e assunti (a tempo determinato) significa consentire all'azienda di assumere una quota "fissa" di lavoratori "precari" destinati a sostituire in pianta stabile le ordinarie assenze del personale dovute a ferie, malattia, maternità, ecc...

Qual è, allora, il contenuto di specificità "consentito" delle ragioni sostitutive, se fosse consentito al datore di lavoro per ragioni di complessità aziendale non indicare il nominativo del lavoratore sostituito?

D'altra parte, dal dato formale dei contratti Poste per ragioni sostitutive non emerge mai (neppure con un'analisi "sistemica") il numero dei lavoratori sostituiti, che rappresenta secondo la Suprema Corte nelle sentenze nn. 1576-1577 del 2010 l'elemento essenziale per il rispetto dell'art. 1 commi 1 e 2 d.lgs. n. 368 del 2001 per ragioni sostitutive.

In realtà, vi è un argomento testuale normativo nel d.lgs. n. 368 del 2001 che conferma sul piano logico-sistematico la permanenza dell'obbligo di indicare specificamente il nominativo del lavoratore sostituito e la causa della sostituzione e rende più efficace l'argomentazione dell'Avvocato generale nelle conclusioni della causa *Sorge* al punto 43 (cit.). Infatti, vi sono nel decreto del 2001 degli

specifici rinvii alle fattispecie già disciplinate dalla abrogata legge n. 230 del 1962, connotate in tutta evidenza da esigenze eccezionali e transitorie o temporanee o sul piano “fattuale” o, come tali, individuate dal legislatore: «Inoltre un rinvio alle fattispecie già disciplinate dalla legge n. 230 cit., è contenuto nella disposizione che individua le ipotesi in cui non operano limitazioni quantitative, e cioè nel caso di avvio di nuove attività, per ragioni di carattere sostitutivo e di stagionalità, per specifici spettacoli ovvero programmi radiofonici o televisivi; ed infine per l’assunzione di lavoratori *ultra* 55enni [art. 10, comma 7, lett. a), b), c), d), come modificato dalla legge n. 247, cit.]»¹⁵⁰. In definitiva, i contratti a tempo determinato stipulati per ragioni sostitutive sono esclusi dall’applicazione delle limitazioni quantitative previste dalla contrattazione collettiva, ai sensi dell’art. 10, comma 7, lett. b d.lgs. n. 368 del 2001 per la natura intrinsecamente eccezionale della causa legittimante, necessariamente legata alla sostituzione di un solo lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro, per tutta la durata (e limitatamente alla durata) dell’assenza.

Ciò ha trovato preciso riscontro anche nella contrattazione di settore, perché sia l’art. 22 C.C.N.L. dell’11 luglio 2003 sia l’art. 24 C.C.N.L. dell’11 luglio 2007 per i dipendenti di Poste italiane s.p.a., che ribadiva l’eccezionalità del contratto a termine rispetto a quello indeterminato, ha previsto specifiche ragioni di apposizione del termine per esigenze tecniche, produttive o organizzative, ai fini dei limiti quantitativi (8% su base regionale di utilizzo), con esclusione dei rapporti a tempo determinato per ragioni sostitutive, per i quali la clausola di contingentamento non opera *ex lege*.

Un ulteriore elemento normativo testuale sulla necessità “ontologica” di indicare il nominativo del lavoratore sostituito quando la causa dell’apposizione del termine siano le ragioni “sostitutive” lo si ritrova nell’art. 4, comma 1¹⁵¹, d.lgs. n. 151 del 2001, nel testo modificato dall’art. 1, d.lgs. n. 115 del 2003, norma peraltro espressamente citata nell’art. 27, comma 3, CCNL per i dipendenti di Poste italiane del 2007. In definitiva, in materia di congedi parentali l’art. 1, comma 2, lett. b l. n. 230 del 1962 è richiamato nella sua originaria “causale sostitutiva” e nella sua originaria formulazione, senza che possa essere considerato superato dall’art. 1 comma 1 d.lgs. n. 368 del 2001 e dalla clausola generale, nel testo dell’art. 4, comma 1, d.lgs. n. 151 del 2001 modificato, successivamente al d.lgs. n. 368 del 2001, dall’art. 1 d.lgs. n. 115 del 2003.

La fattispecie delle ragioni sostitutive per maternità e puerperio è stata affrontata anche dalla Corte di giustizia nella sentenza *Kücük*, dove la legislazione tedesca non prevede, come già anticipato, di specificare il nominativo del lavoratore da sostituire e/o la causa della sostituzione: l’importante è che la sostituzione sia effettiva di un (unico) lavoratore assente per congedi parentali con diritto alla conservazione del posto di lavoro, fino al punto da ammettere la possibilità di sostituzioni consecutive.

Non è, dunque, un problema di “resurrezione tra i morti” di norme in un primo tempo abrogate, quanto piuttosto di “serietà” e coerenza del legislatore interno, in quanto l’art. 1, comma 2, lett. b, legge n. 230 del 1962, sull’obbligo di indicare il nominativo del lavoratore da sostituire e la causa della sostituzione nel contratto a termine per ragioni “sostitutive”, ripreso dalla normativa successiva al d.lgs. n. 368 del 2001, è coesistente alla ragione di apposizione del termine perché ne connota la eccezionalità del ricorso con l’individuazione del nominativo del lavoratore sostituito, per evitarne il potenziale uso fraudolento.

A tal proposito, non va dimenticato che, per sottolineare la “tipicità” e la eccezionalità del ricorso alle esigenze sostitutive per giustificare l’apposizione del termine contrattuale, in materia di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni¹⁵² l’art. 36, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001, nel testo in vigore dal 1° gennaio 2008 fino al 24 giugno 2008 (modifiche introdotte dall’art. 3, comma 79, legge n. 244 del 2007), prevedeva testualmente sull’utilizzo dei contratti di lavoro flessibile: «1. Le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo

¹⁵⁰ V. D. GAROFALO, *Riforma e controriforma della disciplina del contratto a termine*, in *Il contratto a termine nel lavoro pubblico e privato*, (a cura di) M. D’ONGHIA-M. RICCI, Milano, 2009, p. 90.

¹⁵¹ «1. In sostituzione delle lavoratrici e dei lavoratori assenti dal lavoro, in virtù delle disposizioni del presente testo unico, il datore di lavoro può assumere personale con contratto a tempo determinato o utilizzare personale con contratto temporaneo, ai sensi, rispettivamente, dell’articolo 1, secondo comma, lettera b), della legge 18 aprile 1962, n. 230 e dell’articolo 1, comma 2, lettera c), della legge 24 giugno 1997, n. 196, e con l’osservanza delle disposizioni delle leggi medesime».

¹⁵² Poste italiane s.p.a., come impresa pubblica che la stessa Commissione europea ha individuato quale organismo di diritto pubblico, ha sempre operato “nel limite” di convenienza economica tra la natura “pubblica” dell’organizzazione” e la vocazione “privata” dell’attività di impresa, essendo peraltro il personale in servizio ancora assoggettato al sistema di contribuzione e previdenziale del pubblico impiego.

indeterminato e non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi, fatte salve le sostituzioni per maternità relativamente alle autonomie territoriali. Il provvedimento di assunzione deve contenere l'indicazione del nominativo della persona da sostituire».

Allora, se vi sono tutte queste evidenze anche normative che potevano indurre la Corte costituzionale a ritenere precettivo l'obbligo di indicare il nominativo del lavoratore da sostituire in caso di contratto a tempo determinato per ragioni "sostitutive", perché la Consulta non è stata consequenziale con i suoi precedenti e non ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368 del 2001 *in parte qua* ed ha finto, addirittura, l'inesistenza di un contrasto interpretativo sul punto con le sentenze della Cassazione?

La risposta è molto semplice: non vi erano (più) i presupposti interpretativi che avevano reso coerente la decisione n. 214 del 2009 del Giudice delle leggi e, quindi, mancavano i parametri costituzionali che avrebbero dovuto sorreggere, ove ammissibile, una declaratoria di incostituzionalità di una nuova disposizione per ripristinare quella abrogata.

Senza dubbio, vi era il precedente del diritto di precedenza dei lavoratori stagionali (art. 23 comma 2 legge n. 56 del 1987), che era stato ripristinato dalla sentenza n. 44 del 2008 della Consulta per assenza di delega e violazione dell'art. 77 Cost., ma non si trattava (più) delle stesse condizioni di ammissibilità del potere rescissorio del Giudice delle leggi, per tre ordini di motivi:

- innanzitutto, la sentenza n. 44 del 2008 è stata pronunciata dopo la reintroduzione dal 1° gennaio 2008 del diritto legale di precedenza dei lavoratori stagionali con l'art. 5, comma 4-ter, d.lgs. n. 368 del 2001, anche se la nuova disposizione non è identica rispetto a quella abrogata e ripristinata dalla Corte costituzionale, che non fa menzione del nuovo regime;

- in secondo luogo, l'aver seguito come nuova "consulenza tecnica d'ufficio" comunitaria sul campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE la sentenza *Sorge* (e la sentenza *Angelidaki*; e prima di esse, la sentenza n. 12985/2008 della Cassazione) e non (più) la sentenza *Mangold*, esclude *a priori* ogni rilievo alla (inesistente) violazione dell'art. 77 Cost., avendo già verificato la Corte di giustizia nella decisione sull'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368 del 2001 la compatibilità della nuova disposizione interna con l'accordo quadro;

- infine e in conseguenza dell'adozione della soluzione della sentenza *Sorge*, la Corte costituzionale non poteva non essere sensibile a quell'invito a non ripristinare norme abrogate, che l'Avvocato generale aveva icasticamente espresso e che la Corte europea ha ripreso nella decisione.

La sentenza *Sorge*, infatti, chiarisce al punto 52 che l'obbligo per il Giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di un accordo quadro nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di irretroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale e, richiamando le conclusioni al punto 68 dell'Avvocato generale, il principio di interpretazione conforme non può affatto portare a rendere applicabili norme nazionali che non siano formalmente valide e pertinenti tanto *ratione materiae* quanto *ratione temporis* (sentenza *Sorge*, punto 54).

Dei due parametri costituzionali invocati dal Tribunale di Trani nella analitica ordinanza di rinvio l'unico ammissibile, dunque, oltre che potenzialmente fondato era quello dell'art. 3 Cost., per la flagrante violazione del principio di uguaglianza e non discriminazione tra piccole o grandi imprese ai fini del contenuto motivazionale delle ragioni sostitutive.

Sul punto, però, la Corte costituzionale nega la violazione perché nega la fondatezza del (falso) presupposto giuridico da cui è partita la Cassazione nelle sentenze nn. 1576 e 1577 del 2010, cioè che la complessità aziendale possa costituire un *discriminen* nell'obbligo di rigorosa motivazione delle ragioni di apposizione del termine, consentendone una notevole attenuazione e una maggiore flessibilità in favore delle grandi imprese.

Sotto questo profilo la motivazione della Consulta rappresenta la parte più importante e "riformatrice" della prima sentenza "comunitaria" del Giudice delle leggi sulla disciplina del contratto a tempo determinato: «Non è, infatti, ravvisabile alcuna discriminazione dei lavoratori subordinati assunti a termine per esigenze sostitutive da imprese di grandi dimensioni rispetto a quelli assunti alle dipendenze di piccole imprese. In entrambi i casi, in applicazione della medesima regola, il datore di

lavoro deve sempre formalizzare rigorosamente per iscritto le ragioni sostitutive nella lettera di assunzione a tempo determinato. Tanto è vero che il criterio di specificazione in concreto adottato, anche se alternativo a quello primario dell'indicazione nominativa del lavoratore sostituito, dev'essere, comunque, talmente preciso da garantire appieno la riconoscibilità e la verificabilità della motivazione adottata a fondamento della clausola appositiva del termine, già all'atto della stipulazione del contratto. Sicché, in definitiva, la diversa modulazione del concetto di specificità dell'esigenza di supplire a personale solo transitoriamente assente non dà luogo ad un regime giuridico differenziato in base alla dimensione aziendale del datore di lavoro. E la valutazione volta per volta della rispondenza delle ragioni sostitutive rappresentate per iscritto dal datore di lavoro all'onere di specificazione di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368 del 2001 è necessariamente rimessa al prudente apprezzamento del giudice della singola fattispecie».

f) La Corte costituzionale nella sentenza n. 107/2013 utilizza il “metodo comunitario” della giurisprudenza della CGUE per potenziare i poteri del Giudice nazionale e eliminare i favori allo Stato

Come ha fatto la Corte di giustizia nella sentenza *Sorge*, la Corte costituzionale nella decisione in commento restituisce al Giudice del merito il potere di deliberare e decidere la singola fattispecie dei contratti a tempo determinato per ragioni sostitutive, svuotando del presupposto interpretativo la soluzione di favore inventata dalla Cassazione nel suo decadente «diritto vivente» sul sostitutivo Poste, valorizzando, invece, totalmente il «diritto vivente» comunitariamente orientato della stessa Corte di legittimità nelle sentenze nn. 12985 del 2008, 2279 del 2010 e 10033 del 2010 e accompagnando - nell'anticiparne il quadro di legittimazione costituzionale e comunitaria della riforma del 2001 - le tre citate ordinanze della Cassazione di pregiudizialità UE sul lavoro nautico.

La Corte costituzionale utilizza *a contrario* gli stessi argomenti “fattuali” utilizzati dalla Cassazione nelle sentenze nn. 1576 e 1577 del 2010, per arrivare a conclusioni sul contenuto dell'obbligo di specificazione che sono fortemente penalizzanti per tutti i contratti per ragioni sostitutive stipulati da Poste italiane nel triennio 2003-2005: «In conseguenza, l'apposizione del termine per “ragioni sostitutive” è stata ritenuta legittima anche quando, avuto riguardo alla complessità di certe situazioni aziendali, l'enunciazione dell'esigenza di sopperire all'assenza momentanea di lavoratori a tempo indeterminato sia accompagnata dall'indicazione, in luogo del nominativo, di elementi differenti, quali l'ambito territoriale dell'assunzione, il luogo della prestazione lavorativa, le mansioni e il diritto alla conservazione del posto dei dipendenti da sostituire, che permettano ugualmente di verificare l'effettiva sussistenza e di determinare il numero di questi ultimi (*ex plurimis*, Corte di cassazione, sezione lavoro, sentenze n. 1576 e n. 1577 del 2010, cit.)».

Nessun contratto a tempo determinato di Poste italiane per ragioni sostitutive consente di verificare *ex ante* l'effettiva sussistenza e di determinare il numero dei lavoratori da sostituire, anche perché manca sempre la causa della sostituzione - tranne nei casi in cui dal novembre 2004 si è fatto ricorso alla sostituzione per ferie, che non a caso la Corte costituzionale richiama¹⁵³ come ipotesi “sostitutiva”¹⁵⁴ legittimante la non indicazione del nominativo del lavoratore sostituito nella giurisprudenza di legittimità nel vigore della delega “in bianco” alla contrattazione collettiva - e spesso è assente anche la specificazione del diritto alla conservazione del posto di lavoro dei lavoratori sostituiti (vi è stato anche qualche caso di lavoratore deceduto “sostituito”).

Si interrompe, dunque, la stagione del *favor* alla grande impresa pubblica¹⁵⁵ in particolare e allo

¹⁵³ «Al riguardo, occorre considerare che il regime anteriore al d.lgs. n. 368 del 2001 non si esauriva nella legge n. 230 del 1962, ma comprendeva, altresì, l'art. 23, comma 1, della legge 28 febbraio 1987, n. 56 (Norme sull'organizzazione del mercato del lavoro). Orbene, tale norma (che è stata definita una “delega in bianco”: Cass., Sez. Un., 2 marzo 2006, n. 4588) autorizzava i contratti collettivi a prevedere altre ipotesi di assunzione a termine oltre il numero chiuso delle causali (all'inizio tassativamente) stabilite dalla legge. Queste ulteriori causali di fonte contrattuale, ammissibili anche per ragioni sostitutive, potevano prescindere dall'identificazione del nominativo del lavoratore al quale quello assunto a tempo determinato sarebbe subentrato. Ciò è accaduto proprio nella contrattazione per i dipendenti della società convenuta nel giudizio *a quo*, ove, ad esempio, la causale sostitutiva per ferie non richiedeva alcuna specificazione di tal genere (Cass., Sez. lav., 4 agosto 2011, n. 16987 e Cass., Sez. lav., 2 marzo 2007, n. 4933). Quindi, anche nell'ordinamento previgente la regola dell'indicazione del nominativo del lavoratore sostituito non era assoluta e inderogabile».

¹⁵⁴ A rigore, la sostituzione per ferie è una causale organizzativa che riguarda l'ordinaria attività di impresa.

¹⁵⁵ Ma anche nei confronti delle grandi imprese in generale, come dimostra la controversia che contrappone la Fiom alla Fiat, nell'ambito della quale con la sentenza n. 231/2013 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 19, primo comma, lettera b), della legge 20 maggio 1970, n. 300 (Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà

Stato in generale, e comincia un nuovo percorso interpretativo in cui il nuovo testo dell'art. 81¹⁵⁶ Cost. e il vincolo della parità di bilancio per rispettare gli impegni assunti con l'Unione europea va a rafforzare e non a indebolire i poteri della Corte costituzionale che, sulle leggi ordinarie nazionali, può utilizzare, alla luce della giurisprudenza comunitaria, un più pregnante vaglio di compatibilità costituzionale anche *ex art.* 117 comma 1 Cost.

Se, come la Corte costituzionale chiaramente afferma nella sentenza n. 107 del 2013 abbandonando la tesi del "Testo unico", il d.lgs. n. 368 del 2001 è una disciplina nuova rispetto a quella precedente abrogata, allora è evidente che la lettura e l'interpretazione costituzionale delle nuove disposizioni deve essere differente anche sulle norme in favore di Poste italiane (causale finanziaria e regime sanzionatorio agevolato) o delle imprese pubbliche che operano in altri settori (lavoro nautico) o dello Stato (scuola, sanità, vigili del fuoco volontari, lavoratori socialmente utili, ecc.)¹⁵⁷, prevalendo il principio di uguaglianza tra situazioni che non possono essere differenziate se non per rigorose ragioni oggettive, che la Corte di giustizia non riconosce nelle mutevoli esigenze finanziarie erariali se non quando, come nel caso *Vino*, è la Corte costituzionale che individua gli interessi collettivi meritevoli di tutela, come il servizio postale universale il cui processo di privatizzazione imposto dalle Istituzioni comunitarie non ha prodotto effetti positivi nell'ordinamento interno.

18. Le ordinanze di rinvio pregiudiziale UE della Cassazione sui contratti a termine nel lavoro privato e "pubblico" marittimo

a) Il dialogo diretto della Cassazione con la Corte europea nelle ordinanze di rinvio sui marittimi

Anche le quattro questioni pregiudiziali UE¹⁵⁸, sollevate per la prima volta dalla Cassazione sulla disciplina del contratto a tempo determinato dei lavoratori marittimi con tre identiche ordinanze nn. 15560-15561-16680 del 2013 in cause già riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13, *Fiamingo* e a., riguardano fattispecie processuali in cui parte resistente nei giudizi di riqualificazione dei contratti a termine e responsabile degli abusi nella successione dei contratti a termine è una grande impresa pubblica dei trasporti (Rete ferroviaria italiana).

sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento), nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale possa essere costituita anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda.

¹⁵⁶ Art. 81 della Costituzione: «Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali. Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte. Le Camere ogni anno approvano con legge il bilancio e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo. L'esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a quattro mesi. Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle Pubbliche Amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale.»

¹⁵⁷ Cfr. CGUE, Sez. VI, 15 marzo 2012, causa C-156/11, sulla questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Napoli.

¹⁵⁸ Le questioni pregiudiziali sollevate dalla Cassazione nelle tre ordinanze sono le seguenti: «Se siano applicabili al lavoro nautico le clausole dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito dalla direttiva 1999/70/CE ed in particolare se la clausola 2, punto 1, sia riferibile anche ai lavoratori a tempo determinato assunti sulle navi traghetto che effettuano collegamenti giornalieri; - se l'accordo quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE, ed in particolare la clausola 3 punto 1, osti ad una normativa nazionale che prevede (art. 332 cod. nav.) l'indicazione di una "durata" del contratto e non del "termine" e se sia compatibile con detta direttiva la previsione di una durata del contratto con l'indicazione di un termine finale certo in ordine all'an ("max 78 giorni) ma incerto in ordine al quando; - se l'accordo quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE, ed in particolare la clausola 3 punto 1, osti ad una normativa nazionale (artt. 325, 326 e 332 del codice della navigazione) che identifica le ragioni oggettive del contratto a termine con la mera previsione del viaggio o dei viaggi da compiersi, con ciò sostanzialmente facendo coincidere l'oggetto del contratto (prestazione) con la causa (motivo della stipula a termine); - se l'accordo quadro recepito dalla direttiva osti ad una normativa nazionale (nella specie le norme del codice della navigazione) che esclude in caso di utilizzo di una successione dei contratti (tale da integrare abuso ai sensi della clausola 5) che questi siano trasformati in rapporto di lavoro a tempo indeterminato (misura prevista dall'art. 326 cod. nav. Solo per l'ipotesi che l'arruolato presti ininterrottamente servizio per un tempo superiore ad un anno e per l'ipotesi in cui fra la cessazione di un contratto e la stipulazione del contratto successivo intercorra un periodo non superiore ai sessanta giorni». Il primo esaustivo commento alle ordinanze pregiudiziali della Suprema Corte è di L. GIASANTI, *L'applicazione della direttiva 99/70/CE al lavoro marittimo all'esame della Corte di Giustizia*, in *RGL*, 2013, 4, p. 376 ss.

La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla disciplina comunitaria del contratto a tempo determinato è, come si è visto, così copiosa e così completa, con tre interventi anche della Grande Sezione (sentenze *Mangold*, *Adeneler* e *Impact*), che si deve escludere che vi siano ancora dubbi interpretativi da dissipare. Sulla 1^a questione pregiudiziale sollevata dalla Cassazione, che attiene al campo di applicazione soggettivo dell'accordo quadro comunitario sia sotto il profilo della nozione di lavoratore a tempo determinato sia nell'individuazione del datore di lavoro (clausole 1 e 2 dell'accordo quadro) la Corte ha già dato risposte esaustive nelle sentenze *Adeneler*, *Del Cerro Alonso* e *Gavieiro-Iglesias*. Sulla seconda, terza e quarta questione pregiudiziale, che vanno considerate congiuntamente in quanto riguardano la nozione di ragioni oggettive nella successione dei contratti a termine e la effettività delle misure preventive antiabusive (clausole 3, n. 1 e 5, n. 1, dell'accordo quadro), la Corte ha ampiamente interpretato la normativa comunitaria nelle sentenze *Adeneler*, *Impact*, *Angelidaki*, nell'ordinanza *Vassilakis* fino alla sentenza *Huet*, tutte decisioni citate nelle ordinanze di rinvio della Cassazione.

Infatti, il "dubbio" interpretativo della Cassazione è espresso attraverso una vera e propria domanda retorica ed è esplicitato al punto 8 delle ordinanze: «Il problema è, allora, quello della verifica dell'applicabilità della direttiva comunitaria 1999/70/CE - punto di snodo per l'applicazione e corretta interpretazione del d. lgs. n. 368 del 2001 - anche al lavoro marittimo. E, infatti, laddove si ritenesse la suddetta applicabilità generale e la non conformità delle disposizioni del codice della navigazione ai principi di cui alla direttiva stessa non potrebbe che derivare, specie quanto alla clausola 5, punto 1, che l'adempimento all'obbligo di prevedere misure idonee ad evitare abusi attuato dal legislatore nazionale con il d. lgs. n. 368 del 2001, si traduca in una applicazione delle disposizioni in quest'ultimo contenute anche ai rapporti di lavoro marittimo».

Il vero problema, dunque, non è per la Cassazione l'applicazione generalizzata della direttiva 1999/70/CE al lavoro marittimo, che viene sostanzialmente confermata dal Giudice delle leggi anche quando richiama un punto "controverso" della sentenza *Huet*: «secondo la Corte di giustizia, l'accordo quadro "non è teso ad armonizzare tutte le norme nazionali relative ai contratti di lavoro a tempo determinato" (CGCE 8 marzo 2012, *Huet*, C-251/11, punto 41) il che, invece, porta ad ipotizzare un campo di applicazione della direttiva non così esteso come le considerazioni sopra svolte indurrebbero a sostenere».

Viceversa, anche il punto 41 della sentenza *Huet* è estremamente chiaro (e quindi è un argomento *a contrario* quello utilizzato dalla Cassazione) e conferma l'applicazione generalizzata dell'accordo quadro comunitario a tutti i contratti a tempo determinato, pur nel rispetto delle scelte degli Stati membri di differenziare le misure e le discipline di recepimento: «41. Occorre inoltre ricordare che, come si evince dal quattordicesimo considerando della direttiva 1999/70, dal terzo comma del preambolo dell'accordo quadro, dai punti 7-10 delle considerazioni generali e dalla clausola 1 dell'accordo quadro, quest'ultimo non è teso ad armonizzare tutte le norme nazionali relative ai contratti di lavoro a tempo determinato, ma mira unicamente, mediante la fissazione di principi generali e di requisiti minimi, a stabilire un quadro generale che garantisca la parità di trattamento ai lavoratori a tempo determinato, proteggendoli dalle discriminazioni, e a prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato (v., in tal senso, sentenze del 13 settembre 2007, *Del Cerro Alonso*, C-307/05, punti 26 e 36, e del 15 aprile 2008, *Impact*, C-268/06, punto 111, nonché ordinanza dell'11 novembre 2010, *Vino*, C-20/10, punto 54)».

Il fondamento e l'importanza delle pregiudiziali del Giudice di legittimità sul lavoro marittimo, dunque, non nascono e non possono nascere da ulteriori dubbi interpretativi della disciplina europea, semmai da una richiesta di chiarimenti su alcune risposte già fornite dalla Corte di giustizia, e da una sollecitazione alla Corte di giustizia a rafforzare l'indiscusso primato del diritto dell'Unione calandolo nella effettività dell'applicazione concreta delle regole interne che recepiscono gli obblighi comunitari.

b) Le ordinanze pregiudiziali sul lavoro marittimo e gli abusi contrattuali e organizzativi delle aziende di Stato che condizionano la nomofilachia della Cassazione

Rete Ferroviaria italiana s.p.a. (d'ora innanzi RFI) è un'azienda partecipata al 100% da Ferrovie dello Stato italiane, un tempo società unica, impresa capo gruppo totalmente partecipata dallo Stato

(Ministero dell'Economia). RFI è, dunque, una impresa pubblica di diritto privato, che opera in regime di concessione pubblica grazie ad un Atto di concessione temporanea (Decreto del Ministro dei Trasporti n. 138 del 31 ottobre 2000), che scadrà nel 2060. Mediante "Bluvia", la sua divisione per la navigazione, assicura il traghettamento dei convogli ferroviari nello Stretto di Messina tra Messina e Villa San Giovanni e, fino al 31 maggio 2012 (e quindi compresi i periodi di lavoro dei giudici principali), ha svolto anche il traghettamento dei mezzi gommati e dei passeggeri sulla stessa tratta.

Il 4 novembre 2010 è stata costituita da RFI l'impresa pubblica Blufferies s.r.l., che è entrata in funzione il 1° giugno 2012 per il traghettamento dei passeggeri e dei mezzi gommati nello Stretto di Messina, in sostituzione del servizio precedentemente svolto dalla stessa RFI e con la stessa flotta di quest'ultima. La costituzione da parte di RFI di una nuova impresa collegata all'interno del gruppo Ferrovie dello Stato è stata determinata dalla necessità (con grande ritardo) di applicare le direttive dell'Unione europea in ottemperanza alla delibera della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato notificata a RFI s.p.a. il 13 gennaio 2011, che impongono la separazione fra i servizi di interesse generale (come il traghettamento delle carrozze ferroviarie e dei carri merci, garantito da Bluvia) e i servizi aperti al mercato di libera concorrenza, secondo quanto disposto dall'art. 8, comma 2, della legge n. 287/1990, come modificato dalla legge n. 57/2001.

In definitiva lo Stato italiano, attraverso le sue imprese pubbliche nelle varie articolazioni societarie tutte collegate e appartenenti al medesimo gruppo Ferrovie dello Stato, ha esercitato e esercita una posizione dominante nello specifico segmento di mercato in cui hanno operato tutti i lavoratori dei giudici principali, in una situazione normativa e giuridica in cui la precarizzazione dei rapporti di lavoro marittimo costituiva uno specifico vantaggio competitivo rispetto alle imprese private.

D'altra parte, è ben noto alla Corte di giustizia l'atteggiamento di favore del legislatore italiano nei confronti delle imprese pubbliche operanti nel settore dei trasporti marittimi in violazione della normativa comunitaria, e il conseguente costante condizionamento o tentativo di condizionamento della giurisprudenza delle Alte Corti nazionali, avendolo accertato nella sentenza *Traghetti del Mediterraneo*¹⁵⁹ sui danni arrecati ai singoli da violazioni del diritto comunitario imputabili ad un organo giurisdizionale di ultimo grado (impresa pubblica "favorita" Tirrenia di Navigazione s.p.a.) per la limitazione, da parte del legislatore nazionale, della responsabilità dello Stato ai soli casi di dolo e colpa grave del Giudice, con esclusione di ogni responsabilità connessa all'interpretazione delle norme giuridiche e alla valutazione degli elementi di fatto e di prova compiute nell'ambito dell'esercizio dell'attività giurisdizionale.

In conseguenza della sentenza della Corte, la Commissione ha avviato la procedura di infrazione n. 2007-4609 per l'affidamento dei servizi di cabotaggio marittimo al Gruppo Tirrenia in violazione del Regolamento CE 3577/1992, tuttora pendente, e la Corte di giustizia con la sentenza *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*¹⁶⁰ precisava che le sovvenzioni, corrisposte a Tirrenia in virtù di una normativa nazionale che prevede il versamento di acconti prima dell'approvazione di una convenzione per l'affidamento dei servizi di cabotaggio marittimo, costituivano aiuti di Stato qualora fossero idonee ad incidere sugli scambi tra Stati membri e falsassero o minacciassero di falsare la concorrenza.

Sempre in relazione alla stessa vicenda, nella successiva sentenza del 24 novembre 2011¹⁶¹ la Corte di giustizia concludeva nel senso che «la Repubblica italiana, escludendo qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 2, commi 1 e 2, della legge 13 aprile 1988, n. 117, sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e sulla responsabilità civile dei magistrati, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado».

In data 25 settembre 2013 la Commissione UE ha deciso di aprire una procedura d'infrazione

¹⁵⁹ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza 13 giugno 2006, in causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo contro Repubblica italiana*.

¹⁶⁰ Corte di giustizia, IV Sezione, sentenza 10 giugno 2010, in causa C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo contro Repubblica italiana*.

¹⁶¹ Corte di giustizia, III Sezione, sentenza 24 novembre 2011, in causa C-379/10, *Commissione europea contro Repubblica italiana*.

contro l'Italia per i limiti posti alla responsabilità civile dei giudici nell'applicazione del diritto europeo, in conseguenza del mancato rispetto della condanna decretata dalla Corte di giustizia con la sentenza del 24 novembre 2011 e solo ora, a distanza di due anni dalla sentenza, il Governo italiano nella seduta del Consiglio dei Ministri dell'8 novembre 2013 avrebbe approvato lo schema di decreto legislativo per adeguare l'ordinamento interno alla sentenza della CGUE che ha fatto scattare la procedura di infrazione.

E dunque, in linea generale, la causa dell'eccessivo uso innanzi segnalato dello strumento dell'istanza pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE (già art. 234 del TCE) da parte dei Giudici italiani va individuata nella elevata vocazione del legislatore interno a considerare la normativa europea (nel caso di specie, la direttiva 1999/70/CE che recepisce l'accordo quadro comunitario sul contratto a tempo determinato) come un'occasione per rafforzare e giustificare scelte di politica economica nazionale a beneficio di un anomalo percorso di statalizzazione o parastatalizzazione del mercato del lavoro, all'interno del quale la contrattualizzazione o privatizzazione del pubblico impiego dopo il d.lgs. n. 29/1993 è apparsa favorire la liberalizzazione delle assunzioni flessibili nel lavoro pubblico anche a vocazione economico-imprenditoriale (Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. nella fattispecie di causa del trasporto marittimo nella tratta Messina – Villa San Giovanni e Poste italiane s.p.a. per il servizio postale universale), piuttosto che stimolare una maggiore efficienza nell'azione della pubblica amministrazione e dei servizi pubblici.

c) Gli abusi contrattuali e fiscali di Rete ferroviaria italiana all'attenzione della CGUE

Per quanto riguarda i risparmi sulla spesa pubblica, va evidenziato che il numero massimo di giorni di prestazioni lavorative (78 giorni) inserito da RFI nei contratti di arruolamento di tutti i ricorrenti è legato all'indennità di disoccupazione con requisiti ridotti, liquidata dall'Inps come Ente previdenziale ma finanziata dai contributi versati dalle imprese e dai datori di lavoro privati, non dallo Stato o dalle imprese pubbliche. Soltanto con decorrenza dal 1° gennaio 2009, con l'entrata in vigore dell'art. 20, dl. n. 112/2008, alle imprese dello Stato e alle aziende con partecipazione di capitale totale o maggioritario pubblico anche di enti locali, come RFI, è stato imposto di versare all'Inps le contribuzioni per maternità, disoccupazione involontaria e malattia, in precedenza non dovute.

L'indennità di disoccupazione con requisiti ridotti è stata introdotta dalle leggi n. 160/1988 e n. 169/1991 ed è stata destinata, in particolare, ad incentivare il precariato pubblico (supplenze dei docenti e del personale ATA; dipendenti non di ruolo delle pubbliche amministrazioni; dipendenti a tempo determinato delle imprese pubbliche come RFI), riconoscendo ai lavoratori che, non potendo far valere 52 contributi settimanali negli ultimi due anni (precedenti alla presentazione della domanda di liquidazione dell'indennità, che va proposta entro il 31 marzo dell'anno successivo a quello della maturazione delle prestazioni di lavoro), possono far valere uno o più periodi di lavoro subordinato per almeno 78 giorni di calendario nell'anno precedente. I lavoratori percettori del trattamento con requisiti ridotti devono vantare un'anzianità assicurativa di almeno 2 anni ed almeno 78 giornate di lavoro nell'anno precedente. Nel calcolo dei 78 giorni sono incluse le giornate indennizzate a titolo di malattia (vengono conteggiate anche quelle intervenute dopo lo sbarco dei marittimi precari), maternità, ecc.; sono invece escluse le assenze imputabili al lavoratore a titolo personale (scioperi, congedi non retribuiti, ecc.). La misura dell'indennità giornaliera di disoccupazione con requisiti ridotti è pari al numero di giornate effettivamente lavorate nell'anno solare precedente (nel caso dei ricorrenti, sempre 77-78 giorni, salvo eventuali malattie dopo lo sbarco) nella misura del 30% della retribuzione media giornaliera (negli anni 2003-2004-2005 a cui si riferiscono i rapporti di lavoro del giudizio principale, tranne uno di D'Orazio Antonino risultante al 1997) fino ad un massimo di 180 giorni. I periodi di disoccupazione in cui si percepisce l'indennità ordinaria con requisiti ridotti vengono coperti da contribuzione figurativa e l'accredito dei contributi avviene d'ufficio, il tutto a carico della contribuzione per disoccupazione versata dai datori di lavoro privati, non da RFI.

Negli estratti contributivi Inps dei ricorrenti nei giudizi principali l'alternarsi delle 12 settimane lavorative annuali (78 giorni) con RFI e della disoccupazione indennizzata anche ai fini contributivi rappresenta la più efficace rappresentazione di questo assurdo sistema di precarietà lavorativa imposto dall'impresa pubblica, utilizzando prestazioni previdenziali che sono poste a carico delle imprese private o della fiscalità generale, a fronte dello svolgimento di un servizio pubblico, il trasporto

marittimo nella tratta Messina – Villa San Giovanni, assicurato costantemente e giornalmente durante tutto l'anno.

Peraltro, le assunzioni a tempo determinato dei ricorrenti nei giudizi principali presso RFI sono state a “chiamata diretta” dal turno generale alla Capitaneria di Porto di Messina ad iniziativa del datore di lavoro pubblico ai sensi dell'art. 11, D.P.R. n. 231/2006 (Regolamento recante disciplina del collocamento della gente di mare, a norma dell'articolo 2, comma 4, del d.lgs. 19 dicembre 2002, n. 297) e non per il tramite del collocamento pubblico gestito per i marittimi dal Ministero del lavoro solo sul piano “anagrafico” e informativo delle occasioni di lavoro, e i lavoratori non hanno goduto di nessun diritto di precedenza nelle nuove assunzioni a termine presso l'impresa pubblica in cui avevano lavorato l'anno precedente, non essendo previsto dalla contrattazione collettiva né dalle norme di legge speciali o ordinarie se non in favore dei lavoratori stagionali, ai sensi dell'art. 16 della legge n. 56/1987, disposizione abrogata dall'art. 11, d.lgs. n. 368/2001, e ripristinata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 44/2008 e dal legislatore con la legge n. 247/2007 con modifiche all'art. 5, d.lgs. n. 368/2001.

d) La Cassazione nelle ordinanze di rinvio chiede di applicare il d.lgs. n. 368/2001 per sanzionare gli abusi di Stato sul lavoro precario marittimo

La Corte di cassazione nelle ordinanze di rinvio ha riportato analiticamente le norme interne “speciali” del codice della navigazione (artt. 325, 326 e 332) “applicabili” alla fattispecie, ma non ha trascritto la normativa del decreto legislativo n. 368/2001 che avrebbe *ex se* potuto escludere l'applicazione della normativa speciale del 1942 delle assunzioni a tempo determinato della gente di mare, cioè gli artt. 10 e 11.

L'art. 10 del d.lgs. n. 368/2001, dal titolo “Esclusioni e discipline specifiche”, delinea il campo di applicazione del decreto legislativo di recepimento della direttiva 1999/70/CE e in detto articolo risulta che il lavoro a tempo determinato dei marittimi (come il settore del pubblico impiego) non è escluso dal campo di applicazione del decreto legislativo attuativo della direttiva 1999/70/CE.

L'art. 11 d.lgs. n. 368/2001, dal titolo “Abrogazioni e disciplina transitoria”, individua le norme abrogate espressamente o implicitamente per incompatibilità con la nuova disciplina: «1. Dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo sono abrogate la legge 18 aprile 1962, n. 230, e successive modificazioni, l'articolo 8-*bis* della legge 25 marzo 1983, n. 79, l'articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, nonché tutte le disposizioni di legge che sono comunque incompatibili e non sono espressamente richiamate nel presente decreto legislativo...».

Pare evidente, dunque, che le norme del codice di navigazione (artt. 326 e 332), che sono incompatibili con l'obbligo di tutti i datori di lavoro e per tutti i contratti a tempo determinato di specificare le ragioni oggettive temporanee di apposizione del termine sin dal primo (ed eventualmente unico) contratto di cui all'art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001, possono considerarsi abrogate in quanto non espressamente richiamate dallo stesso decreto legislativo n. 368/2001.

Peraltro, vi è un dato testuale da cui ricavare l'applicazione del d.lgs. n. 368/2001 anche a tutto il personale già disciplinato dal codice della navigazione. L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 (dal titolo “Disciplina aggiuntiva per il trasporto aereo ed i servizi aeroportuali”), nel testo in vigore dall'ottobre 2001 - cioè dal momento dell'entrata in vigore del decreto attuativo della direttiva 1999/70/CE - introduce dei limiti di contingentamento per l'utilizzo del personale “navigante dell'aria”, inteso come personale a termine addetto al trasporto aereo (cui si applica ai sensi dell'art. 1 R.D. 327/1942 l'intero codice della navigazione), in aggiunta all'onere di stipulare il contratto in forma scritta e di specificare le ragioni oggettive di apposizione del termine di cui all'art. 1, commi 1 e 2¹⁶², d.lgs. n. 368/2001.

Se si applica al personale assunto a termine nel settore del trasporto aereo la clausola generale di apposizione del termine di cui all'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, non si vede quali motivi

¹⁶² L'art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001, nel testo applicabile alla fattispecie di causa: «1. E' consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro. 2. L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1».

dovrebbero essere ostativi se non una previsione specifica di legge - che non c'è - all'applicazione della stessa norma anche al personale assunto a tempo determinato e addetto al trasporto marittimo.

Inoltre, l'art. 19 CCNL delle attività ferroviarie del 16 aprile 2003, dal titolo "Contratto a tempo determinato", applicabile a tutti i lavoratori del gruppo Ferrovie dello Stato compresi - *ratione temporis* - i dipendenti RFI come i ricorrenti nei giudizi principali, richiama testualmente l'applicazione della direttiva 1999/70/CE (comma 1) e i limiti di contingentamento fissati dall'art. 10, comma 7, d.lgs. n. 368/2001 (comma 2) nella misura del 10%, specificando anche la tipologia di ragioni oggettive temporanee per il ricorso al contratto a tempo determinato: «1. Le parti stipulanti si richiamano all'accordo europeo UNICE-CEEP-CES 18 marzo 1999 dove, nel riconoscere che i contratti di lavoro a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro, si afferma che i contratti a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori, occupazioni ed attività, atta a soddisfare le esigenze sia delle aziende che dei lavoratori.....».

Emerge chiaramente, dunque, come anche per il settore del lavoro marittimo si possano fare le medesime considerazioni emerse in relazione al pubblico impiego, condivise dalla Corte di cassazione nell'ordinanza di rinvio. Anche in questo caso sussiste un motivo di ordine pubblico - l'interesse pubblico alla sicurezza della navigazione - che potrebbe giustificare regolamentazioni diversificate rispetto alla disciplina comune. Ma anche in questo caso non sembrano emergere nella direttiva 1999/70/CE ragioni letterali o teleologiche per una tale esclusione e, anzi, l'applicazione della direttiva 1999/70/CE e del d.lgs. n. 368/2001 è riconosciuta espressamente dal legislatore interno per il settore del trasporto aereo, in relazione al quale sussiste un analogo interesse pubblico alla sicurezza della navigazione.

Il legislatore comunitario non ha mai trascurato la specificità del lavoro marittimo, escludendo esplicitamente l'applicabilità di diverse direttive a questo settore. È il caso della direttiva 75/129/CE, sostituita dalla direttiva 98/59/CE in materia di licenziamento collettivo, che escludevano l'applicabilità «agli equipaggi di navi marittime»¹⁶³. Ma è soprattutto il caso delle direttive concernenti l'organizzazione dell'orario di lavoro. La direttiva 2003/88/CE, così come l'abrogata direttiva 93/104/CE, prevede infatti che «fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 8, la presente direttiva non si applica alla gente di mare, quale definita nella direttiva 1999/63/CE»¹⁶⁴.

Tale ultima direttiva 1999/63/CE è proprio quella che, recependo un accordo concluso il 30 settembre 1998 tra le parti sociali Associazione armatori della Comunità europea (ECSA) e Federazione dei sindacati dei trasportatori dell'Unione europea (FSTI), specificamente si occupa dell'organizzazione dell'orario di lavoro della gente di mare, definita come «ogni persona occupata o impegnata a qualunque titolo a bordo di una nave marittima cui trova applicazione l'accordo»¹⁶⁵. L'esclusione dal campo di applicazione della direttiva generale in materia di organizzazione dell'orario di lavoro per il settore marittimo, quindi, è dovuta all'esplicita volontà di regolare specificamente la disciplina per la gente di mare.

A rigore, l'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, sottoscritto il 18 marzo 1999 dalle organizzazioni intercategoriale a carattere generale "Unione delle confederazioni delle industrie della Comunità europea UNICE" (cui è da presumere fosse affiliata anche ECSA) e Confederazione europea dei sindacati CES (cui è da presumere fosse affiliata anche FTS), potrebbe - sia nella legittimazione "integrale" delle parti sociali che lo hanno sottoscritto (compresi i datori di lavoro pubblici rappresentati da CEEP) sia nella natura generale di atto normativo comunitario - già essere manifestazione chiara della volontà delle parti sociali e del legislatore comunitario di includere anche il lavoro marittimo nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE.

Peraltro, non soltanto quando il legislatore europeo ha voluto escludere il lavoro marittimo dal campo di applicazione di una direttiva lo ha esplicitamente previsto, ma nelle direttive che si occupano di lavoro marittimo non vi è alcun riferimento, ancorché implicito, al contratto a tempo determinato.

Non pare, in definitiva, che vi possano essere dubbi sul fatto che la direttiva 1999/70/CE si applica anche al lavoro marittimo, sia al contratto di arruolamento a termine che a quello a viaggio, e quindi anche ai lavoratori a tempo determinato assunti sulle navi traghetto che effettuano collegamenti giornalieri, per rispondere così positivamente al primo e più importante ed essenziale dei

¹⁶³ Art. 1, punto 2, lettera c).

¹⁶⁴ Art. 1, punto 3.

¹⁶⁵ Secondo quanto stabilito dalla clausola 2 dell'accordo quadro recepito dalla direttiva 1999/63/CE.

quesiti posti alla Corte di giustizia dalla suprema Corte di cassazione, con conseguente applicazione del d.lgs. n. 368/2001, che dell'accordo quadro comunitario è l'unica normativa interna di recepimento anche per il lavoro della gente di mare.

e) Prima della sentenza Carratù della CGUE, la Cassazione nelle ordinanze di rinvio pregiudiziale individua il d.lgs. n. 368/2001 come unica normativa attuativa della direttiva 1999/70/CE

In tale quadro è possibile verificare anche la compatibilità con la direttiva 1999/70/CE degli artt. 325, 326 e 332 del codice della navigazione del 1942, seguendo le restanti tre questioni pregiudiziali poste dalla suprema Corte di cassazione, da considerare unitariamente in riferimento alle clausole 3 e 5 dell'accordo quadro comunitario.

Sulla definizione di termine di cui alla clausola 3, la sopra ricordata giurisprudenza europea lascia trasparire una lettura restrittiva della norma, con la conseguenza, quindi, che un termine quale quello indicato nei contratti "max 78 giorni", che lascia del tutto indefinita la scadenza finale, sia in termini temporali ma anche in correlazione ad un evento o un compito specifico, prevedendo cioè un lasso temporale indeterminato tra 1 e 78 giorni, non possa ritenersi coerente con i principi della direttiva.

Al contrario, la previsione della coincidenza con uno specifico viaggio, precisamente contestualizzato nei suoi termini iniziali e finali e determinato nella sua evoluzione, sembrerebbe di per sé del tutto coerente con la previsione di cui alla clausola 3 della direttiva stessa. In realtà dal terzo quesito della Cassazione, che specifica come la questione si ponga in termini di rapporto tra oggetto e causa del contratto, emerge la necessità di una giustificazione causale basata su ragioni oggettive per ogni contratto a termine, e strettamente correlata alla nozione di cui alla clausola 3. E' un approccio perfettamente logico sul piano del rapporto tra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato, regolato nell'ordinamento interno (anche per i lavoratori del mare) dall'art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001.

La questione, piuttosto, appare più ragionevolmente proponibile nei medesimi termini di cui al quarto quesito, da considerare unitariamente al 2° e al 3° quesito, che concerne la clausola 5 dell'accordo quadro e il dubbio se la specifica regolamentazione del codice della navigazione sia adeguata ad evitare l'abuso della successione dei contratti a termine secondo quanto previsto dalla direttiva 1999/70/CE.

Deve essere operata una distinzione tra contratto a viaggio e contratto a tempo determinato.

Nel caso del contratto di arruolamento a viaggio, infatti, l'orientamento giurisprudenziale interno, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001, è orientato a ritenere che «il contratto di arruolamento non può essere stipulato a viaggio, ai fini del secondo comma dell'art. 332 del codice della navigazione (con conseguente trasformazione in contratto a tempo indeterminato) se non risultano indicati il viaggio o i viaggi da compiere ai sensi del n. 4 del primo comma dello stesso articolo».

Tale approccio interpretativo, che ricollega ciascun viaggio a precise ragioni oggettive in mancanza delle quali vi è stata - per costante giurisprudenza della Suprema Corte di cassazione¹⁶⁶ - la conversione in un contratto a tempo indeterminato, fa ritenere che in materia di contratto a viaggio non si pongano problemi di compatibilità con la direttiva 1999/70/CE, anche a prescindere dall'analisi dell'art. 326 cod. nav. e del riferimento al periodo di un anno quando i viaggi sono più di uno.

In relazione al problema del divieto di abuso della successione dei contratti a tempo determinato è invece necessario riferirsi direttamente all'art. 326 cod. nav., che «consente il lavoro a tempo determinato a prescindere da ogni limite riferito alla presenza di una ragione oggettiva giustificatrice dello stesso»¹⁶⁷. In questo caso il problema emerge in relazione all'ultimo comma, ai sensi del quale, trascorsi 60 giorni, è possibile sottoscrivere un ulteriore contratto a tempo

¹⁶⁶ Cassazione, sentenza 14 luglio 2005 n. 14814; Cass. 8 giugno 2005 n. 11939; Cass. 11 aprile 2005 n. 7368; Cass. 17 gennaio 2005 n. 777; Cass. 17 marzo 2001 n. 3869. Tale interpretazione, peraltro, si pone in perfetta sintonia con l'interpretazione giurisprudenziale dell'onere di specificazione contenuto proprio nell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 per i contratti a termine "ordinari".

¹⁶⁷ L. MENGHINI, *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1996, p. 321.

determinato senza che quest'ultimo sia conteggiato al fine del termine di un anno di lavoro ininterrotto, trascorso il quale il contratto si considera a tempo indeterminato.

La Cassazione afferma nella stessa formulazione dei quesiti 2°, 3° e 4° che gli artt. 325, 326 e 332 del codice di navigazione non contengono nessuna delle tre misure idonee a prevenire gli abusi in caso di utilizzo di una successione di contratti previste dalla clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro comunitario, e, quindi, a prescindere dall'applicazione del d.lgs. n. 368/2001, non costituiscono «norme preventive» nella nozione fornita dalla sentenza *Angelidaki*, soprattutto nella concreta fattispecie di causa con contratti a tempo determinato con l'indicazione di un termine finale certo in ordine all'*an* (“*max* 78 giorni”) e incerto in ordine al *quando*.

Né la integrale violazione della clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro per assenza sia di norme equivalenti sia di misure preventive, sostiene la Corte di cassazione, può essere compensata dalla nozione interna di contratti successivi e delle condizioni di trasformazione a tempo indeterminato, di cui alla clausola 5, n. 2, lettere a) e b) dell'accordo quadro.

f) La Cassazione nelle ordinanze di rinvio corregge la *Mangold* e costringe la Corte di giustizia a decidere “nel merito”, attraverso la norma interna di recepimento con causalità definita per ogni singolo contratto a termine, l'applicazione della clausola 5, n. 1, lettera a), dell'accordo quadro

Nella fattispecie di causa i ricorrenti nei giudizi principali sono stati assunti da RFI una sola volta ogni anno e per numerosi anni per un numero massimo di 78 giorni, creando così l'impresa pubblica un sistema organizzativo di precarietà lavorativa accompagnato da periodi di disoccupazione con oneri contributivi e finanziari posti a carico delle imprese private. Peraltro, il servizio di collegamento sulla tratta marittima Villa San Giovanni – Messina è assicurato giornalmente, costantemente e per tutto l'anno, con numerose corse indifferenti al numero dei passeggeri e/o dei mezzi e/o dei treni che transitano sulle navi.

Nella terza ordinanza pregiudiziale in causa C-407/13 *Rotondo* e a. il 1° grado il Tribunale di Messina aveva accolto la domanda di riqualificazione di singoli rapporti di lavoro a termine dei ricorrenti in contratti a tempo indeterminato, con le decorrenze di declaratoria di trasformazione innanzi indicate. Il Tribunale di Messina, ritenendo applicabile la direttiva 1999/70/CE ma non il d.lgs. n. 368/2001, aveva valutato che non vi fossero ragioni oggettive idonee a giustificare l'apposizione del termine alla luce della stesse norme speciali del codice della navigazione (cioè seguendo l'orientamento della Cassazione evidenziato). La sentenza è stata riformata dalla Corte di appello di Messina, che, diversamente dalla Cassazione nell'ordinanza di rinvio, ha ritenuto compatibile con la direttiva 1999/70/CE l'art. 326 del codice della navigazione. Viceversa, dall'altra parte dello Stretto, la Corte di appello di Reggio Calabria con sentenza del 6 giugno 2013 ha affermato l'applicazione al lavoro marittimo sia della direttiva 1999/70/CE sia del d.lgs. n. 368/2001.

Pare chiaro che una norma, quale l'art. 326 cod. nav., che consideri sostanzialmente “successivi” soltanto i contratti a termine separati da un periodo inferiore ai 60 giorni, non prevedendo alcuna ulteriore modalità per prevenire l'abuso della successione di contratti a termini di cui alla clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro comunitario, va considerata *ex se* contraria alla stessa clausola 5. Né ha senso, nel caso di specie, valutare l'idoneità dell'intervallo temporale tra un contratto a termine e quello temporalmente “successivo” (quali quelli con cadenza annuale stipulati per un massimo di 78 giorni all'anno dai ricorrenti), perché il problema dell'incompatibilità dell'art. 326 del codice della navigazione (e della prassi organizzativa di assunzioni a termine posta in essere in concreto da RFI) con la direttiva 1999/70/CE si pone nei confronti della clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro comunitario a prescindere dalla nozione comunitaria di contratti successivi individuata dalla Corte prima con la sentenza *Adeneler* e poi con l'ordinanza *Vassilakis*.

Sulla sanzione da applicare in caso di risposta positiva alla domanda sull'applicazione della direttiva 1999/70/CE al lavoro marittimo, la Corte di cassazione nelle tre ordinanze di rinvio pregiudiziale UE non ha dubbi, in coerenza con quanto qualche giorno prima aveva precisato la Corte costituzionale con la sentenza n. 107/2013 sul “sostitutivo Poste”, e, per evitare gli equivoci delle cause *Vino*, afferma che il processo interpretativo di compatibilità comunitaria del decreto attuativo della direttiva 1999/70/CE porta ad escludere che la stessa clausola generale dell'art. 1, comma 1,

d.lgs. n. 368/2001 permetta che il contratto a termine ed il contratto a tempo indeterminato risultino pienamente sovrapponibili e fungibili nella funzionalità tipologica e giuridica, rendendo puramente nominale la configurazione del contratto a termine come contratto speciale.

g) La Cassazione sul lavoro marittimo e il contestuale superamento del contratto acausale della finanziaria “Poste” e il rifiuto del contratto acausale introdotto dalla “legge Fornero”

Viceversa, «l’asserita “acausalità” del contratto a termine, pur nel nuovo quadro normativo, si pone in contrasto già con il tenore letterale stesso delle parole usate dal legislatore, che, per come ha già evidenziato questa Corte e lo stesso giudice delle leggi, ha inteso stabilire a carico del datore di lavoro un onere di puntuale specificazione delle ragioni che obiettivamente presiedono alla apposizione del termine, perseguendo la finalità di assicurare la trasparenza e la veridicità di tali ragioni, nonché l’immodificabilità delle stesse nel corso del rapporto (così Corte cost. n. 214/2009; Cass. 1° febbraio 2010, n. 2279). E, in realtà, la previsione di specifici presupposti economici ed organizzativi e la necessità di una espressa motivazione in ordine alle ragioni che presiedono all’apposizione del termine resterebbero un mero flatus vocis ove il datore di lavoro potesse discrezionalmente determinare le cause di apposizione del termine, a prescindere da una specifica connessione fra la durata solo temporanea della prestazione e le esigenze produttive ed organizzative che la stessa sia chiamata ad attuare».

In definitiva, la a-causalità della previsione dell’art. 2 comma 1-*bis* d.lgs. n. 368 del 2001 non è ammessa, dovendo necessariamente essere legata la disposizione alle ragioni oggettive di cui all’art. 1 comma 1 dello stesso decreto come disciplina aggiuntiva di limiti legali di contingentamento ben più elevati (15%) da quelli previsti dalla contrattazione collettiva di settore, dovendo altrimenti ammettere che il contratto a termine con causale finanziaria può essere stipulato anche verbalmente (mancherebbe il collegamento con l’art. 1 comma 2 d.lgs. n. 368 del 2001) e senza il rispetto della normativa sui contratti successivi dell’art. 5 del decreto.

Nette e concordanti, dunque, le posizioni di interpretazione comunitaria della disciplina interna assunte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 107/2013 sul primo e unico contratto e dalla Cassazione nell’ordinanze di rinvio pregiudiziale sulla causalità necessaria di tutti i contratti a termine a prescindere dai settori di intervento.

La specificazione di ragioni oggettive temporanee sin dal primo e unico contratto a tempo determinato, del resto, rappresenta, l’unica misura preventiva efficace a evitare gli abusi nella successione dei contratti a termine da parte delle imprese private, perché la durata massima complessiva di 36 mesi disciplinata dall’art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 può essere strumento sanzionatorio idoneo solo per il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, in cui l’equivalenza delle mansioni di impiego anche per il lavoro precario è ancora prevalente e non consente le elusioni tecnico-organizzative che il datore di lavoro privato potrebbe agevolmente realizzare.

19. L’ordinanza “Napolitano” della Corte costituzionale e il nuovo ruolo del Giudice delle leggi nel dialogo con le Corti sovranazionali. La delegittimazione terapeutica della legislazione interna e delle Istituzioni politiche nazionali

a) La prima ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale n. 103/2008

Flick¹⁶⁸, come Presidente della Corte costituzionale, il 19 ottobre 2009 ha commentato con qualche preoccupazione la sentenza del 30 giugno 2009 della Corte costituzionale tedesca e dei controlimiti indicati dalla Corte di Karlsruhe, perché avrebbe potuto creare dei rallentamenti al percorso di integrazione europea.

Ha sottolineato, invece, che la Corte costituzionale italiana aveva superato la propria posizione

¹⁶⁸ G.M. FLICK, *A proposito della sentenza del Bundesverfassungsgericht: un bicchiere mezzo vuoto o mezzo pieno?* Intervento al Seminario di studio su "La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Trattato di Lisbona" del 19 ottobre 2009, Palazzo della Consulta, su www.cortecostituzionale.it.

tradizionale di “separatezza” con il diritto comunitario, «adottando la linea “europea” del ricorso alla Corte di giustizia, in via pregiudiziale», come Giudice di ultima istanza. Il riferimento è alle considerazioni finali dello stesso Flick: «... la Corte - chiamata a decidere su una questione di legittimità costituzionale proposta in via principale - ha ritenuto...., ai sensi dell’art. 234 del Trattato CE, di disporre per la prima volta (con la separata ordinanza n. 103) il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia CE di alcune questioni relative all’interpretazione di norme del Trattato: e ciò «al fine di evitare - ha puntualizzato la Corte - il pericolo di contrasti ermeneutici tra la giurisdizione comunitaria e quella costituzionale nazionale, che non giovano alla certezza e all’uniforme applicazione del diritto comunitario». Come, dunque, la potestà legislativa statale e regionale deve conformarsi ai «vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario», a norma dell’art. 117, primo comma, della Costituzione, così il “giudice” della interpretazione del Trattato CE finisce per assumere un ruolo di “nomofilachia esclusiva” anche rispetto alla Corte costituzionale. Quest’ultima, infatti, è chiamata a sospendere la questione di legittimità costituzionale che le viene devoluta, ove essa coinvolga tematiche che impongano l’attivazione della cosiddetta pregiudiziale comunitaria.»¹⁶⁹.

Il problema del rapporto tra normativa comunitaria e disciplina interna sottoposta al vaglio di costituzionalità, dopo un lungo percorso interpretativo della Corte costituzionale, sembrava ormai limitato alle direttive comunitarie che non producono effetti diretti. Secondo il teorema Tesauro¹⁷⁰, infatti, la questione di legittimità costituzionale di una norma interna contrastante con una norma comunitaria «dovrebbe essere limitata all’ipotesi del contrasto tra norma interna e norma comunitaria non produttiva di effetti diretti, vuoi perché priva delle caratteristiche di precisione, chiarezza e carattere incondizionato alle quali quegli effetti sono subordinati, vuoi perché destinata a regolare rapporti ‘orizzontali’». In conseguenza, «qualora la norma comunitaria in questione non sia dotata di efficacia diretta, trattandosi comunque di una situazione normativa non conforme agli obblighi comunitari e dunque riconducibile nell’alveo della disposizione costituzionale prima citata, l’antinomia deve essere comunque risolta e non può che trovare compimento secondo le regole generali del nostro ordinamento, vale a dire con il necessario intervento della Corte costituzionale».¹⁷¹.

I limiti oggettivi di questo teorema sono quelli denunciati da Flick, e attengono al ruolo della Corte costituzionale che, nel momento in cui è costretta ad operare come filtro interpretativo e applicativo nel complesso rapporto tra disciplina comunitaria, norme costituzionali e regole interne, diventa Giudice della causa e dei diritti o interessi dedotti nel singolo giudizio, interagendo sia con la nomofilachia comunitaria (affidata alla Corte di giustizia) sia con la nomofilachia interna (affidata alla Corte di cassazione), con risultati molto controversi e precari sul piano della soluzione dei problemi interpretativi e dell’equilibrio dell’intero sistema giudiziario nazionale se le Alte Corti sovranazionali o nazionali operano autonomamente e non coordinandosi con le altre, mandando in crisi l’ordinamento interno quando la gerarchia delle fonti del diritto viene deformata in eccesso (quando ci sia un automatico rinvio alla disciplina comunitaria di diretta applicazione o come eventualmente già interpretata – erroneamente - dalla Corte di Lussemburgo, come nell’ordinanza n. 252/2006) o in difetto (quando si sia negato ogni effettivo confronto con la normativa comunitaria, sia quando i giudici e le parti l’hanno espressamente richiamata come parametro di valutazione come nella sentenza n. 214/2009 sia quando la questione rientrava nel campo di applicazione della normativa comunitaria, ma nessuno lo ha segnalato alla Corte costituzionale, come nelle sentenze sulla stabilizzazione dei dirigenti sanitari regionali n. 215/2009 e n. 293/2009, ed altre successive conformi).

Il Giudice delle leggi nazionali ha mantenuto fino all’ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 207/2013 una posizione ormai non più definibile ed esattamente regolabile, di fronte ad un nuovo quadro istituzionale e di rapporti tra regole interne ed esterne (ma non estranee) all’ordinamento costituzionale interno, con l’ulteriore complicazione del nuovo¹⁷² testo dell’art. 117 Cost. e della necessità che lo Stato italiano e il legislatore interno (sia statale che regionale) rispetti in maniera pregnante e diretta gli obblighi comunitari e internazionali, secondo la previsione del primo comma, sostanzialmente ignorata dalla Corte costituzionale, che lo ho considerato fino al 18 luglio 2013, in

¹⁶⁹ Considerazioni finali sulla Giurisprudenza costituzionale del 2008, Roma, 28 gennaio 2009, pp. 6-7, su www.cortecostituzionale.it.

¹⁷⁰ G. TESAURO, *Diritto comunitario*, V ed., Padova, 2008, p. 207 ss., ma già in *Diritto comunitario e giudici nazionali*, in *Convivenza nella libertà: scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 1999, 1342

¹⁷¹ R. MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale*, in *Il diritto dell’Unione europea*, f. 3, 2007, p. 589, Milano.

¹⁷² Relativamente “nuovo”, dal momento che è stato introdotto con la legge costituzionale n. 3/2001, ed è in vigore da dodici anni.

fondo, una esplicitazione dell'art. 11 Cost.

b) La Corte costituzionale chiede alla comunità giuridica nazionale di spiegare i motivi di un diverso dialogo con la Corte di giustizia e di un nuovo rapporto tra le fonti del diritto

Non c'è stata da parte di chi scrive nessuna visione profetica nell'anticipare alla Corte di giustizia il provvedimento di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale, perché i segnali precedenti alla discussione della questione del precariato pubblico non deponevano nel senso di una possibile svolta della giurisprudenza costituzionale sulla ridefinizione del sistema delle fonti e del ruolo del Giudice delle leggi. Tutto è maturato all'udienza pubblica del 27 marzo 2013 davanti al Giudice delle leggi nazionali, nel discutere unitariamente le dieci ordinanze sollevate dai Tribunali di Trento (sei ordinanze nn. 283 e 284/2011 e 31, 32, 91 e 130/2012 Reg.ord.), Roma (due ordinanze nn. 143 e 144/2012 Reg. ord.) e Lamezia Terme (due ordinanze nn. 248 e 249/2012 Reg. ord.) in materia di (mancanza di) tutele contro gli abusi nella successione dei contratti a tempo determinato nella scuola pubblica.

E' stata la Corte a chiedere all'Avvocatura di parlare chiaro, di essere espliciti nelle richieste.

Infatti, la fase procedurale sulla questione del precariato scolastico che si è svolta in Corte costituzionale e che si è chiusa, per il momento, con le due contestuali e complementari ordinanze di inammissibilità n. 206/2013 (sulle sei ordinanze del Tribunale di Trento) e di rinvio pregiudiziale UE n. 207/2013 (sulle quattro ordinanze dei Tribunali di Roma e di Lamezia Terme), ha rappresentato un superiore grado di giudizio *extra ordinem* – tuttora in corso –, nel contempo di “merito” e di legittimità sulla compatibilità comunitaria e costituzionale delle norme interne che impediscono una tutela effettiva antiabusiva dei legittimi contratti a termine della scuola.

Come in un vero processo del lavoro (e come era appena accaduto con la sentenza n. 107/2013 sul sostitutivo Poste) la Corte costituzionale ha interloquito e dialogato con le parti in causa, autoriconoscendosi, nell'ordinanza di rinvio, come «giurisdizione nazionale», come Giudice del merito della controversia, che riguarda centinaia di migliaia di posizioni lavorative che potrebbero essere stabilizzate.

E' una nuova posizione che coincide perfettamente con le precisazioni e l'invito dell'Avvocato generale Kokott nelle conclusioni della causa C-169/08 ai punti 22 e 23¹⁷³ e con le ivi richiamate sollecitazioni della più autorevole dottrina comunitaria¹⁷⁴.

Come già anticipato¹⁷⁵, l'ordinanza n. 207/2013 del 18 luglio 2013, iscritta a ruolo in Corte di giustizia come causa C-418/13 *Napolitano* e a. (dal *nomen* della 1^a ricorrente nel 1^o giudizio principale del Tribunale di Roma, già Giudice del rinvio costituzionale), con cui la Corte costituzionale ha proposto due questioni interpretative alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 del Trattato per il funzionamento dell'Unione europea, segna una svolta epocale, una rivoluzione copernicana nella giurisprudenza costituzionale e nel complesso dialogo tra le Corti sovranazionali e i Giudici nazionali per quella che, spesso illusoriamente e solo sul piano teorico¹⁷⁶, viene delineata come la maggior tutela possibile dei diritti fondamentali.

¹⁷³ «22. Il caso presente mostra in maniera particolarmente chiara che anche nel procedimento dinanzi alle Corti costituzionali nazionali possono sorgere questioni di diritto comunitario che risultano determinanti per decidere il rispettivo contenzioso costituzionale. Così, la Costituzione italiana, al suo art. 117, primo comma, obbliga espressamente la potestà legislativa a rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. In tal modo le norme comunitarie, come riferisce la Corte costituzionale italiana, divengono il «parametro per la valutazione di conformità» nel giudizio di legittimità costituzionale e «rendono concretamente» operativi i requisiti imposti dalla Costituzione al legislatore. 23. Anche senza una simile incorporazione espressa, il diritto comunitario può essere rilevante per decidere controversie di diritto costituzionale, ad esempio qualora, in un giudizio di legittimità costituzionale, la decisione dipenda da quali effetti un atto giuridico comunitario mira ad ottenere o da quale margine di discrezionalità, sindacabile sotto il profilo costituzionale, tale atto lascia al legislatore nazionale.»

¹⁷⁴ V., in particolare, A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Il Diritto dell'Unione europea* 3/2007, p. 734 ss.; *idem*, *Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2006, p. 348 ss.

¹⁷⁵ Cfr. U. ADAMO, *Nel dialogo con la Corte di giustizia la Corte costituzionale è un organo giurisdizionale nazionale anche nel giudizio incidentale. Note a caldo sull'ord. n. 207/2013*, in *www.forumcostituzionale.it*, 24 luglio 2013; V. DE MICHELE, *L'interpretazione comunitaria della Corte costituzionale sulla “nuova” disciplina del contratto a termine*, in *LG*, 2013, n. 8-9, p. 816 ss., nonché *L'ordinanza “Napolitano” di rinvio pregiudiziale UE della Corte costituzionale sui precari della scuola: la rivoluzione copernicana del dialogo diretto tra i Giudici delle leggi nazionali ed europee*, in *www.europeanrights.eu*; in senso conforme L. MENGHINI, *Riprende il dialogo tra le Corti superiori: contratto a termine e leggi retroattive*, cit., p. 423; B. GUASTAFERRO, *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013*, 23 ottobre 2013, in *www.forumcostituzionale.it*.

¹⁷⁶ E' il diritto “eurounitario” nella definizione coniata dal prof. Ruggeri e ora richiamata anche dalla Cassazione, nella recentissima

Viceversa, vi è chi con articolato intervento¹⁷⁷ esprime un giudizio negativo sull'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale, che considera da un lato come atto obbligato rispetto alle questioni di pregiudizialità UE già sollevate dal Tribunale di Napoli nelle cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13 *Mascio* e a. sul precariato scolastico, dall'altro come un tentativo di condizionare negativamente la Corte di giustizia sull'esito delle domande interpretative proposte dal Giudice partenopeo, rappresentando una situazione "in fatto" completamente diversa circa le ragioni del reclutamento flessibile nella scuola pubblica.

Per quanto analitiche e suggestive siano le argomentazioni di chi censura la 1^a ordinanza di rinvio pregiudiziale in sede incidentale della Corte costituzionale, esse non possono essere condivise nelle conclusioni, mentre si sottoscrivono integralmente le considerazioni di chi¹⁷⁸ sottolinea il nuovo ruolo della Corte costituzionale nel dialogo tra le Alte Corti sovranazionali e nazionali: «la Corte, con grande maestria, ha definito il proprio ruolo nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento integrato, effettuando così un'operazione di importante rilievo che altre Corti costituzionali europee considerano esemplare e collaborando incisivamente ad elevare il livello della tutela stessa».

c) La Corte costituzionale sente la necessità di ricomporre la frattura interpretativa con la Corte europea dei diritti dell'uomo per evitare la disgregazione del sistema di tutele dei diritti

Tuttavia, la svolta della Corte costituzionale va collocata temporalmente proprio a partire dal 27 marzo 2013, quando la Consulta riprende il dialogo anche con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, dopo averlo bruscamente interrotto (in realtà, mai iniziato dopo le sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007) da tempo immemore in materia di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni o in materia previdenziale fino alle inaccettabili - e censurabili giuridicamente fino al rifiuto etico¹⁷⁹ - sentenze nn. 234/2007 e 311/2009 sul personale ATA transitato dagli Enti locali allo Stato, n. 303/2011 sull'art. 32, commi 5, 6 e 7, della legge n. 183/2010, n. 257/2011 sulle pensioni agricole, nn. 172/2008 e 264/2012 sulle pensioni svizzere, n. 362/2008 sulla previdenza integrativa dei funzionari del Banco di Napoli.

ordinanza della Sezione tributaria del 7 novembre 2013, n. 25035, punto 58. Pare a chi scrive che quella che sembrava una petizione di principio o una speranza dei giuristi europei di far prevalere in Europa e non solo nell'area dell'Unione le esigenze della tutela dei diritti fondamentali sulle ragioni imperscrutabili dell'economia degli Stati e degli interessi di gruppi e individui stia lentamente diventando una realtà "processuale", come dimostrano proprio il caso *Carrati*, la questione del personale ATA transitato dagli Enti locali allo Stato, le interessenze sulla legge elettorale italiana e, ora, la richiesta della Cassazione francese dell'assenso alla Corte di giustizia per una applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea negli ordinamenti interni. Rimane l'interrogativo, non di poco momento, se la supplenza giurisdizionale e giurisprudenziale "europeanitaria" riuscirà a riempire le carenze di potere politico delle Istituzioni comunitarie rispetto ai Governi nazionali.

¹⁷⁷ V. N. ZAMPIERI, *Sull'obbligo della Corte Costituzionale di effettuare anche nei giudizi in via incidentale il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e sulla dubbia conformità della normativa nazionale sul precariato pubblico all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato*, in R.U., n. 4-5, 2013, pp.123-144. Condivide in parte le critiche sul piano soprattutto della tardività dell'intervento della Consulta, G. REPETTO, *La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c'è mai fine ai nuovi inizi (sull'ordinanza n. 207 del 2013 della Corte costituzionale)*, in www.diritticomparati.it, che però sottolinea l'importanza della decisione interinale. In termini, A. RUGGERI, *"Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, cit., p.7.

¹⁷⁸ L. TRIA, *Il valore sociale e politico del lavoro in Italia ed in Europa al tempo della crisi*, in www.europeanrights.eu, 13 maggio 2013.

¹⁷⁹ Si rimanda a quanto argomentato sulla posizione negativa della Corte costituzionale, quando norme interpretative e/o retroattive in favore dello Stato e di altre Pubbliche Amministrazioni, quali Inps e Poste italiane, hanno violato irrimediabilmente diritti fondamentali in materia di lavoro e di previdenza sociale ingerendosi nei processi del lavoro "seriali", per distruggerne il nerbo vitale, cioè l'imparzialità del Giudice: cfr. in particolare, V. DE MICHELE, *Nuovamente alla Consulta il passaggio del personale ATA dagli Enti locali allo Stato*, in LG, 2008, n. 11, p. 1128 ss.; *La tutela comunitaria e internazionale salverà il processo del lavoro italiano?*, *ivi*, 2009, n. 2, p. 145 ss.; *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, pp. 1-37; *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro italiano: un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, in *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, a cura di R. FOGLIA e R. COSIO, 2011, Milano, pp. 53-147; *La tutela delle pensioni agricole e l'incostituzionalità interna e UE delle norme retroattive pro-Inps*, in LG, n. 6, 2011, pp. 560-570; *Retroattività delle norme e tutela dei diritti del precariato pubblico da parte dei Giudici nazionali*, *ivi*, n. 7, 2011, Ipsa, pp. 697-715; *Dal libro bianco di Biagi alle sentenze Agrati-Scattolon delle Corti sovranazionali: il rilancio della casa comune europea parte dalla difesa sostenibile del welfare*, in *Atti del Convegno Nazionale Centro studi D.Napoletano, "Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro"*, 303-365, ISBN 978-88-6561-005-3, ISBN 978-88-6561-006-0, DOI 10.2423/csdn. cp2011p303, su CASPUR-CIBER Publishing, <http://caspur-ciberpublishing.it>; *La vicenda del personale ATA dopo le superiori giurisdizioni europee e nazionali viene decisa (infine?) dal Tribunale di Treviso*, in LG, 2012, 3, pagg.223-244; *L'art. 8 dl. n. 138/2011 e i contratti a tempo determinato: la genesi probabile e la ratio possibile della norma «derogatoria»*, in *Diritto del lavoro anno zero?*, Atti del Convegno nazionale Agi del 28-29 ottobre 2011, di F. M. PUTATURO DONATI (a cura di), 2012, Napoli, 227-264. Anche autorevole dottrina condivide in gran parte le critiche all'insano contrasto tra Corte costituzionale e Corte EDU: v. L.MENGHINI, *I contrasti tra Corte Edu e Corte costituzionale sulle leggi retroattive che eliminano diritti di lavoratori e pensionati: qualche idea per un avvio di soluzione*, in RDLav, 2012, n. 2, p. 357 ss.

Non va dimenticato, infatti, che la Corte europea dei diritti dell'uomo con le sentenze *Agrati I*¹⁸⁰ del 7 giugno 2011 e *Agrati II* dell'8 novembre 2012 sul personale ATA, con la sentenza Maggio del 31 maggio 2011 sulle pensioni svizzere, con la sentenza *Arras* del 14 febbraio 2012 sulle pensioni integrative dei funzionari del Banco di Napoli, ha censurato specificamente quattro delle citate sentenze della Corte costituzionale nello spazio di meno di un anno, e la Consulta ha risposto con durezza o contestando la riconducibilità alla fattispecie di causa delle decisioni della Corte EDU (sentenze nn. 257/2011 e 303/2011) o riducendo la portata alla soluzione del "singolo" caso concreto (sentenza n. 264/2012), per renderla inidonea ad incidere su evanescenti diritti fondamentali dell'ordinamento interno.

Bisogna ricordare, inoltre, che, in conseguenza del durissimo dibattito all'udienza del 1° febbraio 2011 nella causa *Scattolon*, la Corte di giustizia con la decisione del 6 settembre 2011 ha accuratamente evitato di estendere l'operatività diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla fattispecie del trasferimento del personale ATA, impedendo così di dare effettività alla tutela richiesta per la flagrante violazione dell'art. 47 della Carta di Nizza sul giusto processo da parte del legislatore nazionale in favore degli abusi di Stato.

Si è dato conto ampiamente di come la giurisprudenza comunitaria si sia moltiplicata spesso contraddicendosi sulla disciplina del contratto a tempo determinato: sono state trasferite in ambito europeo problematiche irrisolte di contenziosi "seriali" che riguardano decine o centinaia di migliaia di posizioni lavorative nel pubblico impiego (spesso riguardanti proprio la stabilità del posto di lavoro alle dipendenze delle PP.AA.), pretendendo di investire le Corti sovranazionali (e non solo la CGUE, ma anche la Corte EDU) della soluzione di situazioni conflittuali "collettive" che sono diventate patologiche ed endemiche, nella loro ciclica negatività, per carenze interne culturali e istituzionali dell'ordinamento nazionale e per responsabilità oggettiva della comunità giuridica.

Purtroppo, è accaduto, per disattenzione, per colpa o per scelta, che i fenomeni di degrado processuale derivanti dagli abusi di Stato sulle regole e sulla gestione dei rapporti di lavoro diventassero incontrollabili socialmente ed economicamente, per poi obbligare le Corti superiori nazionali ad opzioni interpretative eccezionali ed *extravagantes* rispetto alla superiore qualità che la Corte costituzionale o la Cassazione sono in grado di offrire, per risolvere i problemi di criticità della tutela dei diritti fondamentali e rendere compatibile la sopravvivenza di un *welfare* sostenibile con la tenuta dei conti pubblici.

Pertanto, alla domanda¹⁸¹ posta nel febbraio 2009 se la tutela comunitaria e internazionale avrebbe salvato il processo del lavoro italiano dagli abusi dello Stato sulle regole, andava sicuramente data - a febbraio 2011 a distanza di due anni dalla sua formulazione - una risposta negativa, vista la gravità della situazione e della crisi del sistema giuridico interno di tutela.

d) Il nuovo dialogo triangolare tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo sui diritti civili dei cittadini italiani e sulla tutela del precariato pubblico

E del resto, senza la collaborazione del Giudice delle leggi nazionali di un grande Stato come l'Italia, fondatore dell'attuale Unione europea, non vi può essere alcuna tutela effettiva dei diritti quando l'interlocutore e la controparte (dei processi) è il legislatore e la pubblica amministrazione che conosciamo.

La Corte costituzionale garantisce l'unità della rappresentanza dei poteri dello Stato nella difesa e applicazione dei principi costituzionali, nella sua composizione paritaria nelle componenti di nomina presidenziale, parlamentare e giudiziaria.

Se la Corte costituzionale non partecipa attivamente al dialogo con le Corti sovranazionali - con la Corte di giustizia quando il processo è ancora vivo più che con la Corte europea dei diritti dell'uomo ove il processo è già morto e la tutela è già stata negata - la pienezza della tutela dei diritti fondamentali non sarà realizzabile neanche al livello più basso, fino a quando le esigenze erariali dovranno essere prioritariamente garantite in un momento di recessione e di crisi economica.

¹⁸⁰ Cfr. sugli effetti controversi delle decisioni della Corte EDU *Maggio* e *Agrati*, E. LUPO, *Pluralità delle fonti ed unitarietà dell'ordinamento*, in *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, di E. FALLETTI-V. PICCONE (a cura di), 2012, Bari, p. 31 ss.

¹⁸¹ Cfr. V. DE MICHELE, *La tutela comunitaria e internazionale salverà il processo del lavoro italiano?*, cit.

A tal proposito, vanno ricordati gli effetti dello scontro a Lussemburgo tra due culture giuridiche italiane, una che pretende il rigoroso rispetto delle regole nella loro originaria formulazione quale garanzia di tutela dei diritti, l'altra fondata sul primato dello Stato nell'economia e nell'organizzazione del lavoro pubblico a prescindere dalla legalità costituzionale:

- conflitto tra Corte EDU e Corte costituzionale, con la Consulta che si rifiuta di aderire alla giurisprudenza convenzionale e la rimodella sul piano interpretativo a vantaggio degli abusi di Stato nelle sentenze nn. 257/2011 sulle pensioni agricole, 303/2011 sul Collegato lavoro, n. 264/2012 sulle pensioni svizzere;

- crisi gravissima nei rapporti tra Corte EDU e Corte di giustizia, con la Corte di Lussemburgo che si rifiuta nella sentenza *Scattolon* di aderire alla censura diretta nei confronti dello Stato italiano e della sua Corte costituzionale sull'uso massivo e devastante delle leggi retroattive in materia civile e rimanda *sine die* la possibilità di estendere i suoi poteri decisionali con l'applicazione sistematica dei principi della Carta di Nizza e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sancita dal Trattato di Lisbona;

- grave dissenso decisionale all'interno del Collegio lussemburghese, espresso dalla mancata sottoscrizione della sentenza *Scattolon* da parte di due dei tredici componenti la Grande Sezione.

E la responsabilità della implosione del sistema di tutele sulla questione del personale ATA non può essere certamente attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo, che con la sentenza *Agrati* ha semplicemente riaffermato e rafforzato il principio cardine di ogni ordinamento giuridico democratico, la salvaguardia della nomofilachia consolidata del Giudice di legittimità. Semmai la responsabilità è della Corte di giustizia con la causa *Scattolon* che, preoccupata dell'erroneo precedente dell'ordinanza *Crocefissa Savia* sulla declaratoria di incompetenza, non ha dato risposte coerenti al Giudice nazionale e alla intera comunità giuridica italiana, si è inventata – come è emerso nella discussione del 15 novembre 2013 al *Workshop* di Genova – un accordo con la Corte EDU (e la rottura di questo accordo fantasma da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza *Agrati*) che non è mai avvenuto se non con una lettera di intenti del gennaio 2011 tra i Presidenti delle due Corti, su una sorta di corsia preferenziale a favore della Corte di giustizia quando la decisione su una questione di interesse e di competenza comune non era stata ancora deliberata dai Giudici di Lussemburgo.

Nel caso di specie, invece, la Corte di giustizia aveva già deciso (male) con l'ordinanza *Crocefissa Savia* di non decidere e, se voleva modificare il cattivo precedente specifico, avrebbe potuto tranquillamente ammettere il *revirement* con la decisione della Grande Sezione ed evitare la crisi dei rapporti istituzionali con la Corte EDU e la confusione che ne è derivata in Italia nell'applicare una sentenza, come quella *Scattolon*, francamente così contraddittoria nella sua declaratoria di competenza sul trasferimento di azienda abbinata all'ingiustificato silenzio sull'art. 47 della Carta di Nizza da superare *in peius* gli errori della *Mangold*, che se non altro aveva il grande merito di aver tentato di rafforzare la effettività del diritto comunitario e il ruolo della Corte di giustizia - usciti ridimensionati dal fallimento del progetto di costituzione europea - attraverso l'uso troppo disinvolto dell'applicazione in orizzontale del principio di uguaglianza e non discriminazione garantito dalla direttiva comunitaria nei rapporti tra privati.

Né appare ancora possibile, in questo vortice di eventi straordinari sul piano giuridico che sta rivoluzionando l'ordinamento interno, poter ancora ipotizzare una situazione di contrasto tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo come quella verificatasi sulla questione del personale ATA e sfociata nella mancata presenza a gennaio 2012 del Presidente *pro tempore* della Corte costituzionale (estensore della sentenza n. 234/2007 censurata dalla Corte EDU) all'incontro presso il Palazzo della Consulta tra i rappresentanti del Giudice delle leggi nazionali e i rappresentanti della Corte EDU, tra cui il Presidente *pro tempore* e il Giudice italiano a Strasburgo Raimondi.

Infatti, la sentenza n. 170/2013 della Corte costituzionale e la straordinaria descritta vicenda della declaratoria di illegittimità della legge elettorale attraverso un efficace dialogo "sotterraneo" tra le Corti superiori nazionali e la Corte di Strasburgo, con l'avallo del Governo italiano a guida Monti, dimostrano che i contrasti passati sono stati abbondantemente superati.

e) Il *motu proprio* del dialogo diretto con la Corte di giustizia e con la Corte EDU nelle richieste del Presidente della Corte costituzionale all'udienza del 27 marzo 2013

Quindi, dal 27 – 28 marzo 2013 (il primo giorno è quello dell'udienza pubblica in Corte costituzionale sul precariato scolastico e sul "sostitutivo Poste"; il secondo giorno è quello in cui il Giudice unico della Corte EDU ha dichiarato irricevibile il ricorso n. 34448/2012 contro il *Porcellum*) o, se si preferisce, dal 12 aprile 2013¹⁸² è cambiato tutto anche per il ruolo della Corte di giustizia sulla tutela dei diritti fondamentali, quando la Corte costituzionale ha deciso di voltare pagina e di essere protagonista diretta di un processo di risanamento dell'ordinamento interno necessario quanto inimmaginabile, fino a quel momento. E lo ha fatto *motu proprio*.

Infatti, è pur vero che alla Corte costituzionale le parti costituite nei giudizi incidentali sollevati dal Tribunale di Trento avevano chiesto nelle memorie scritte conclusive al Giudice delle leggi il rinvio pregiudiziale UE ai sensi dell'art. 267 TFUE: ma si trattava di istanza di stile.

Le dieci ordinanze sul precariato scolastico sollevate dai Tribunali di Trento, Roma e Lamezia Terme, discusse unitariamente all'udienza pubblica del 27 marzo 2013, erano tutte palesemente inammissibili e carenti nell'indicazione del vaglio di costituzionalità delle due norme interne che negavano e negano (ancor oggi, con l'aggiunta di altre disposizioni inserite nel dl. n. 101/2013, v. *infra*) la tutela effettiva antiabusiva: l'art. 4, comma 14-*bis*, della legge n. 124/1999 e l'art. 10, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, che non consentono la trasformazione a tempo indeterminato dei contratti a termine successivi, quantomeno nell'ipotesi del superamento dei 36 mesi di cui all'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001.

La controprova dello scetticismo generale degli interpreti su questa solo teorica eventualità (del rinvio pregiudiziale) è stata l'improvvisa domanda del Presidente Gallo, al termine dell'intervento del difensore di uno dei docenti precari: «Avvocato, ma allora non insiste sulla richiesta di rimessione pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 del Trattato per il funzionamento dell'Unione europea?».

Con quella domanda del Giudice delle leggi (e con la immediata risposta dell'Avvocatura, che ha "insistito" su tutte le conclusioni precisate in atti, compresa la richiesta di rinvio pregiudiziale) è cambiato completamente il percorso argomentativo della difesa dei lavoratori della scuola, che si è concentrata esclusivamente sulla finestra aperta dalla Corte costituzionale rispetto alla possibilità di sollevare per la 1^a volta questione pregiudiziale in sede incidentale, facoltà che la dottrina aveva invano sollecitato a esercitare da tempo immemore, censurando l'inerzia della Consulta¹⁸³.

Del resto, precisa la Corte costituzionale nell'ordinanza n. 206/2013 con cui dichiara inammissibili le questioni sollevate dal Tribunale di Trento nelle sei identiche ordinanze di rinvio, «l'atto di costituzione contiene una dettagliata ricostruzione delle principali pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea su tale argomento, fino all'ordinanza 1^o ottobre 2010 (in causa C-3/10, *Affatato*) ed alla sentenza 26 gennaio 2012 (in causa C-586/10, *Kucuk*), alla luce delle quali il Russo conclude nel senso che la trasformazione del contratto di lavoro a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato può essere raggiunta disapplicando la normativa interna che vieta tale possibilità per il solo personale della scuola, in tal modo entrando in contrasto con la disciplina comunitaria».

Quindi, l'Avvocatura del libero foro (ma anche quella del datore di lavoro pubblico sia come

¹⁸² Cfr. M. D'ONGHIA, *Diritti previdenziali e vincoli di bilancio nella giurisprudenza costituzionale*, Bari, 2013, monografia in corso di pubblicazione, che sottolinea la dichiarazione di intenti della svolta della Corte costituzionale nella relazione presidenziale del 12 aprile 2013 alla seduta straordinaria degli Stati generali della classe politica.

¹⁸³ Cfr. A. AGOSTA, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato CE, tra (ingiustificato?) horror obsequii della Corte costituzionale e irresistibile vocazione espansiva del giudice comunitario*, 357 ss., in P. FALZEA, A. SPADARO; E. CANNIZZARO, *La Corte costituzionale come giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE*, in RDI, 1996, 452; S. M. CARBONE, *Corte costituzionale, pregiudiziale comunitaria e uniforme applicazione del diritto comunitario*, in DUE, 2007, p. 707 ss.; M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea* in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, p. 99 ss.; M. CARTABIA E A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4504 ss.; R. CONTI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Dalla pratica alla teoria*, maggio 2013, in www.europeanrights.eu; R. COSIO, *Il ruolo dei diritti fondamentali nel rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, maggio 2013, *ibidem*; G. GAJA, *La Corte costituzionale di fronte al diritto comunitario*, in L. DANIELE (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 277; T. GROPPI, *La corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE*, in *Giudici e giurisdizione nella giurisprudenza della corte costituzionale*, Torino, 1997, p. 171 ss.; A. PIZZORUSSO, *Commento all'art. 134*, in *Commentario alla Costituzione*, di G. BRANCA E A. PIZZORUSSO (a cura di), Bologna – Roma, 1981, p. 39; F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in DP, 2002, p. 491; L. VENTURA, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa: Atti del Seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio - 1 giugno 2002*, Torino, 2003, pp. 349-373; F. SORRENTINO, *Corte Costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità Europee*, I, Milano, 1970, 129 ss.; G. Tesauo, *Corte di giustizia e Corte Costituzionale*, in AA.VV., *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, 1991, p. 177 ss.; G. ZAGREBELSKY, intervento al Seminario *Corti europee e corti nazionali, relazione del 12 gennaio 2001 al Seminario dell'Osservatorio costituzionale L.U.I.S.S. in www.luiss.it/semcost/europa*.

Provincia di Trento che come Ministero dell'Istruzione) aveva già manifestato perplessità e dissenso giuridico sul fatto che la Corte costituzionale - come Giudice delle leggi - potesse risolvere il problema del precariato pubblico, sembrando ormai definitivamente spostata la definizione della controversia davanti alle Istituzioni europee. La richiesta di un ulteriore rinvio pregiudiziale UE rispetto a quelle già sollevate dal Tribunale di Napoli era solo atto formalmente dovuto, alla luce della stessa giurisprudenza costituzionale¹⁸⁴.

In verità, il Tribunale di Trento nelle ordinanze di rinvio aveva precisato che la non applicazione del diritto interno in contrasto con il diritto dell'Unione europea derivava, sostanzialmente, dalla non diretta applicabilità della clausola 5 dell'accordo quadro comunitario recepito dalla direttiva 1999/70/CE, essendo lasciata alla discrezionalità degli Stati membri la previsione di una delle tre misure preventive antiabusive imposte dalla disciplina comunitaria: a) le ragioni oggettive in caso di successione di contratti o rapporti a termine; b) la durata massima complessiva dei contratti o rapporti a tempo determinato; c) il numero massimo dei rinnovi.

E la Corte di giustizia si era già pronunciata troppe volte sull'interpretazione della direttiva 1999/70/CE, anche in rapporto all'ordinamento interno (sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*; ordinanza *Affatato*), per immaginare che potesse essere indispensabile un'ulteriore rimessione pregiudiziale da parte della Corte costituzionale, dopo quelle già proposte dal Tribunale di Napoli con le ordinanze C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13, tuttora pendenti.

Invece, la Corte costituzionale ha chiesto all'Avvocatura del libero foro di provare a collaborare insieme per la soluzione del più grave problema strutturale dell'ordinamento interno non solo in materia di pubblico impiego, dopo aver constatato direttamente la gravità della situazione interna e l'impossibilità di soluzioni giudiziarie sia in senso positivo che in senso negativo, come ad esempio era avvenuto con le sentenze nn. 392/2012 e 10127/2012 della Corte di cassazione. All'ipotesi del rinvio pregiudiziale UE, addirittura, ha aderito anche l'eccellente difesa della Provincia di Trento, datore del lavoro resistente nel giudizio principale per "colpe" non sue ma del legislatore nazionale.

Ne consegue che, alla chiusura dell'udienza pubblica del 27 marzo 2013, i difensori delle parti che vi avevano partecipato erano già sufficientemente sicuri che la Corte costituzionale avrebbe proposto la più importante ordinanza di rinvio pregiudiziale del diritto dell'Unione europea in sede incidentale rispetto a quelle sollevate dagli altri Giudici delle leggi nazionali.

f) L'importanza strategica per l'integrazione europea della prima ordinanza di rinvio pregiudiziale in sede incidentale della Corte costituzionale italiana

In particolare, i tre precedenti rinvii pregiudiziali in sede incidentale, ai sensi dell'art. 267 (già art. 234 TCE) del TFUE, delle altre Corti costituzionali riguardano tutti questioni interpretative legate all'applicazione della decisione quadro 2002/584/GAI in materia di mandato di arresto europeo:

- la domanda di pronuncia pregiudiziale dell'*Arbitragehof* (organo giurisdizionale preposto al sindacato di legittimità delle leggi) del Belgio con decisione del 13 luglio 2005, decisa dalla Grande Sezione della Corte di giustizia con la sentenza del 3 maggio 2007 nel procedimento C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW*, che ha rigettato i sospetti di contrasto della decisione quadro con l'art. 6, n. 2, del Trattato UE sollevati dal Tribunale costituzionale belga;

- la domanda di pronuncia pregiudiziale del *Tribunal Constitucional* della Spagna con decisione del 9 giugno 2011, decisa dalla Grande Sezione della Corte di giustizia con la sentenza del 26 febbraio 2013 nel procedimento C-399/11 *Melloni*, che ha rigettato i sospetti di contrasto della decisione quadro con gli artt. 47, 48 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea;

- la domanda di pronuncia pregiudiziale del *Conseil constitutionnel* della Francia con decisione del 9

¹⁸⁴ Infatti, la stessa Corte costituzionale ha chiarito che «il rimettente deve espressamente indicare i motivi che osterebbero alla non applicazione del diritto interno in contrasto con il diritto dell'Unione europea, venendo altrimenti meno la sufficienza della motivazione in ordine alla rilevanza della questione (*ex plurimis* sentenze n. 288 e n. 227 del 2010, n. 125 del 2009 e n. 284 del 2007); che, d'altronde, va ribadito che, nei casi in cui i Giudici nazionali, chiamati ad interpretare il diritto comunitario, al fine di verificare la compatibilità delle norme interne, conservino dei dubbi rilevanti, va utilizzato il rinvio pregiudiziale prefigurato dall'art. 234 del Trattato CE quale fondamentale garanzia di uniformità di applicazione del diritto comunitario nell'insieme degli Stati membri (sentenza n. 284 del 2007); e che la questione di compatibilità comunitaria costituisce un *prins* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata nel giudizio a quo e pertanto la rilevanza della questione (ordinanze n. 241 del 2010 e n. 100 del 2009)» (così ordinanza n. 298 del 2011 e in termini sentenza n. 111/2012, che dichiara inammissibile la censura inerente la violazione dell'articolo 47 della Carta di Nizza proprio in quanto tale disposizione è direttamente applicabile nell'ordinamento interno).

giugno 2011, decisa dalla II Sezione della Corte di giustizia con la sentenza del 30 maggio 2013 nel procedimento d'urgenza C-168/13 PPU *Jeremy F.*, che ha risolto i dubbi applicativi del nuovo caso di "Lolita" inglese (fuga in Francia del docente britannico con la sua allieva minorenni ultraquindicenne ma infrasedicenne, con conseguente ipotesi del doppio reato di sottrazione di minori e di atti sessuali su minori, che il più tollerante - per età - diritto francese non prevedeva come fattispecie penalmente rilevante).

Nessuno dei tre precedenti casi su cui è intervenuta la giurisprudenza della Corte di giustizia sulle questioni pregiudiziali sollevate in sede incidentale dai Tribunali costituzionali di Belgio, Spagna e Francia ha il peso e l'importanza dei due quesiti proposti dalla nostra Corte costituzionale con l'ordinanza del 18 luglio 2013 n. 207, iscritta in Corte di giustizia come procedimento n. C-418/13 *Napolitano* e a.

La controprova della serietà e della personale condivisione della ricerca di una soluzione definitiva del dramma del precariato scolastico da parte del Giudice delle leggi sta nell'inquadramento della fattispecie pregiudiziale da parte della Corte comunitaria, che nella scheda tecnica pubblicata sul sito www.curia.eu della Corte europea così individua l'oggetto dell'ordinanza di rinvio: «Domanda di pronuncia pregiudiziale – Corte costituzionale – Interpretazione della clausola 5, *sub* 1, della direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato (GU L 175, p. 43) – Normativa nazionale che consente, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo, che si faccia ricorso a contratti a tempo determinato senza indicare tempi certi per l'espletamento dei concorsi, senza prevedere la durata massima dei contratti né il numero massimo di rinnovi possibili, e senza prevedere un diritto al risarcimento del danno derivante dalla mancata stipula di un contratto a tempo indeterminato».

Nella sintesi a fini classificatori operata dalla Corte di giustizia, dunque, l'ordinanza di rinvio della Corte costituzionale chiede di interpretare la clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro comunitario rispetto ad una norma interna che, dichiaratamente secondo il Giudice delle leggi, non prevede per n. 125.934 nel 2012 (il dato è fornito dalla Corte) del personale supplente della scuola pubblica docente e ATA nessuna delle tre misure preventive obbligatorie antiabusive imposte dalla disciplina europea e, soprattutto, nessuna sanzione effettiva.

Lo Stato italiano, secondo gli uffici amministrativi della Corte di giustizia in sede di prima lettura dell'ordinanza *Napolitano*, non ha recepito la direttiva 1999/70/CE per i contratti a tempo determinato della scuola pubblica. Non pare che questa posizione interpretativa della Corte costituzionale sia di favore per il legislatore nazionale, di cui addirittura il Giudice delle leggi conferma la spiccata tendenza ad eludere gli obblighi comunitari. Ed è esattamente quanto è emerso in sede di discussione davanti alla Consulta all'udienza del 27 marzo 2013 delle ordinanze sul precariato scolastico.

g) Il *motu proprio* del dialogo diretto con la Corte di giustizia e con la Corte EDU nella relazione agli "infedeli" del 12 aprile 2013 del Presidente della Corte costituzionale

Per chi avesse ancora dubbi sulla gravità istituzionale e sulla coerenza della scelta della Corte costituzionale di dialogare direttamente e alla pari – si potrebbe dire su un piano di "subordinazione tecnica con equiordinazione gerarchica, laddove il tecnico subordinato dell'interpretazione delle norme europee non è certamente il Giudice delle leggi nazionali, trasformatosi in Giudice delle controversie seriali - con la Corte di giustizia, invitata ad un supplemento chiarificatore dopo le tantissime pronunce già emesse in materia, va ricordata l'improvvisa e straordinaria convocazione alla seduta del 12 aprile 2013 degli Stati generali della politica nazionale e regionale presso il Palazzo della Consulta, due settimane dopo la discussione sul precariato scolastico, quando Ulisse (la Corte costituzionale) ha deciso di lasciare la tessitrice e "incontinente" Penelope (lo Stato italiano), per andare alla conquista di Ilio (la Corte di giustizia).

Nell'evidenziare la palese illegittimità costituzionale della legge elettorale n. 270/2005 c.d. "*Porcellum*" delegittimando così *ex professo* la credibilità dell'intero corpo legislativo e governativo di "nominati" in base al meccanismo di autoselezione dell'elettorato passivo nazionale, la relazione del 12 aprile 2013 del Presidente della Corte costituzionale sottolinea¹⁸⁵ con molta chiarezza la necessità di

¹⁸⁵ Si riproduce testualmente il passaggio più significativo della relazione sul punto: «Il dialogo che la Corte ha ormai stabilmente

rafforzare il dialogo con la Corte di giustizia e con la Corte europea dei diritti dell'uomo, superando con la Corte di Strasburgo i contrasti interpretativi sulle note vicende delle pensioni svizzere (sentenza Maggio della Corte EDU)¹⁸⁶ e sul personale ATA trasferito allo Stato (sentenze *Agrati I* e *Agrati II* della Corte EDU) in materia di norme interpretative con efficacia retroattiva sui processi in corso¹⁸⁷.

In effetti, a luglio 2013 con la impeccabile sentenza n. 170/2013¹⁸⁸ il Giudice delle leggi sembra aver chiuso definitivamente la *querelle* con la Corte europea dei diritti dell'uomo, dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma retroattiva in favore di Equitalia, che, nelle procedure concorsuali, estendeva il privilegio erariale sui crediti da tributi anche alle sanzioni comminate dall'impresa pubblica concessionaria. La Corte costituzionale richiama, a sostegno della propria lineare decisione – “applicandola” come giurisprudenza sul piano “generale” e non del caso concreto e della fattispecie “puntiforme” –, tutte le sentenze della Corte EDU che avevano censurato direttamente o indirettamente la legittimazione autoctona nella giurisprudenza costituzionale di norme retroattive novative o interpretative in favore delle indeterminate esigenze erariali, cioè le sentenze *Maggio*, *Agrati* e *Arras*.

La risposta della Corte europea dei diritti dell'uomo non si è fatta attendere e, con la decisione del 3 settembre 2013 n. 5376/11, ha condannato l'Italia per la mancata rivalutazione dell'indennità integrativa speciale nei confronti degli emotrasfusi, disposizione introdotta dall'art. 11, comma 13, dl. n. 78/2010, già dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 293/2012, alle cui argomentazioni la Corte EDU ritiene di adeguarsi integralmente.

h) Il ruolo centrale della Corte europea dei diritti dell'uomo nel ripristinare le condizioni di legalità democratica in Italia, d'intesa con la Corte costituzionale e con la Cassazione

Ritiene chi scrive, peraltro, che la Corte europea dei diritti dell'uomo sia stata determinante, nel dialogo con le Istituzioni nazionali e, in particolare, con il Governo italiano e con la Corte costituzionale, per riparare i guasti provocati dalla legge elettorale n. 270/2005, di cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale all'esito della camera di consiglio del 4 dicembre 2013 con contestuale comunicato nei seguenti termini: «La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme della legge n. 270/2005 che prevedono l'assegnazione di un premio di maggioranza – sia per la Camera dei Deputati che per il Senato della Repubblica – alla lista o alla coalizione di liste che abbiano ottenuto il maggior numero di voti e che non abbiano conseguito, almeno, alla Camera, 340 seggi e, al Senato, il 55% dei seggi assegnati a ciascuna Regione. La Corte ha altresì dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme che stabiliscono la presentazione di liste elettorali “bloccate”, nella parte in cui non consentono all'elettore di esprimere una preferenza. Le motivazioni saranno rese note con la pubblicazione della sentenza, che avrà luogo nelle prossime settimane e dalla quale dipende la decorrenza dei relativi effetti giuridici. Resta fermo che il Parlamento può sempre approvare nuove leggi elettorali, secondo le proprie scelte politiche, nel rispetto dei principi costituzionali».

Infatti, il giudizio di illegittimità costituzionale della legge elettorale formulato preventivamente

instaurato con i giudici europei si presenta a volte più difficile proprio con il soggetto che della Corte dovrebbe essere il naturale interlocutore, e cioè il legislatore. Questa difficoltà emerge, in particolare, nei casi in cui essa solleciti il legislatore a modificare una normativa che ritiene in contrasto con la Costituzione. Tali solleciti non possono essere sottovalutati. Essi costituiscono, infatti, l'unico strumento a disposizione della Corte per indurre gli organi legislativi ad eliminare situazioni di illegittimità costituzionale che, pur da essa riscontrate, non portano ad una formale pronuncia di incostituzionalità. Si pensi all'ipotesi in cui l'eliminazione del contrasto con la Costituzione esiga la riforma di interi settori dell'ordinamento o possa realizzarsi in una pluralità di modi consentiti dalla Carta costituzionale, la scelta dei quali è riservata alla discrezionalità del legislatore. Non è inopportuno ribadire che queste esortazioni non equivalgono al mero auspicio ad un mutamento legislativo, ma costituiscono l'affermazione – resa nell'esercizio tipico delle funzioni della Corte – che, in base alla Costituzione, il legislatore è tenuto ad intervenire in materia».

¹⁸⁶ Cfr. sulla problematica delle norme interpretative con efficacia retroattiva e sugli effetti controversi delle decisioni della Corte EDU *Maggio* e *Agrati*, cfr. E. LUPO, *Pluralità delle fonti ed unitarietà dell'ordinamento*, in *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, di E. FALLETTI-V. PICCONE (a cura di), 2012, Bari, p. 31 ss.; V. DE MICHELE, *La vicenda del personale ATA dopo le superiori giurisdizioni europee e nazionali viene decisa (infine?) dal Tribunale di Treviso*, in *LG*, 2012, 3, p. 223 ss., cit.; nonché *La tutela delle pensioni agricole e l'incostituzionalità interna e UE delle norme retroattive pro-Inps*, *ibidem*, 2011, p. 560 ss.

¹⁸⁷ Sulla ricostruzione dell'intera vicenda del personale ATA, inserita in un'articolata ed esaustiva riflessione sul rapporto tra Corte EDU e ordinamento interno, v. F. BUFFA, *Il diritto del lavoro e della previdenza sociale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e nel dialogo “multilevel” tra le Corti*, relazione all'incontro di studi per magistrati “Il diritto del lavoro dell'Unione europea”, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, in Roma, 16/18 gennaio 2012, pubblicata su www.giustizia.it.

¹⁸⁸ C. Cost., Pres. Gallo, Est. Cartabia, sentenza 3 luglio 2013, n. 170.

dal Prof. Gallo (che ha cessato le funzioni di Presidente della Corte costituzionale a settembre 2013 prima della discussione pubblica sul *Porcellum*) il 12 aprile 2013 sarebbe stato ingiustificabile e sommamente censurabile, in tempi normali dell'ordinamento interno, perché espresso fuori da un contesto collegiale e in assenza di una formale rimessione alla Consulta della questione di legittimità costituzionale.

Invece, in tempi eccezionali di crisi istituzionale, sociale ed economica quali quelli che il sistema Paese sta vivendo, l'anticipazione di giudizio dell'*ex* Presidente della Corte delle leggi nazionali è apparso espressione di un disperato atto di coraggio terapeutico e salvifico delle fondamenta dello Stato di diritto, in perfetto accordo con la Cassazione, con il Governo Monti e, soprattutto, con la Corte EDU.

Sta di fatto che, dopo il citato ricorso n. 34448/2012 del 28 maggio 2012 alla Corte europea dei diritti dell'uomo contro il *Porcellum* e contro la sentenza n. 13/2012 della Corte costituzionale che sembrava esaurire i rimedi interni per cancellare l'abominevole legge elettorale, la Suprema Corte di cassazione ha tempestivamente fissato per l'udienza del 21 marzo 2013 la discussione del ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte di appello di Milano che ad aprile 2012 aveva rigettato l'appello proposto dall'avvocato Aldo Bozzi e da altri.

Nel giudizio per cassazione lo Stato italiano, opportunamente e correttamente, non si è costituito né ha spiegato difese e la Corte di cassazione, sul parere favorevole del Procuratore generale all'accoglimento del ricorso, soltanto in data 17 maggio 2013 (cioè oltre un mese dopo la relazione del Presidente Gallo) con la pregevole ordinanza n. 144/2013¹⁸⁹ ha dichiarato «rilevanti e non manifestamente infondate, in relazione agli artt. 1, comma 2, 3, 48, comma 2, 49, 56, comma 1, 58, comma 1, 67 e 117, comma 1, della Costituzione, anche alla luce dell'art. 3 Prot. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 4, comma 2, 59, comma 1, e 83, commi 1, n. 5, e 2 del d.p.r. n. 361/1957, nel testo risultante dalla legge n. 270/2005; 14, comma 1, e 17, commi 2 e 4, del d.lgs. n. 533/1993, nel testo risultante dalla legge n. 270/2005».

Neanche nel giudizio in Corte costituzionale lo Stato italiano è intervenuto con il rituale intervento della Presidenza del Consiglio dei Ministri attraverso l'Avvocatura dello Stato, e la sentenza del 4-13 gennaio 2014 n. 1 della Consulta (Pres. Silvestri, Est. Tesauro) che ha accolto integralmente le questioni di costituzionalità proposte dalla Cassazione sulla legge elettorale n. 270/2005 ha anche il raffinato pregio di richiamare come condiviso strumento ermeneutico le tecniche decisionali della Corte di giustizia sul bilanciamento degli interessi e sul test di proporzionalità rispetto alla normativa comunitaria su cui interviene la Corte comunitaria: «« In ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa, quale quello in esame, siffatto scrutinio impone a questa Corte di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale. Tale giudizio deve svolgersi «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti» (sentenza n. 1130 del 1988). Il test di proporzionalità utilizzato da questa Corte come da molte delle giurisdizioni costituzionali europee, spesso insieme con quello di ragionevolezza, ed essenziale strumento della Corte di giustizia dell'Unione europea per il controllo giurisdizionale di legittimità degli atti dell'Unione e degli Stati membri, richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi.»».

Nel dialogo con le Alte Corti sovranazionali per la rimozione delle condizioni di *vulnus* al consenso popolare e al libero esercizio del diritto di voto la Corte costituzionale nella prima sentenza del 2014 pare voler rimuovere l'intervento ausiliatore e stimolatore della Corte europea dei diritti

¹⁸⁹ Per un commento dell'ordinanza di rinvio costituzionale della Cassazione sul *Porcellum* v. G.M.SALERNO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi elettorali come "tramite" per il pieno ripristino del diritto di voto*, in *Il corriere giuridico*, 2013, 11, p. 1356 ss.; nonché M. PALMA, *La compressione della sovranità del corpo elettorale tra maggioranze artificiali e riduzioni del voto ad una mera scelta di lista e non di candidati*, *ibidem*, p. 1365 ss.

dell'uomo e della CEDU, dichiarando assorbita la questione proposta dalla Cassazione in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 3 del Protocollo 1 della CEDU. Aggiunge il Giudice delle leggi, richiamando la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo resa sul ricorso n. 11583/08 contro il *Porcellum*: «Peraltro, nessun rilievo assume la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 13 marzo 2012 (caso Saccomanno e altri contro Italia), resa a seguito di un ricorso proposto da alcuni cittadini italiani che deducevano la pretesa violazione di quel parametro precisamente dalle norme elettorali qui in esame, sentenza che ha dichiarato tutti i motivi di ricorso manifestamente infondati, sul presupposto dell'«ampio margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati in materia» (paragrafo 64). Spetta, in definitiva, a questa Corte di verificare la compatibilità delle norme in questione con la Costituzione.»».

Per la verità, la sentenza del 13 marzo 2012 della II Sezione della Corte EDU sul ricorso n. 11583/2008 *Saccomanno* ed altri 90 cittadini italiani, sempre assistiti dall'avv. Bozzi (e dagli avv.ti Nettrini, Mirigliani, Raffaelli e Saccomanno), partiva dal presupposto (punto 30) che i ricorrenti, nel diritto italiano, non disponevano di alcun ricorso effettivo contro la legge elettorale e che l'unico organo competente per decidere sulla regolarità della consultazione elettorale fosse il Parlamento.

Lamentavano, inoltre, di non poter far valere le loro ragioni dinanzi alla Corte costituzionale, atteso che in Italia il controllo della legittimità costituzionale non può essere avviato direttamente da un ricorrente ma può avvenire solo attraverso un rinvio effettuato dal giudice dinanzi al quale viene sollevata la presunta incostituzionalità, il che non era possibile nel caso di specie, come era stato confermato dal Consiglio di Stato con ordinanza dell'11 marzo 2008 (punto 10 della sentenza), dalla Corte costituzionale con ordinanza del 16 luglio 2008 e con sentenza n. 259/2009 (oltre che con la sentenza del 12 gennaio 2012 di inammissibilità del *referendum* abrogativo della legge elettorale n. 270/2005, di cui la Corte EDU da atto al punto 17 che al momento della decisione conosceva il dispositivo, ma non conosceva la motivazione che doveva essere depositata successivamente) e dalla Cassazione a Sezioni unite con otto identiche decisioni dell'8 aprile 2008 (punto 14).

Quindi, è stato proprio il nuovo ricorso alla Corte EDU n. 34448/2012 del 28 maggio 2012 contro la sentenza n. 13/2012 della Corte costituzionale come condizione di ammissibilità della violazione dell'art. 13 della CEDU che ha "rivitalizzato" il tentativo ostinato e coraggioso, ma ormai dichiaratamente inammissibile, promosso dal 2008 da alcuni avvocati-cittadini per rimuovere il cancro della aberrante legge elettorale, perché è condivisibile quello che ha sostenuto la Corte europea nella sentenza *Saccomanno* per rigettare la denunciata violazione dell'art. 3 del 1° Protocollo della CEDU sul presupposto dell'ampio margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati in materia, ma è anche vero che oltre un milione di cittadini italiani con la sottoscrizione del nuovo *referendum* abrogativo avevano chiesto di esercitare il diritto a realizzare con uno strumento di democrazia diretta ammesso dalla Costituzione e già ammesso dalla Corte costituzionale nel 2008 per l'abrogazione parziale della legge n. 270/2005, e la sentenza n. 44/2008 della Consulta sul ripristino della abrogata disciplina del diritto legale di precedenza dei lavoratori stagionali costituiva un precedente estremamente chiaro e contrastante con la declaratoria di inammissibilità della sentenza n. 13/2012 del Giudice delle leggi, in guisa tale da poter consentire alla Corte EDU una nuova delibazione della denunciata violazione dell'art. 3 del 1° Protocollo e degli artt. 6 e 13 della CEDU.

E' altrettanto evidente, allora, che la dichiarazione di irricevibilità del ricorso n. 34448/2012 formulata in data 28 marzo 2013 dal Giudice unico della Corte europea non è motivata dalla declaratoria di inammissibilità formulata nella sentenza *Saccomanno* del 13 marzo 2012, ma era basata sulle informazioni provenienti dall'Italia da fonti governative e delle Alte Corti nazionali sulla situazione giudiziaria interna, per cui era stato individuato e concordato un percorso processuale per far caducare la legge elettorale nei due punti più vistosamente lesivi del diritto al voto, attraverso l'individuazione di un rimedio interno *extra ordinem* che, al momento del deposito del ricorso alla Corte EDU, era dichiaratamente insussistente anche per la Cassazione a Sezioni unite, che con la Sezione semplice avrebbe poi rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità accolta dalla sentenza n. 1/2014 della Consulta.

Ciò dimostra, senza ombra di dubbio, che il dialogo della Corte costituzionale e della Cassazione con la Corte europea dei diritti dell'uomo non può essere meno intenso e meno solido di quello con la Corte di giustizia per rendere effettiva l'integrazione giurisdizionale europea sulla tutela dei diritti fondamentali e trova chiara espressione nella recentissima sottoscrizione da parte dell'Italia

del Protocollo 16 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in cui il parere facoltativo e non vincolante richiesto dalle Corti superiori nazionali alla Corte EDU sull'interpretazione delle norme convenzionali è una soluzione meditata ed espressiva di un dialogo necessario e già itinerante, privo di fratture e di scontri titanici come nel caso *Agrati-Scattolon*.

Nella relazione presidenziale del 12 aprile 2013, dunque, la Corte costituzionale ammette gli estremi limiti dei propri interventi sul legislatore nazionale. Sta di fatto che la Consulta ha provato di tutto, per frenare gli eccessi normativi e il legislatore fraudolento sia a livello nazionale che a livello regionale, ed è stata costretta ad inventarsi, senza grande fortuna, anche il principio del «giudicato costituzionale», soprattutto in materia di reclutamento senza concorso nel pubblico impiego locale, approfittando dell'unica situazione in cui è Giudice unico e di ultima istanza del merito della controversia, cioè in sede di ricorsi principali da parte del Governo nei confronti della legislazione concorrente regionale in materia di competenza concorrente¹⁹⁰.

Evidentemente, una necessaria modifica costituzionale dovrebbe andare nella direzione di rendere possibile il ricorso principale anche avverso la legislazione nazionale, potenziando le capacità di intervento rescissorio della Corte costituzionale e il controllo di legalità costituzionale e comunitaria delle norme interne, con opportuni limiti temporali e di legittimazione attiva dell'istanza per la declaratoria di illegittimità costituzionale. Infatti, soltanto l'intervento ausiliatore della Corte europea e la disponibilità della Cassazione e della Corte costituzionale (e la non opposizione del Governo italiano dell'epoca) hanno reso superabili i preclari e dichiarati profili di inammissibilità dei vari ricorsi proposti dagli avvocati-cittadini italiani avverso la legge elettorale con riconoscimento del diritto violato coincidente con la declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme abusive. Ci vogliono, dunque, strumenti di tutela ordinari, seppure rigorosamente disciplinati nei limiti applicativi, se si vuole tornare ad essere uno Stato di diritto fondato sulla sovranità popolare.

20. Criticità strutturali dell'ordinamento interno legate al precariato pubblico: lo squilibrio finanziario della contribuzione del pubblico impiego

a) L'appropriazione indebita della sicurezza del lavoro e della legalità contrattuale dello Stato italiano nei confronti dei suoi servitori precari: la destrutturazione del sistema previdenziale

Un sano *outing* ordinamentale può aiutare a capire perché lo Stato abbia voluto relegare moltissimi suoi servitori in situazione di debolezza e instabilità lavorativa, con ingiusta mortificazione personale e sociale e gravissimo danno per l'economia nazionale, per la presenza di centinaia di migliaia di persone che non possono investire sul proprio futuro.

Lasciamo da parte, per mera comodità espositiva, l'indubbio e rilevante vantaggio erariale di non riconoscere l'anzianità di servizio e la progressione di carriera per lungo periodo a chi lavora a tempo determinato anche per molti anni con l'inquadramento contrattuale economicamente più basso, su cui in Italia neanche l'alluvionale giurisprudenza comunitaria dalla sentenza *Del Cerro* alle sentenze *Rosado Santana* e *Valenza* (salvo l'incomprensibile *revirement* dell'ordinanza *Rivas Montes* per la Spagna) è riuscita ad incidere in modo significativo in applicazione diretta del principio di uguaglianza e non discriminazione con i lavoratori a tempo indeterminato.

Il problema di fondo - che comunque alla mancata applicazione del principio di uguaglianza è strettamente collegato - a parere di chi scrive è rappresentato dallo squilibrio finanziario della contribuzione del pubblico impiego, su cui si è giocata la più gigantesca operazione di *maquillage* dei conti pubblici a danno della collettività nazionale.

Si era già segnalato a maggio 2009¹⁹¹ il fenomeno cancerogeno, nel momento in cui, nella sentenza del 13 novembre 2008 nella causa C-46/07 Commissione europea contro Repubblica italiana, la Corte di giustizia aveva evidenziato che il regime pensionistico dei dipendenti pubblici gestito dall'Inpdap aveva natura professionale e non legale, cioè operava a retribuzione differita

¹⁹⁰ «Anche il legislatore regionale non sempre si è uniformato alle pronunce costituzionali. È anzi accaduto – da ultimo nel caso deciso con la sentenza n. 245 dello scorso anno – che, a fronte di un giudicato costituzionale, una Regione abbia addirittura reiterato il contenuto di discipline dichiarate costituzionalmente illegittime. È auspicabile che casi gravi come quest'ultimo restino isolati».

¹⁹¹V. DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, p. 32.

perché lo Stato non versa i contributi ai suoi dipendenti. Dieci anni prima la Corte di giustizia con la sentenza *Viscido* non si era accorta nei confronti dell'Ente pubblico Poste italiane che l'aiuto normativo sulla cancellazione dei diritti dei lavoratori precari alla riqualificazione giudiziale dei rapporti fino al 30 giugno 1998 si traduceva in un sistematico aiuto economico di Stato per il mancato versamento della contribuzione obbligatoria dell'impresa pubblica.

Tuttavia, per il pubblico impiego la natura di retribuzione differita della pensione era già stata riconosciuta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 30/2004 e con l'ordinanza n. 166/2006.

La recente soppressione con incorporazione dell'Inpdap nell'Inps (art. 21, comma 1, dl. 6 dicembre 2011, n. 214, convertito dalla legge n. 214/2011) nel momento di maggior crisi finanziaria del Paese (con decorrenza 1° gennaio 2012) e le polemiche conseguenti al buco finanziario lasciato dall'Inpdap hanno purtroppo confermato le informazioni che aveva ricevuto la Corte europea.

Vi è stata, evidentemente, una violazione sistematica delle regole della contabilità pubblica e dell'art. 60 d.lgs. n. 165/2001 sul controllo del costo del lavoro pubblico, violazione ancora in corso da quasi 17 anni.

Infatti, dalla riforma Dini (legge n. 335/1995), dal 1° gennaio 1996 all'attualità, le pubbliche amministrazioni statali - a differenza di quelle non statali - per i propri dipendenti con contratto a tempo indeterminato non hanno provveduto a versare all'Inpdap (ora all'Inps) la quota parte di contributi a carico del datore di lavoro pubblico, dopo l'importo tra amministrazioni statali e amministrazioni non statali nella misura unica del 23,80% (in precedenza, la contribuzione a carico dello Stato era del 16,5%; quella degli enti locali e delle altre amministrazioni che versavano alla CPDEL, poi incorporata nell'Inpdap, era del 18,60%).

Lo Stato ha versato soltanto la quota contributiva pari all'8,75% (inizialmente, poi l'importo ha subito leggeri aumenti nel corso degli anni) della retribuzione a carico del dipendente di ruolo trattenuta in busta paga come sostituto d'imposta. Il mancato gettito contributivo da parte delle pubbliche amministrazioni statali ammonta a quasi il 24% delle retribuzioni complessivamente erogate. La stessa situazione si è sostanzialmente verificata per altre gestioni del pubblico impiego delle *ex* Aziende autonome dello Stato, come quelle dei postali (infatti l'Ipst è stata incorporata dall'Inps prima della incorporazione dell'Inpdap, con il dl. n. 78/2010), degli elettrici, dei trasporti, segnalate in grande sofferenza finanziaria.

Per i dipendenti precari dello Stato, invece, non vi è stato neanche il trasferimento all'Inpdap della quota contributiva a carico del lavoratore, prelevata ma non versata se non al termine del servizio come trattamento di fine rapporto (pari al 6,91% della retribuzione: lo Stato ha dunque incassato un differenziale di quasi il 2% della retribuzione, senza compensazioni) da parte dello stesso Ente previdenziale (e non è un caso, dunque, che la liquidazione del tfr sia stata affidata all'Inpdap), come forma di autofinanziamento di una retribuzione differita che avrebbe dovuto pagare la pubblica amministrazione e non il lavoratore. In effetti, i precari statali, come tutti i precari del pubblico impiego, non hanno una posizione assicurativa previdenziale presso l'Inps per i periodi di servizio alle dipendenze della P.A.

b) L'appropriazione indebita da parte dello Stato italiano del 2% della retribuzione mensile dei lavoratori pubblici precari e a tempo indeterminato dal 1° gennaio 2001 fino all'attualità

Le manovre finanziarie sulla contribuzione del pubblico impiego "a carico" del personale precario non sono finite qui, anche se in questo caso riguardano anche i lavoratori assunti a tempo indeterminato con decorrenza dal 1° gennaio 2001 (mentre la decorrenza per i contratti a tempo determinato è dal 31 maggio 2000), in virtù dell'accordo quadro del 29 luglio 1999 sul passaggio dei dipendenti pubblici - in dichiarata e falsa prospettiva dell'attivazione della previdenza integrativa - dal regime di trattamento di fine servizio a quello di trattamento di fine rapporto, accordo recepito dal D.P.C.M. del 20 dicembre 1999.

L'art. 6 del citato accordo quadro "legittima" una vera appropriazione indebita mensile sulla busta paga dei lavoratori pubblici assunti a tempo indeterminato dal 1° gennaio 2001 e dei dipendenti pubblici precari assunti a decorrere dal 31 maggio 2000 fino all'attualità, che operano cioè in regime di trattamento di fine rapporto (tfr) sin dall'inizio del rapporto a tempo indeterminato o di ogni singolo rapporto a termine, con un'operazione consistente nella riduzione della retribuzione mensile lorda

nella misura del 2,5% della base retributiva prevista dall'art. 11 della legge n. 152/1968 e dall'art. 37 del d.p.r. n. 1032/1973, cioè in misura corrispondente all'ammontare del contributo previdenziale obbligatorio previsto per il trattamento di fine servizio (tfs), non applicabile e contestualmente soppresso (ma non di fatto) ai lavoratori in regime di tfr.

La "legittima" appropriazione indebita è stata "giustificata" con una inesistente forma compensativa o di vantaggio previdenziale "futuro" per il lavoratore espropriato, attraverso «un recupero in misura pari alla riduzione attraverso un corrispondente incremento figurativo ai fini previdenziali e dell'applicazione delle norme sul TFR, ad ogni fine contrattuale nonché per la determinazione della massa salariale per i contratti collettivi».

Ammirabile da un punto di vista estetico la tecnica mistificatoria e simulatoria della disposizione "pattizia": caro dipendente, io datore di lavoro pubblico ti tolgo una parte della retribuzione lorda mensile (2,5% dell'80% della retribuzione = 2%), ma poi, quando vado a calcolare il trattamento di fine rapporto e le altre indennità la retribuzione lorda sarà quella iniziale, prima del "furto con destrezza". Naturalmente, rimane il problema dell'appropriazione indebita con reato auto-amnistiato.

La truffa depenalizzata - argomento *ex art.* 1, comma 3, del d.lgs. n. 231/2001, che non a caso, contestualmente agli eventi innanzi descritti, esclude dalla responsabilità penale degli enti giuridici lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale - è stata scoperta dalla magistratura contabile, quando, con l'art. 12, comma 10, del dl. n. 78/2010, il pubblico impiego non contrattualizzato, compresi i magistrati e gli avvocati dello Stato, nonché il pubblico impiego contrattualizzato ancora in regime di trattamento di fine servizio, è stato assoggettato con decorrenza (e per i periodi di servizio) dal 1° gennaio 2011 al trattamento di fine rapporto e al correlato sistema di computo della retribuzione utile, subendo così la stessa illegittima trattenuta (senza versamenti, essendo una mera riduzione contabile dello stipendio) del 2,50% sull'80% della retribuzione mensile cui erano normalmente assoggettati i dipendenti già in regime di tfr dall'inizio del rapporto.

Il Tar Umbria, sulla base di specifica istanza della parte ricorrente (Procuratore generale della Corte dei conti), non si è accontentato di risolvere la natura illegittima della trattenuta sul piano interpretativo, come aveva già fatto il Tar Calabria con sentenza n. 52/2012, ma, con l'ordinanza del 25 gennaio 2012 n. 54/2012 Reg. ord., ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 10, del dl. n. 78/2010.

La Corte costituzionale con la citata sentenza n. 223/2012 ha immediatamente e condivisibilmente accolto¹⁹² i sospetti di illegittimità costituzionale della norma in questione e le argomentazioni a sostegno offerte dal Tar Umbria, per violazione degli artt. 3 e 36 Cost.

Nella lunga motivazione della decisione del Giudice delle leggi manca qualsiasi difesa da parte dell'Avvocatura dello Stato - parte interessata peraltro alla declaratoria di illegittimità costituzionale *pro domo sua* - sul fatto che la "nuova" trattenuta del 2% dello stipendio per i dipendenti pubblici passati dal tfs al tfr con decorrenza dal 1° gennaio 2011 potesse essere giustificata¹⁹³ come «un recupero in

¹⁹² Sostiene la Consulta nella sentenza n. 223/2012: «la mancata espressa esclusione del permanere della trattenuta a carico del lavoratore non potrebbe indurre a far uso dell'argomento *a silentio* sia pure per perseguire un'interpretazione costituzionalmente orientata. Il perdurare del prelievo di cui si discute, infatti, oltre a derivare dall'astratta compatibilità fra il nuovo regime e la disciplina contenuta nel d.P.R. n. 1032 del 1973, è avvalorato dal fatto che il citato art. 12, comma 10, non contiene affatto una disciplina organica sulle prestazioni previdenziali in favore dei dipendenti dello Stato, in grado di sostituirsi, in senso novativo, al d.p.r. n. 1032 del 1973, come del resto ritenuto dall'Amministrazione in sede applicativa. [...] Nel nuovo assetto dell'istituto determinato dalla norma impugnata, invece, la percentuale di accantonamento opera sull'intera retribuzione, con la conseguenza che il mantenimento della rivalsa sul dipendente, in assenza peraltro della "fascia esente", determina una diminuzione della retribuzione e, nel contempo, la diminuzione della quantità del TFR maturata nel tempo. La disposizione censurata, a fronte dell'estensione del regime di cui all'art. 2120 del codice civile (ai fini del computo dei trattamenti di fine rapporto) sulle anzianità contributive maturate a fare tempo dal 1° gennaio 2011, determina irragionevolmente l'applicazione dell'aliquota del 6,91% sull'intera retribuzione, senza escludere nel contempo la vigenza della trattenuta a carico del dipendente pari al 2,50% della base contributiva della buonuscita, operata a titolo di rivalsa sull'accantonamento per l'indennità di buonuscita, in combinato con l'art. 37 del d.p.r. 29 dicembre 1973, n. 1032. Nel consentire allo Stato una riduzione dell'accantonamento, irragionevole perché non collegata con la qualità e quantità del lavoro prestato e perché - a parità di retribuzione - determina un ingiustificato trattamento peggiore dei dipendenti pubblici rispetto a quelli privati, non sottoposti a rivalsa da parte del datore di lavoro, la disposizione impugnata viola per ciò stesso gli articoli 3 e 36 della Costituzione.»

¹⁹³ La Corte costituzionale così sintetizza la posizione difensiva dell'Avvocatura erariale: «Con specifico riferimento all'ordinanza iscritta al reg. ord. n. 54 del 2012 ed alla norma contenuta nell'art. 12, comma 10, l'Avvocatura generale dello Stato assume, quanto all'illegittimità del prelievo del 2,50% sull'80% della retribuzione, che la disciplina innovata non avrebbe modificato la natura dell'indennità di buonuscita. Il legislatore, già in passato (come nel caso della legge 8 agosto 1995 n. 335) avrebbe disciplinato il passaggio dal sistema di TFS a quello di TFR, stabilendo che la retribuzione del personale in TFR fosse ridotta di una ritenuta figurativa pari al contributo *ex opera* di previdenza. Conseguentemente, da una lettura sistematica delle norme vigenti, non deriverebbe il

misura pari alla riduzione attraverso un corrispondente incremento figurativo ai fini previdenziali e dell'applicazione delle norme sul TFR, ad ogni fine contrattuale nonché per la determinazione della massa salariale per i contratti collettivi», ai sensi dell'art. 6, comma 2, dell'accordo quadro del 29 luglio 1999, confermando così implicitamente, con il silenzio difensivo, che la riduzione non è stata compensata da nessun miglioramento economico per il lavoratore espropriato.

E' noto che, a seguito della sentenza n. 223/2012 della Corte costituzionale, il legislatore con l'art. 1, commi 98 e segg., della legge n. 228/2012 ha ripristinato il vecchio regime del tfs - per tutto il pubblico impiego non contrattualizzato e per i lavoratori pubblici contrattualizzati in servizio prima del 31 dicembre 2000 e che non avevano fatto l'opzione per il tfr -, ma è meno noto che, come se niente fosse successo, le pubbliche amministrazioni hanno continuato ad operare la trattenuta mensile del 2% della retribuzione mensile lorda ai precari e ai lavoratori a tempo indeterminato in regime costante di trattamento di fine rapporto.

Quindi, la flessibilità nel pubblico impiego non risponde ad esigenze effettive della pubblica amministrazione, ma serve a compensazioni finanziarie contributive per bilanciare, in tutta evidenza, gli eccessi di retribuzione contrattuale della dirigenza pubblica contrattualizzata, che i contratti li ha stipulati in autonomia con se stessa e che ha creato rendite di posizione anche pensionistiche, su cui occorrerà intervenire per equità sociale e non come contributo di solidarietà.

c) La rimozione della *governance* del parastato come soluzione della destrutturazione dello Stato di diritto e della finanza pubblica e della previdenza integrativa pubblica e privata

Se questo è il desolante quadro, l'imperativo categorico è quello di risolvere il problema del precariato pubblico con la riqualificazione dei rapporti di lavoro, senza scuse o ulteriori ritardi, per cominciare a sanare questa incredibile situazione di squilibrio finanziario nella contribuzione del pubblico impiego, che ha inquinato il sistema contributivo e pensionistico anche dei lavoratori privati. Infatti, il legislatore fraudolento ha preteso con il dl. n. 78/2010 (art. 12, commi *septies-undecies*) la ricongiunzione onerosa tra periodi assicurativi di gestioni previdenziali del privato e del pubblico che, se fossero stati effettivamente onorati gli "obblighi contributivi" da tutti i datori di lavoro pubblici con posizioni assicurative trasparenti e certificate, sarebbero risultati contabilmente e finanziariamente (sostanzialmente) identici sul piano delle aliquote contributive.

Non appare più sostenibile sul piano democratico e istituzionale che un Ente pubblico non economico come l'Inps, a inaudita conduzione personale libero professionale dal giugno 2008 all'attualità fino al 1° febbraio 2014 (data delle dimissioni di Mastrapasqua¹⁹⁴), controlli direttamente Equitalia s.p.a., cioè il sistema di riscossione delle entrate statali a proprietà pubblica che ha sostituito le concessionarie private, favorendo una incredibile commistione di funzioni pubbliche e private senza controllo effettivo e fino allo scambio di strumenti finanziari, controlli direttamente anche Poste italiane s.p.a. attraverso la contribuzione e l'erogazione delle prestazioni pensionistiche e previdenziali del pubblico impiego (come ricordato, il dl. 31 maggio 2010, n. 78, con decorrenza dal 31 maggio 2010 ha anche previsto la soppressione dell'Ente previdenziale Ipost) e attraverso, come già segnalato, addirittura una *holding* "nascosta" - Italia Previdenza - Società italiana di servizi per la previdenza integrativa S.I.S.P.I. s.p.a. - costituita appositamente a marzo 2001 tra Inps e Ipost in violazione della normativa *antitrust*.

Lo svuotamento della *governance* ordinaria dell'Inps, attraverso una serie di commissariamenti definiti irregolari (dalla Corte dei conti¹⁹⁵) da parte degli *ex* Ministri (poco) vigilanti Sacconi e Tremonti, è maturato definitivamente con la citata decretazione d'urgenza (sempre DL. 78/2010) e la soppressione del Consiglio di amministrazione (esistente dalla sua istituzione nel 1939 in epoca fascista), con contestuale incorporazione delle funzioni gestorie nella figura del Presidente.

denunciato contrasto (come confermato dalla circolare INPDAP n. 17 del 2010 e dal parere del 21 dicembre 2011 del Dipartimento della Ragioneria dello Stato).»

¹⁹⁴ Per la descrizione del "fenomeno" del nuovo parastato a conduzione personale, V. DE MICHELE, *Dal libro bianco di Biagi alle sentenze Agrati-Scattolon delle Corti sovranazionali: il rilancio della casa comune europea parte dalla difesa sostenibile del welfare*, in *Atti del Convegno Nazionale Centro studi D.Napoletano, "Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro"*, pp. 303-365, ISBN 978-88-6561-005-3, ISBN 978-88-6561-006-0, DOI 10.2423/csdn. cp 2011, p. 303, su CASPUR-CIBER Publishing, <http://caspur-ciberpublishing.it>.

¹⁹⁵ La Corte dei conti ha segnalato le anomalie "politico amministrative" con le due relazioni del 2010 sui bilanci Inps per il 2008 (delibera n. 4/2010) e per il 2009 (delibera n. 84/2010).

Infine, alla “virtuale” gestione finanziario-contributiva del precariato pubblico e della previdenza del pubblico impiego è connesso, purtroppo, anche lo svuotamento – la Corte dei conti nelle delibere della Sezione centrale del controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato n. 2 del 2010 e n. 1 del 2011 definisce l’operazione come “esproprio senza indennizzo” – del Fondo Tesoreria presso l’Inps per quasi 19 miliardi di euro al 31 dicembre 2011, di risorse destinate alla previdenza integrativa di decine di migliaia di lavoratori dipendenti privati.

Non sorprende, dunque, che nella nota del 30 settembre 2013 il Consiglio di indirizzo e vigilanza (Civ) dell’Inps, annunciando l’approvazione del bilancio in rosso dell’Istituto previdenziale per il 2012, ne segnali la perdita di quasi 10 miliardi di euro a causa dell’incorporazione dell’Inpdap, incorporato dal 1° gennaio 2012 nell’Inps, con un disavanzo economico di 12,216 miliardi di euro.

Ne consegue che ridare dignità ai precari pubblici con la stabilità lavorativa può essere anche un modo efficiente per risanare le finanze pubbliche e per ricostruire un sistema istituzionale di gestione dello Stato e del *welfare* pubblico che sia pienamente rispondente all’art. 97 della Costituzione, e non solo al terzo comma dello stesso articolo sull’accesso al pubblico impiego prevalentemente mediante concorsi che lo Stato deliberatamente non bandisce.

Almeno è questo che la Corte costituzionale potrebbe aver intuito o compreso nel processo ancora in corso davanti alla Corte di giustizia, discusso all’udienza del 27 marzo 2013 e incidentalmente già “deciso” con le due ordinanze nn. 206 e 207 del 2013.

21. La reazione del legislatore all’ordinanza “Napolitano”: le insensate modifiche alla disciplina del contratto a termine nel pubblico impiego

a) Le novità legislative d’urgenza sulle sanzioni in caso di illecito utilizzo dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego: le divertenti modifiche dell’art. 36 d.lgs. n. 165/2001

Se la situazione dell’apparato amministrativo e della contabilità pubblica dei servizi e dei finanziamenti della previdenza “unica” pubblico-privato è quella innanzi descritta, potremmo fidarci, allora, delle buone e dichiarate intenzioni della recente legislazione d’urgenza “delle *ex* grandi intese” di risolvere il problema del precariato pubblico, compreso quello scolastico? Assolutamente no. Le novità introdotte in materia di contratti a tempo determinato e di stabilizzazione nel pubblico impiego dall’art. 4 del dl. 31 agosto 2013, n. 101 (convertito con modificazioni dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125), sono manifestazione di legislazione “ambientale”, con fuoriuscita di una serie di rifiuti tossici che si aggiunge alla attuale discarica normativa.

La normativa d’urgenza, sostituendo all’art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 (v. art. 4, comma 1, lett.a, dl. 101/2013) le parole «Per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali» con quelle «Per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale», pretende di rifilare ai giuristi italiani e all’Europa la storiella che - con questa straordinaria novità - l’accesso ai contratti a tempo determinato nel pubblico impiego sarebbe diventato molto più restrittivo che in passato, bisognerebbe ricordare che, nella lingua italiana, la congiunzione “o” serve a disgiungere le esigenze eccezionali da un lato e le esigenze temporanee dall’altro, per cui il ricorso alla flessibilità è stato ora grandemente implementato e comprende “esclusivamente” anche tutte le possibili esigenze temporanee¹⁹⁶.

In specifica risposta alle predette censure la (apprezzabile, sul piano etico-istituzionale, su cui v. *infra*) circolare n. 5 del 21 novembre 2013 del Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Trasparenza, registrata in data 4 dicembre 2013 dalla Corte dei conti e resa pubblica soltanto il giorno della registrazione, precisa «che la sostituzione della congiunzione “e”, che era nel precedente testo, con la “o” non va intesa come tentativo di ampliare lo strumento del lavoro flessibile, ma piuttosto come correzione di una discrasia che presentava la precedente formulazione, discrasia che destava dubbi sulla possibilità di ricorrere al lavoro a termine per esigenze “sostitutive”, in altre parole per quelle tipiche che giustificano il lavoro flessibile. Le esigenze “sostitutive” sono oggettivamente di tipo

¹⁹⁶ La riflessione è già in V. DE MICHELE, *Le ordinanze pregiudiziali UE della 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*, pubblicato il 20 ottobre 2013 su <http://www.europeanrights.eu/>.

temporaneo ma non necessariamente di carattere eccezionale, giacchè molto spesso prevedibili e programmabili». La spiegazione della sostituzione della “e” con una “o” rappresenta, se possibile, una incongruenza ancora più grave di quella commessa spacciando per rigidità contrattuale quello che è un vero e proprio aumento della flessibilità nel lavoro pubblico, ricordando che le esigenze sostitutive *stricto iure* sono solo quelle eccezionali e non programmabili per maternità, malattia e infortunio, e che non risulta che le pubbliche amministrazioni abbiano fatto ricorso alle sostituzioni per ferie, che peraltro hanno natura organizzativa e non sostitutiva.

E ancora. Sono stati introdotti i commi *5-ter* e *5-quater*¹⁹⁷ nel testo dell’art. 36 d.lgs. n. 165/2001.

In primo luogo, va ricordato al distratto normopoietica che il testo unico sul pubblico impiego già dispone, nella stessa norma - art. 36, comma 2 - l’applicazione del decreto legislativo n. 368/2001.

In secondo luogo, va precisato che non solo non vi era bisogno di una ulteriore previsione di “applicazione” della normativa interna di recepimento della direttiva 1999/70/CE, ma la mancata trasformazione in contratto a tempo indeterminato derivante dal comma *5-ter* e la sanzione della nullità dei contratti a tempo determinato stipulati in violazione dell’art. 36 (comma *5-quater*) - al di là della contraddizione interna tra contratti a termine legittimi ma senza sanzione (comma *5-ter*) o illegittimi e quindi nulli ma sempre senza sanzione (comma *5-quater*: la responsabilità erariale e dei dirigenti non può mai scattare, senza il risarcimento del danno, che non è neanche previsto) - comporta unicamente la gravissima conseguenza, già sottolineata dalla Corte costituzionale nell’ordinanza di rinvio pregiudiziale per i contratti della scuola, che l’ordinamento interno non prevede nessuna misura idonea a prevenire gli abusi in caso di successione di contratti a tempo determinato di tutto il pubblico impiego.

Infine, con particolare riferimento alla scuola pubblica, è stato aggiunto in sede di conversione del dl. n. 101/2013 un ultimo periodo all’art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 che rende non attaccabile sul piano giudiziario (salvo l’intervento “congiunto” della Corte costituzionale e della Corte di giustizia) l’abuso nella successione dei contratti: «Per prevenire fenomeni di precariato le amministrazioni pubbliche di cui al presente decreto ricorrono al contratto a tempo determinato solo dopo aver verificato di poter sottoscrivere contratti a termine con soggetti vincitori o idonei di graduatorie vigenti, della stessa o di altre amministrazioni del medesimo comparto, predisposte a seguito di concorso pubblico per assunzioni a tempo indeterminato.». La norma, dunque, si propone di “prevenire fenomeni di precariato”, ma in realtà ne incentiva la diffusione o ne consolida gli effetti perversi.

Questo intervento legislativo chiarificatore si muove, alterando pesantemente gli obiettivi etici e culturali (comprensibili e, in qualche misura, anche condivisibili) della Corte di cassazione che erano quelli di frenare il contenzioso sui cospicui risarcimenti dei danni compensativi della mancata conversione dei contratti, attuati con le due sentenze n. 392/2012 sull’onere della prova del danno a carico del lavoratore (censurata in Corte di giustizia con l’ordinanza *Papalia* del 12 dicembre 2013 in causa C-50/13) e n. 10127/2012 sul precariato scolastico (censurata davanti alla Corte europea sia direttamente dal Tribunale di Napoli con le ordinanze riunite *Mascolo* e a. C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13 sia indirettamente dalla Corte costituzionale con l’ordinanza *Napolitano* e a. C-418/13). Il Giudice di legittimità ha sostenuto la non applicazione del d.lgs. n. 368/2001 al pubblico impiego, con una interpretazione *contra legem* di cui ha evidentemente approfittato il legislatore per “reinserire” (contestualmente depotenziandolo) il decreto attuativo dell’accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato.

Si è già avuto modo nei giudizi pregiudiziali pendenti di chiarire alla Corte europea il senso canzonatorio e la innegabile vena umoristica (in linea con la *lectio iuris* sul futuro dell’Europa alla Sorbona del 26 ottobre 2013 del Presidente del Consiglio dei Ministri, che ha sottolineato che in Italia «ci si diverte sempre») che caratterizzano tali innovative disposizioni, ribadendo che solo questo

¹⁹⁷ I commi *5-ter* e *5-quater* dell’art. 36 d.lgs. n. 165/2001 così dispongono: «*5-ter*. Le disposizioni previste dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano alle Pubbliche Amministrazioni, fermi restando per tutti i settori l’obbligo di rispettare il comma 1, la facoltà di ricorrere ai contratti di lavoro a tempo determinato esclusivamente per rispondere alle esigenze di cui al comma 2 e il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato. *5-quater*. I contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione del presente articolo sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono, altresì, responsabili ai sensi dell’articolo 21. Al dirigente responsabile di irregolarità nell’utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato»

nuovo e diretto dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia può portare a soluzioni positive della carenza di tutela dei diritti fondamentali.

b) Il nuovo corso ministeriale della consapevolezza dei danni causati a centinaia di migliaia di cittadini dalla precarietà lavorativa e della volontà di risolverli

Tuttavia, seppure con gravissimo ritardo e contestualmente alla delegittimazione dell'intera classe politica istituzionale che la Corte costituzionale è stata costretta ad operare con la declaratoria di illegittimità delle norme principali della legge elettorale n. 270/2005, un apprezzabile nuovo percorso di analisi e di intervento è stato intrapreso dal Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Trasparenza con la citata circolare n. 5 del 21 novembre 2013, molto attesa dalle pubbliche amministrazioni per fornire chiarimenti applicativi del dl. n. 101/2013.

E' evidente che il Governo ha agito sotto costrizione delle pregiudiziali UE e della procedura di infrazione n. 2010/2124 della Commissione europea che, non a caso, il 20 novembre 2013 ha dato con parere motivato due mesi di tempo allo Stato italiano per adeguarsi, e le motivazioni della Circolare n. 5 del 21 novembre 2013 sembrano eticamente e costituzionalmente ineccepibili (richiamati gli artt.1 e 4 della Costituzione, ma anche il comma 1 dell'art. 97 della Carta e non il comma 3 sul concorso pubblico).

L'obiettivo ministeriale «è quello di dettare indirizzi applicativi univoci per un'applicazione uniforme e mirata della disciplina prevista dal dl. n. 101/2013 in materia di superamento del fenomeno del precariato con un rapido richiamo, solo per esigenze di sistema, al quadro normativo generale in materia di reclutamento e assunzioni. Con circolari successive saranno affrontate nel dettaglio le novità introdotte in materia dallo stesso decreto-legge.

Non è superfluo evidenziare che il tema del precariato è particolarmente emergente in quanto:

- determina situazioni incompatibili con i principi dell'articolo 97 della Costituzione che sono alla base dell'organizzazione e del corretto funzionamento delle amministrazioni pubbliche, ma anche con quelli dell'articolo 1 e 4 della Carta Costituzionale che il datore di lavoro pubblico, ancor più di quello privato, ha l'obbligo di rispettare;
- favorisce il proliferare di contenzioso che sempre più diffusamente vede le amministrazioni pubbliche soccombenti. La giurisprudenza lavoristica di questi anni sentenzia nei confronti delle amministrazioni pubbliche anche l'obbligo di conversione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro a tempo determinato che ha superato i 36 mesi, con un'applicazione diretta dei principi che scaturiscono dall'ordinamento comunitario in materia. Tale obbligo di conversione, essendo statuito da sentenze immediatamente esecutive, altera ogni controllo sulla spesa pubblica. Tale controllo è, altresì, compromesso anche laddove i giudici del lavoro riconoscono la specialità del settore pubblico e non sentenziano per la conversione del rapporto di lavoro, condannando, nei casi di abuso nell'utilizzo dei contratti a tempo determinato, le amministrazioni pubbliche al risarcimento del danno;
- sono sempre più pressanti gli effetti delle procedure di infrazione avviate, in sede comunitaria, nei confronti dell'Italia per il fenomeno del precariato storico nella PA;
- si riflette sulla responsabilità amministrativa e dirigenziale, in caso di accertato utilizzo improprio del lavoro flessibile, atteso, tra l'altro, che le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora sia dovuta a dolo o colpa grave;
- si riflette, non da ultimo, sul piano sociale e sulla dignità dei lavoratori.»

Il decreto legge n. 101/2013, secondo il Governo, «affronta il tema mediante la previsione, in alcuni commi dell'articolo 4, di procedure di reclutamento speciale dettate per un graduale superamento del precariato e per porre rimedio alle situazioni irregolari determinatesi a seguito del ricorso improprio ai contratti di lavoro flessibile per esigenze permanenti legate al fabbisogno ordinario. Pur non potendo fornire una piena soluzione del problema, attesa la difficile situazione della finanza interna e le conseguenti limitazioni in materia di assunzioni a tempo indeterminato da parte delle pubbliche amministrazioni, le previsioni normative forniscono, nei limiti previsti dalla normativa in materia di contenimento della spesa pubblica, efficaci strumenti d'intervento. Si raccomandano le amministrazioni di dare attuazione al decreto-legge nel rispetto dei principi di nuova

amministrazione e di non favorire infondate attese in capo ai destinatari delle disposizioni laddove non ricorrano margini per l'assunzione a tempo indeterminato. In tal senso assume rilievo primario l'applicazione corretta della disciplina della "proroga finalizzata" dei contratti da esercitare a fronte di possibilità di stabilizzare i rapporti. Tenuto conto, inoltre, che la relativa normativa del decreto-legge ha carattere transitorio ed eccezionale, si pone l'accento sulla necessità di orientare le future scelte occupazionali e la programmazione triennale dei fabbisogni, quale momento essenziale di pianificazione, verso la disciplina ordinaria del reclutamento e del regime assunzionale».

Il Governo scarica nel nuovo testo dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 (ma anche nella circolare, e lo stesso fa la Cassazione nelle sentenze n. 392/2012 e n. 26951/2013) la responsabilità sui dirigenti pubblici delle assunzioni "irregolari", ben sapendo che la colpa è esclusivamente della classe politica e del legislatore e che è la sottostruttura parastatale Inps-Equititalia-Poste che oggi ha in mano le leve finanziarie per risolvere i problemi di criticità del sistema del reclutamento del pubblico impiego e della contribuzione e finanziamento della previdenza pubblica, ma si sottrae al controllo di legalità e alla sovranità popolare, che le Istituzioni politiche non sono più in grado di rappresentare dopo la delegittimazione della declaratoria di illegittimità costituzionale della legge elettorale. La situazione, nonostante le aperture "giuridiche" della circolare n. 5/2013, è confusa e gravissima, perché ci sono le buone intenzioni di risolvere il problema del precariato pubblico ma mancano i legittimi attori politici delle iniziative da realizzare; anche perché è possibile ipotizzare una "legge del contrappasso" scritta dal precariato pubblico contro la classe dirigente politica, dopo la decisione della Consulta sul *Porcellum*.

b) La sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale sul *Porcellum* e la nuova tutela dei medici destabilizzati ingiustamente dal legislatore, delegittimato solo eticamente *ex tunc*

In particolare, l'art. 16, comma 8, del dl. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla legge n. 111/2011, ha così stabilito: «I provvedimenti in materia di personale adottati dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e in particolare le assunzioni a tempo indeterminato, incluse quelle derivanti dalla stabilizzazione o trasformazione di rapporti a tempo determinato, nonché gli inquadramenti e le promozioni posti in essere in base a disposizioni delle quali venga successivamente dichiarata l'illegittimità costituzionale sono nulle di diritto e viene ripristinata la situazione preesistente a far data dalla pubblicazione della relativa sentenza della Corte costituzionale. Ferma l'eventuale applicazione dell'articolo 2126 del Codice civile in relazione alle prestazioni eseguite, il dirigente competente procede obbligatoriamente e senza indugio a comunicare agli interessati gli effetti della predetta sentenza sul relativo rapporto di lavoro e sul correlato trattamento economico e al ritiro degli atti nulli».

Con la norma in questione il legislatore d'urgenza eletto con il *Porcellum* è intervenuto per fissare un principio diametralmente opposto a quello cardine in materia di efficacia delle dichiarazioni di incostituzionalità ed ormai consolidato sia nella giurisprudenza della Corte di cassazione che del Consiglio di Stato che della stessa Corte costituzionale.

Come è noto, le decisioni di accoglimento della questione di legittimità costituzionale sono sempre adottate con sentenza. Dal giorno successivo alla pubblicazione di esse le norme dichiarate incostituzionali cessano di avere efficacia (art. 136 Cost.) e non possono avere applicazione (art. 30, comma 3, legge n. 87/1953).

La dichiarazione di incostituzionalità ha valore *erga omnes* e produce (almeno indirettamente) effetti retroattivi, nel senso che le conseguenze che l'ordinamento ad essa collega non operano solo *pro futuro*, ma riguardano anche i rapporti preesistenti, ad eccezione, tuttavia, di quelli che – per ragioni di ordine processuale o sostanziale (quali, ad esempio, l'esistenza di una precedente sentenza passata in giudicato, o di una preclusione processuale, l'avvenuta decorrenza di termini di prescrizione e decadenza, l'intervenuta stipula di un negozio giuridico) – siano già chiusi in modo irretrattabile o, come suol dirsi, "esauriti", come è il caso della fattispecie per cui è causa.

Secondo la ricostruzione prevalente in dottrina ed avallata dalla giurisprudenza costituzionale, la dichiarazione di illegittimità costituzionale è sostanzialmente assimilabile nei suoi effetti ad una decisione di annullamento (in tal senso C Cost, sentenze nn. 127/1966, 58/1967, n. 49/1970).

Ebbene, il principio di uguaglianza e non discriminazione di cui all'art. 3 Cost. tra i medici destabilizzati della Regione Puglia (principali destinatari dell'art. 16, comma 8, dl. n. 98/2011, con l'annullamento dei contratti a tempo indeterminato legittimamente stipulati all'esito delle procedure di stabilizzazione su posti vacanti in organico e per esigenze di servizio pubblico essenziale) e i parlamentari eletti con il sistema della legge n. 270/2013 estende retroattivamente a questi ultimi soltanto sul piano etico e non giuridico gli effetti "novativi" della sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale sulla legge elettorale, che restituisce dignità all'ordinamento interno e ripristina la sovranità popolare devastata dal *Porcellum* e riconosce ai lavoratori "destabilizzati" la certezza della intangibilità giuridica dei diritti soggettivi già maturati, come conclude il Giudice delle leggi nella sentenza *anti-Porcellum* del 13 gennaio 2014, al punto 7: «È evidente, infine, che la decisione che si assume, di annullamento delle norme censurate, avendo modificato in parte qua la normativa che disciplina le elezioni per la Camera e per il Senato, produrrà i suoi effetti esclusivamente in occasione di una nuova consultazione elettorale, consultazione che si dovrà effettuare o secondo le regole contenute nella normativa che resta in vigore a seguito della presente decisione, ovvero secondo la nuova normativa elettorale eventualmente adottata dalle Camere. Essa, pertanto, non tocca in alcun modo gli atti posti in essere in conseguenza di quanto stabilito durante il vigore delle norme annullate, compresi gli esiti delle elezioni svoltesi e gli atti adottati dal Parlamento eletto. Vale appena ricordare che il principio secondo il quale gli effetti delle sentenze di accoglimento di questa Corte, alla stregua dell'art. 136 Cost. e dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953, risalgono fino al momento di entrata in vigore della norma annullata, principio «che suole essere enunciato con il ricorso alla formula della c.d. "retroattività" di dette sentenze, vale però soltanto per i rapporti tuttora pendenti, con conseguente esclusione di quelli esauriti, i quali rimangono regolati dalla legge dichiarata invalida» (sentenza n. 139 del 1984). Le elezioni che si sono svolte in applicazione anche delle norme elettorali dichiarate costituzionalmente illegittime costituiscono, in definitiva, e con ogni evidenza, un fatto concluso, posto che il processo di composizione delle Camere si compie con la proclamazione degli eletti. Del pari, non sono riguardati gli atti che le Camere adotteranno prima che si svolgano nuove consultazioni elettorali. Rileva nella specie il principio fondamentale della continuità dello Stato, che non è un'astrazione e dunque si realizza in concreto attraverso la continuità in particolare dei suoi organi costituzionali: di tutti gli organi costituzionali, a cominciare dal Parlamento. È pertanto fuori di ogni ragionevole dubbio – è appena il caso di ribadirlo – che nessuna incidenza è in grado di spiegare la presente decisione neppure con riferimento agli atti che le Camere adotteranno prima di nuove consultazioni elettorali: le Camere sono organi costituzionalmente necessari ed indefettibili e non possono in alcun momento cessare di esistere o perdere la capacità di deliberare. Tanto ciò è vero che, proprio al fine di assicurare la continuità dello Stato, è la stessa Costituzione a prevedere, ad esempio, a seguito delle elezioni, la prorogatio dei poteri delle Camere precedenti «finchè non siano riunite le nuove Camere» (art. 61 Cost.), come anche a prescrivere che le Camere, «anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni» per la conversione in legge di decreti-legge adottati dal Governo (art. 77, secondo comma, Cost)».

Anche i Dirigenti sanitari avevano stipulato un contratto a tempo indeterminato con la pubblica amministrazione prima della declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni regionali che consentivano la stabilizzazione dei rapporti precari di lavoratori che assicurano un servizio pubblico essenziale, riqualificazione oggi imposta e garantita anche dalla giurisprudenza comunitaria con la sentenza *Carratù-Papalia*. Viene da chiedersi, anzi, se siano del tutto fondate le conclusioni del prof. Tesauro nella sentenza n. 1/2014 sulla necessità della continuità dello Stato italiano attraverso la continuità degli attuali organi costituzionali (Governo e Parlamento). Tuttavia, la Corte costituzionale ha probabilmente ragione sul punto: la democrazia nazionale non può essere assicurata soltanto dagli avvocati e dai giudici e da una funzione giurisdizionale che ha ripristinato, finalmente, i suoi meccanismi interni di tutela dei diritti fondamentali. Ci vogliono anche i medici, gli imprenditori con regole non precarie, i lavoratori stabili, e sicuramente anche molti psicoterapeuti e psichiatri per riuscire almeno a razionalizzare attraverso costanti sedute di autoanalisi collettiva che cosa è accaduto in Italia dal 2001 ad oggi nell'organizzazione dello Stato sociale e nell'economia nazionale.

22. Il *punctum dolens* della *querelle*: primato del diritto europeo e costituzionale o discrezionalità illimitata del legislatore nazionale nel modificare le norme di recepimento della disciplina comunitaria?

Come conseguenza dell'ordinanza n. 251/2002 e della sentenza n. 89/2003 della Corte costituzionale sul precariato scolastico, il vaglio di compatibilità comunitaria della normativa interna di recepimento della direttiva 1999/70/CE per quanto riguarda i contratti a tempo determinato successivi dei lavoratori pubblici è stato lungo e travagliato, a partire dalle due non dirimenti sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*, che però hanno costretto il legislatore nazionale ad avviare il processo di stabilizzazione del precariato pubblico con la legge finanziaria n. 296/2006.

Del resto, come ricordato, tra le due ordinanze di rinvio del Tribunale di Genova in causa C-53/04 *Marrosu-Sardino* e C-180/04 *Vassallo* vi era già una diversità di impostazione della problematica, che è la stessa che si riscontra di fatto nelle due ordinanze di legittimità costituzionale del Tribunale di Torino e del Tribunale di Pisa sul personale a tempo determinato della scuola pubblica.

Bisogna riconoscere che ancora oggi questo dissenso permane, anzi si è accentuato grazie alla proliferazione normativa in materia di contratti flessibili nel pubblico impiego, di cui il dl. 101/2013 è censurabile ennesima (e forse ultima) manifestazione.

La questione potrebbe essere così sintetizzata: prevale l'applicazione integrale del d.lgs. n. 368/2001 al pubblico impiego, come normativa speciale di recepimento della direttiva 70/1999/CE in attuazione degli obblighi comunitari di cui all'art. 117, comma 1, della Costituzione; oppure il primato del diritto europeo non ha una dignità anche costituzionale "forte" e la normativa interna che recepisce disposizioni comunitarie ha lo stesso valore "orizzontale" delle altre leggi ordinarie, per cui l'applicazione delle norme va affrontata secondo i consueti rapporti di specialità o generalità e/o, all'interno della natura di legge speciale o di legge generale, la legge posteriore prevale sulla legge anteriore.

Ad esempio, prima dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale (la causa è andata in discussione all'udienza del 18 giugno 2013) la Corte di cassazione con sentenza n. 19371/2013¹⁹⁸ ha cassato con rinvio la sentenza della Corte di appello di Roma, che su una fattispecie di contratti successivi stipulati tra il 1997 e il 2002 alle dipendenze di un'Azienda sanitaria locale, aveva dichiarato l'illegittimità dei contratti a termine, senza accogliere però né la domanda di conversione né quella di risarcimento dei danni per perdita di *chance*. La Suprema Corte ha disposto il rinvio alla stessa Corte di appello in diversa composizione per la liquidazione del danno subito dal lavoratore per abusivo utilizzo di contratti a termine, applicando la "penale" sanzionatoria dell'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010, ritenuta applicabile anche al pubblico impiego. A parte il consueto argomento del divieto di conversione nel pubblico impiego di cui all'art. 97, comma 3, della Costituzione, la Corte di legittimità riafferma il principio (già espresso da Cass. n. 392/2012, che però viene superata sul piano dell'onere probatorio dall'applicazione diretta della misura sanzionatoria del Collegato lavoro), regolante un'ipotesi di antinomia tra fonti di pari grado, secondo cui *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, concludendo nel senso che l'art. 36, comma 5 (all'epoca dei fatti processuali, comma 2), d.lgs. n. 165/2001 è disposizione non implicitamente abrogata dalla successiva disciplina generale di cui al d.lgs. n. 368/2001, e quindi ancora applicabile alla fattispecie di causa.

Mentre, dunque, la soluzione adottata dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 251/2002 e nella sentenza n. 89/2003 (richiamata da Cass., n. 19371/2013), seppure con opposte e incoerenti motivazioni, era orientata verso la 2^a soluzione, le istanze pregiudiziali UE della Corte costituzionale nell'ordinanza *Napolitano* spostano decisamente la scelta della Consulta verso la 1^a opzione, perché le decisioni di rinvio costituzionale dei Tribunali di Roma e di Lamezia Terme hanno tutte invocato la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. e, quindi, presuppongono "anche" la primazia costituzionale della legge interna che recepisce gli obblighi comunitari.

Altrimenti, la Corte costituzionale non sarebbe in grado di decidere le questioni di legittimità costituzionale ancora sottoposte alla sua cognizione e sospese in attesa della risposta della Corte di giustizia (già resa, per la verità, dalla Corte europea nella sentenza *Carratù*) sul contrasto della norma interna (art. 4, commi 1 e 11, legge n. 124/1999) con la clausola 5 dell'accordo quadro comunitario recepito dalla direttiva 1999/70/CE sul contratto a tempo determinato.

¹⁹⁸ Cass., Sez.lav., Pres. Lamorgese, Est. Manna, sentenza 21 agosto 2013, n. 19371.

Peraltro, l'ordinanza di pregiudizialità UE della Corte costituzionale va "letta" in combinato disposto con quanto precisato dalla stessa Consulta nella contestuale ordinanza n. 206/2013, con cui il Giudice delle leggi, in apparente contraddizione con l'ordinanza n. 207/2013, ha dichiarato inammissibili per difetto di rilevanza le sei ordinanze del Tribunale di Trento¹⁹⁹ sui precari della scuola, che erano sostanzialmente identiche a quelle ammesse dei Tribunali di Roma e Lamezia Terme.

La diversità di trattamento "decisorio" tra ordinanze simili discusse tutte alla stessa udienza del 27 marzo 2013, nonostante la motivazione di inammissibilità, è nella differenza dell'impostazione difensiva dei lavoratori in Corte costituzionale, laddove nelle cause provenienti dal Tribunale di Trento (le uniche in cui i docenti erano costituiti) si è concluso in memoria «nel senso che la trasformazione del contratto di lavoro a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato può essere raggiunta disapplicando la normativa interna che vieta tale possibilità per il solo personale della scuola, in tal modo entrando in contrasto con la disciplina comunitaria».

Pertanto, come ha perfettamente evidenziato nelle conclusioni l'Ufficio del Massimario della Cassazione nella relazione del 24 ottobre 2012, n. 190²⁰⁰ e come è emerso nella discussione pubblica del 27 marzo 2013, le due norme interne (che nelle more sono diventate tre, aggiungendosi ora il comma 5-ter dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001) che non consentono l'applicazione dell'art. 5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001 al personale della scuola sono: l'art. 1, comma 1, dl. n. 134/2009 (convertito con modificazioni dalla l. n. 167/2009) e, soprattutto, l'art. 9, comma 18, dl. n. 70/2011 (convertito con modificazioni dalla l. n. 106/2011), che ha aggiunto l'art. 10, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001, che espressamente esclude dal campo di applicazione del decreto attuativo della direttiva 1999/70/CE «i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato».

Anche se, sul piano formale, la Corte costituzionale contesta al Tribunale di Trento il mancato rilievo²⁰¹ all'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 e alla previsione generale ivi prevista di divieto di conversione dei rapporti flessibili in caso di violazione di normativa imperativa di legge, in realtà l'inammissibilità e il difetto di rilevanza delle ordinanze di rinvio sono motivate sul "difetto di interesse" delle parti ricorrenti: il non aver sottoposto allo scrutinio di costituzionalità le due citate norme ostative all'applicazione dell'art. 5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001, secondo il Giudice delle leggi «comporta un'incompletezza della ricostruzione del quadro normativo ed una conseguente inefficacia dell'ipotetica pronuncia di accoglimento ai fini della decisione della domanda giudiziale concretamente posta al Tribunale di Trento».

Se tale affermazione appare contraddittoria, alla luce della circostanza che anche i ricorrenti (non costituiti innanzi alla Corte costituzionale) nei giudizi principali delle ordinanze di rinvio (dichiarate ammissibili) dei Tribunali di Roma e Lamezia Terme hanno chiesto la riqualificazione o conversione dei rapporti di lavoro, non lo è ove si pensi che questo abile *escamotage* consente al Giudice delle leggi di lasciare spazio alla Corte di giustizia, sulla soluzione dei molti dubbi sollevati sul punto della possibile conversione dei rapporti a termine nel pubblico impiego in applicazione dell'art. 5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001 proprio dell'ordinanza *Affatato* della CGUE, due volte richiamata dal Giudice delle leggi nell'ordinanza n. 206/2013.

L'ordinanza *Affatato*, infatti, è citata dal Giudice delle leggi la prima volta nella parte in cui, secondo la difesa dei docenti, la Corte europea ammetterebbe la riqualificazione dei rapporti a termine; un seconda volta nella parte in cui escluderebbe la conversione in rapporto a tempo indeterminato, per rispetto del principio costituzionale del concorso pubblico *ex art. 97 Cost.*, finendo poi la Consulta per evidenziare nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale in causa *Napolitano* C-418/13 il punto 51 della ordinanza *Affatato*, in cui «la Corte di giustizia ha affermato che la medesima non è in

¹⁹⁹ Trib. Trento nn. 283 e 284/2011 e 31, 32, 91 e 130/2012 Reg.ord.

²⁰⁰ Est. Buffa. La relazione commissionata all'Ufficio studi della Cassazione ha per oggetto «Il precariato scolastico e la tutela dei diritti nella disciplina e giurisprudenza comunitaria e nazionale, tra esigenze di specialità e principio di eguaglianza».

²⁰¹ Su cui, però, il Tribunale di Trento in tutte le ordinanze ha preso correttamente posizione, richiamando la sentenza n. 41/2011 della Corte costituzionale sulla legittimità del sistema di reclutamento scolastico: «in proposito occorre evidenziare che nel caso in esame i rapporti di lavoro a tempo determinato intercorsi tra i ricorrenti e l'Amministrazione convenuta scaturiscono da contratti stipulati - la circostanza è incontestata - nella piena osservanza della disciplina in tema di reclutamento del personale scolastico; quindi si tratta di una fattispecie rispetto alla quale non appare di immediata applicazione il disposto *ex art. 36 comma 5 d.lgs. n. 165/2001*, che concerne l'ipotesi dell'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni in «violazione di disposizioni imperative».

contrasto con la clausola 5 dell'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato, quando siano previste, «nel settore interessato, altre misure effettive per evitare, ed eventualmente sanzionare, il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato stipulati in successione»».

In buona sostanza, anche la Corte di giustizia ha dato indicazioni non esaustive ed equivoche agli interpreti nazionali sulla sanzione effettiva in caso di abusi nella successione dei contratti nelle sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo* e nell'ordinanza *Affatato* e la Corte costituzionale - neo-Giudice comunitario del "merito" di controversie che riguardano centinaia di migliaia di situazioni lavorative - vuole vederci chiaro, censurando comunque il legislatore nazionale per invitarlo ad adottare i provvedimenti opportuni per sanare il rilevato contrasto con la disciplina comunitaria, su cui non possono esservi dubbi di sorta anche rispetto all'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, la norma interna che, *prima facie*, la Corte di giustizia nelle sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo* aveva ritenuto compatibile con la direttiva comunitaria e la clausola 5 dell'accordo quadro, prevedendo un risarcimento del danno di cui è oggi, anche sul piano legislativo all'interno dello stesso articolo (art. 36, comma 5-*quater*, d.lgs. n. 165/2001), certificata la impossibile quantificazione e la ineffettività come sanzione.

La sentenza *Carratù* del 12 dicembre 2013 e la contestuale ordinanza *Papalia* risolveranno la *querelle*, riaffermando definitivamente e con chiarezza la primazia del diritto dell'Unione europea attraverso la normativa interna attuativa, che diventa così disciplina speciale a copertura costituzionale e comunitaria.

23. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale UE del Tribunale di Aosta sulla prova del risarcimento del danno e l'ordinanza *Papalia* della Corte di giustizia

Infatti, come anticipato, è stata decisa dalla VIII Sezione della Corte di giustizia con ordinanza del 12 dicembre 2013 (contestualmente alla sentenza *Carratù*) la questione pregiudiziale UE sollevata dal Tribunale di Aosta con l'ordinanza *Papalia* C-50/13²⁰² sulla sanzione risarcitoria adeguata nel caso di abusivo utilizzo a termine per quasi trenta anni di precariato "senza soluzione di continuità" di un maestro della banda musicale del Comune aostano.

Nell'ordinanza di rinvio il Tribunale aostano, rispettoso del divieto assoluto di conversione dei contratti a termine nel pubblico impiego enunciato dalla Corte costituzionale sin dalla sentenza n. 89/2003, ha precisato alla Corte di giustizia di aver già liquidato in precedenti cause il risarcimento dei danni nella misura forfettizzata di venti mensilità, in applicazione analogica dell'art. 18, commi 4 e 5, della legge n. 300/1970.

La Corte di appello di Torino, dopo la sentenza n. 392/2012 della Cassazione e applicandone i principi, ha riformato le decisioni del Giudice del rinvio pregiudiziale, perché i lavoratori pubblici precari non avevano fornito prova rigorosa dei danni effettivamente subiti per l'abusivo utilizzo in contratti a termine successivi.

Nella causa *Papalia* C-50/13 la Commissione europea ha concluso nelle osservazioni scritte depositate il 29 aprile 2013 che l'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 è norma inefficace e inadeguata a sanzionare gli abusi in caso di successione di contratti nel pubblico impiego e, in conseguenza, l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato «deve essere interpretato nel senso che si oppone ad un regime nazionale che subordini a condizioni di prova discriminatorie rispetto ad altre analoghe fattispecie di diritto interno o, comunque, eccessivamente onerose il risarcimento del danno dovuto al lavoratore illegittimamente assunto a termine tramite il ricorso abusivo ad una successione di contratti a tempo determinato, ove il risarcimento del danno sia la sola misura prevista dall'ordinamento interno per prevenire e reprimere tale abuso».

²⁰² Nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del 30 gennaio 2013 il Tribunale di Aosta ha formulato il seguente quesito: «Se la direttiva 1999/70/CE (articolo 1 nonché clausola 5 dell'allegato accordo quadro, oltre ad ogni altra norma comunque connessa o collegata), debba essere intesa nel senso di consentire che il lavoratore assunto da un ente pubblico con contratto a tempo determinato in assenza dei presupposti dettati dalla normativa comunitaria predetta, abbia diritto al risarcimento del danno soltanto se ne provi la concreta effettività, e cioè nei limiti in cui fornisca una positiva prova, anche indiziaria, ma comunque precisa, di aver dovuto rinunciare ad altre, migliori occasioni di lavoro».

La posizione della Commissione europea nella causa *Papalia*, C-50/13 è molto diversa da quella assunta nelle osservazioni scritte della causa *Affatato*, C-3/10, in cui sostenne di non essere in grado di valutare, alla luce dell'incertezza delle pronunce giurisprudenziali di merito che comunque in molti casi avevano riconosciuto un danno effettivo, se era vero quanto argomentato dal Tribunale di Rossano nell'ordinanza di rinvio sul fatto che non esisteva alcuna misura idonea a prevenire gli abusi in caso di successione di contratti a termine di tutto il pubblico impiego, e, specificamente, che la misura del risarcimento del danno prevista dall'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 non aveva alcuna effettività.

In effetti, la Commissione europea ha dovuto prendere atto, alla luce dell'ormai consolidato orientamento della Cassazione con le sentenze nn. 392/2012 e 10127/2012, che le argomentazioni del Tribunale di Rossano e ora di quello di Aosta erano e sono fondate sulla mancanza di tutela effettiva.

Dal canto suo, secondo la convenienza del momento, l'Avvocatura dello Stato nelle osservazioni scritte della causa *Papalia*, C-50/13 si è difesa richiamando soltanto l'art. 1, d.lgs. n. 368/2001, mentre ha fatto solo generica menzione dell'art. 5 dello stesso decreto legislativo, e in particolare non ha richiamato il comma 4-*bis* di detto articolo: il lavoratore ricorrente nel giudizio principale aveva svolto poco meno di 30 anni di servizio alle dipendenze del Comune di Aosta con rapporti a tempo determinato successivi e senza soluzione di continuità e, quindi, non casualmente lo Stato italiano ha dimenticato di segnalare alla Corte di giustizia quella misura preventiva e sanzionatoria interna che il Collegio lussemburghese nell'ordinanza *Affatato* al punto 48 aveva ritenuto idonea a soddisfare le condizioni di compatibilità con la clausola 5 dell'accordo quadro comunitario, accogliendo proprio le osservazioni scritte dello Stato italiano al punto 67, depositate il 7 maggio 2010 presso la Cancelleria della CGUE.

24. Il rinvio pregiudiziale UE del Tribunale di Napoli in materia di precariato scolastico sulla leale collaborazione dello Stato e sull'assenza di tutele antiabusiv

a) Il Tribunale di Napoli sul precariato scolastico riparte dall'ordinanza *Affatato* della Corte di giustizia e dalla (s)lealtà dello Stato italiano sull'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001

In effetti, l'Avvocatura dello Stato nelle osservazioni scritte della causa *Affatato* C-3/10 sull'ordinanza pregiudiziale del Tribunale di Rossano - che, ribadendo il divieto assoluto di conversione dei contratti a termine nel pubblico in mancanza di procedure concorsuali di reclutamento, aveva appunto denunciato l'ineffettività della sanzione del risarcimento dei danni prevista dall'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 - ha sostenuto l'applicabilità diretta dell'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 anche ai contratti a tempo determinato successivi nel pubblico impiego e anche per il settore scolastico, con conseguente trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti a termine che abbiano avuto durata complessivamente superiore a 36 mesi. Nel caso trattato dal Tribunale di Rossano si trattava di contratti a tempo determinato successivi nel settore della sanità pubblica che non superavano complessivamente i trentasei mesi di rapporti a termine con la Azienda sanitaria locale di Cosenza.

In particolare, il Tribunale di Napoli, inizialmente, sulla base dell'orientamento già espresso dalla Corte di giustizia nell'ordinanza *Affatato* del 1° ottobre 2010 sulle questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Rossano, aveva orientato le proprie decisioni nel senso dell'applicabilità diretta dell'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 anche ai contratti a tempo determinato nella scuola pubblica, riquilificando cioè quei rapporti che avevano superato i trentasei mesi anche non continuativi con mansioni equivalenti alle dipendenze di uno stesso datore di lavoro pubblico²⁰³, trovando adesione a questa soluzione in parte della dottrina²⁰⁴ e della giurisprudenza di merito.

²⁰³ Tribunale di Napoli del 16 giugno 2011.

²⁰⁴ *EX pluribus*, L. MENGHINI, *La successione dei contratti a termine con la P.A. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, in RGL, 2012, p. 699 ss.; nonché *Lavoro flessibile e lavoro precario alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni*, relazione al Seminario di formazione tenutosi a Scandicci il 27-29 maggio 2013 su *Lavoro flessibile, lavoro precario, lavoro diffuso: dove va il diritto del lavoro?*, organizzato dalla Scuola superiore della Magistratura, 1-35 del manoscritto, cit.; *La conversione giudiziale dei rapporti precari con le p.a.: cadono molte barriere*, in LG, n. 9, 2011; *Il lavoro a termine*, in *I contratti di lavoro*, di A. VALLEBONA (a cura di), in *Trattato dei contratti*, Torino, 2009, I, p. 1146; M. A. LA NOTTE CHIRONE, *Quale tutela per i precari del pubblico impiego: spunti per una riflessione*, in RGL, 2012, p. 735 ss.; V. DE MICHELE, *Il dialogo tra Corte di*

Tuttavia, la “diversa” lettura dell’ordinanza *Affatato* espressa dalla Corte di cassazione, che ha rigettato sia le domande di risarcimento del danno subito, per asserita mancanza del «presupposto stesso della tecnica risarcitoria, che è quello di ripristinare, attraverso la restaurazione dell’ordine giuridico violato, la situazione soggettiva che, garantita da una norma giuridica, venga in concreto a subire una lesione»²⁰⁵, sia la domanda di trasformazione in rapporto a tempo indeterminato per aver superato il limite dei 36 mesi²⁰⁶, ha indotto il Tribunale di Napoli con le ordinanze C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13, *Mascolo* e a. a chiedere alla Corte di giustizia di chiarire se i dipendenti legati a Pubbliche Amministrazioni con rapporti di diritto “privato” hanno diritto alla trasformazione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro a termine in forza del principio di leale collaborazione e della posizione assunta dallo Stato italiano nell’ordinanza *Affatato* o in applicazione del principio di non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato, previsto dall’accordo quadro comunitario e recepito dall’art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (che, in base all’articolo 6, paragrafo 1, TUE, ha il medesimo valore giuridico dei Trattati²⁰⁷).

Secondo il Tribunale partenopeo, seguendo lo stesso argomento già proposto con l’ordinanza *Carratù* e già accolto dalla Commissione europea, la giurisprudenza comunitaria prevede che la nozione di “condizioni di impiego” di cui alla clausola 4, punto 1, dell’accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, comprende tutti i vantaggi, in contanti o in natura, attuali o futuri, purché siano pagati, sia pure indirettamente, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell’impiego di quest’ultimo, ivi compreso l’indennizzo concesso dal datore di lavoro per il licenziamento intimato senza giustificato motivo²⁰⁸.

Ne conseguirebbe, per il Giudice del rinvio, la disapplicazione del divieto di conversione del rapporto di impiego sancito nell’art. 36 del d.lgs. n. 165/2001²⁰⁹, e, in ogni caso, la necessità di quesito pregiudiziale sul fatto che la mancata applicazione del comma 4-*bis* dell’art. 5 del d.lgs. n. 368/2001 ai rapporti di pubblico impiego “privatizzati” possa ritenersi giustificata dalle «esigenze di settori e/o categorie specifiche di lavoratori», contemplate nella clausola 5 dell’accordo quadro comunitario recepito dalla direttiva 1999/70/CE, nelle ipotesi, come quella di docenti scolastici (o educatori delle

giustizia e giudice nazionale in materia di precariato pubblico, ivi, 2012, p. 755 ss.; nonché, *Il Tribunale aquilano demolisce la sentenza antispread della Cassazione sul precariato scolastico*, in LG, 8/9, 2012, p. 777 ss.; N. ZAMPIERI, *Sull’applicabilità del principio della conversione a tempo indeterminato del rapporto di impiego a termine stipulato da un Ente Locale in violazione del decreto legislativo n. 368/2001*, in RU, n. 6/2002; nonché, *Lo stato dell’arte sull’abuso del contratto a termine nel pubblico impiego contrattualizzato*, in DL, 2010 pp. 955- 974; stesso A., *Il rapporto di lavoro a termine, la sentenza Affatato e il Collegato lavoro* in RU, 1/2011, p. 138 e ss.; L. ZOPPOLI, *La flessibilità nel lavoro pubblico*, in M. D’ONGHIA e M. RICCI (a cura di), *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Milano, 2009, p. 219. Per una eccellente ricostruzione del quadro normativo interno nella comparazione con la disciplina spagnola, v. A. OLIVIERI, *La successione di contratti a tempo determinato nella p.a.: la via spagnola e quella italiana*, in Lpa, 2013, p. 769 ss.

²⁰⁵ Cassazione, S.L., sentenza del 13 gennaio 2012, n. 392.

²⁰⁶ Cassazione, S.L., sentenza del 20 giugno 2012, n. 10127.

²⁰⁷ La Grande Sezione della Corte di giustizia, nella sentenza *Melloni* del 26 febbraio 2013 in causa C-399/11, ha infatti rimarcato al punto 59 che «secondo una giurisprudenza consolidata, infatti, in virtù del principio del primato del diritto dell’Unione, che è una caratteristica essenziale dell’ordinamento giuridico dell’Unione (v. pareri 1/91, del 14 dicembre 1991, in *Raccolta*, p. I-6079, punto 21, e 1/09, dell’8 marzo 2011, in *Raccolta*, p. I-1137, punto 65), il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand’anche di rango costituzionale, non può sminuire l’efficacia del diritto dell’Unione nel territorio di tale Stato (v. in tal senso, in particolare, sentenze del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, in *Raccolta*, p. 1125, punto 3, e dell’8 settembre 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, in *Raccolta*, p. I-8015, punto 61)».

²⁰⁸ In tal senso: Corte di giustizia, sentenze 9 febbraio 1982, causa C-12/81, *Garland*, punto 5, 17 maggio 1990, causa C-262/88, *Barber*, punto 12, e causa C-167/97 del 9 febbraio 1999, *Regina*, punti 23 e ss. che chiarisce come «l’indennizzo concesso al lavoratore in caso di licenziamento senza giustificato motivo, composto da un’indennità base e un’indennità di compensazione, sia destinato soprattutto ad accordare al lavoratore quanto egli avrebbe dovuto ricevere se il datore di lavoro non avesse illegittimamente posto fine al rapporto di lavoro. 27. Da un lato, l’indennità base rinvia direttamente alla retribuzione che sarebbe stata versata al lavoratore subordinato in assenza di licenziamento e, dall’altro, l’indennità di compensazione compensa il danno patito dal lavoratore subordinato per via del licenziamento, includendo tutti i costi ragionevolmente sostenuti dal medesimo a seguito del suo licenziamento e, a determinate condizioni, la perdita di ogni vantaggio che avrebbe potuto ragionevolmente attendersi di ottenere se non fosse stato licenziato. 28. Ne consegue che l’indennità per licenziamento senza giustificato motivo viene versata al lavoratore a motivo del lavoro svolto e che avrebbe continuato a svolgere in assenza di un licenziamento senza giustificato motivo. Tale indennità è quindi riconducibile alla nozione di retribuzione ai sensi dell’art. 119 del Trattato».

²⁰⁹ Invero la normativa italiana, legittimando l’illimitato ricorso da parte del MIUR e degli Enti locali ai contratti a tempo determinato per fare fronte ad esigenze di lavoro palesemente stabili e senza alcuna durata massima dei rapporti a termine, pongono i lavoratori precari dipendenti dal MIUR e dai Comuni in una situazione ingiustificatamente peggiore non solo rispetto ai dipendenti di imprese private, che svolgono le stesse identiche mansioni (non vi è infatti alcuna differenza tra l’attività svolta da un docente o da un addetto all’assistenza in una Scuola o Asilo privato, rispetto a quella svolta in una Scuola Pubblica o in un asilo comunale), ma anche rispetto a quella in cui sono posti i dipendenti pubblici con contratto a tempo indeterminato, i quali godono della disciplina limitativa dei licenziamenti e del diritto alla reintegra, in caso di licenziamento illegittimo, a prescindere del numero di dipendenti impiegati dalla singola Amministrazione.

Scuole dell'infanzia nella causa *Russo c. Comune di Napoli* C-62/13), in cui l'attività di docente (o educatore) è rinvenibile sia nell'ambito privato che nel "settore" pubblico.

c) Il Tribunale di Napoli sul precariato scolastico e la privatizzazione "effettiva" del pubblico impiego contrattualizzato

Come peraltro già anticipato dal Tribunale di Torino nell'ordinanza di rinvio dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 251/2002, l'art. 3 d.lgs. n. 165/2001 ha, infatti, sancito che rimangono sottoposti al regime di diritto pubblico e, conseguentemente, alla giurisdizione esclusiva dei Giudici amministrativi, solo i dipendenti il cui rapporto di impiego implica l'esercizio di potestà o prerogative pubbliche, cioè il pubblico impiego non contrattualizzato, sottratto al regime "privatistico" in ragione della peculiarità delle funzioni svolte dai dipendenti, implicanti l'esercizio di pubblici poteri, o dell'esigenza di garantire agli enti deputati al controllo di legalità, a tutela di interessi pubblici, una piena autonomia nell'esercizio dei loro compiti.

Viceversa, i rapporti di tutti gli altri dipendenti delle pubbliche amministrazioni - ivi compresi, per quanto di interesse, i docenti e i collaboratori scolastici delle scuole pubbliche, operano in regime di "diritto privato", ossia con rapporti regolamentati dalle medesime disposizioni disciplinanti il rapporto di lavoro prestato alle dipendenze dei datori di lavoro privato e sottoposti alla giurisdizione del Giudice ordinario²¹⁰.

Tale distinzione è stata recentemente ammessa dallo stesso Governo italiano il quale, nella causa *Valenza*, ha richiamato la natura pubblica del rapporto dei dipendenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, cd. "AGCM" (sottoposti appunto per tale motivo alla giurisdizione del Tar e del Consiglio di Stato) per giustificare il mancato computo dell'anzianità dei dipendenti. Risulta, quindi, evidente che, *a contrario*, essendo il rapporto del personale docente "privatizzato", risulta del tutto sproporzionato il divieto di applicabilità della normativa che prevede la trasformazione del rapporto di lavoro dei docenti e del personale ATA reiteratamente assunti per più di 36 mesi.

La natura privatistica dei rapporti di lavoro dei dipendenti del MIUR è del resto ben nota alla Corte di giustizia che, con riferimento ai collaboratori scolastici, ha evidenziato nella sentenza *Scattolon* ai punti 45-46 come detto personale sia sottoposto alla direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, concernente il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese²¹¹.

Quanto poi alle mansioni di "insegnante" la Corte di giustizia ha da tempo evidenziato che l'insegnamento nelle scuole pubbliche non presenta alcuna peculiarità rispetto all'insegnamento nelle scuole private per cui «la deroga prevista dall'art. 48, n. 4, del Trattato, secondo cui le disposizioni relative alla libera circolazione dei lavoratori non si applicano "agli impieghi nella pubblica amministrazione" secondo costante giurisprudenza, non concerne le attività di insegnante (v. sentenze 3 luglio 1986, causa C-66/85, *Lawrie-Blum*, in Raccolta, p. 2121, punto 28; 27 novembre 1991, causa C-4/91, *Bleis*, in Raccolta, p. I-5627, punto 7, e 2 luglio 1996, causa C-473/93, *Commissione c. Lussemburgo*, in Raccolta, p. I-3207, punto 33)»²¹².

In buona sostanza, diversamente dalle precedenti cause pregiudiziali "interne" sul precariato pubblico in Corte di giustizia (sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*, ordinanza *Affatato*), nelle ordinanze

²¹⁰ V. l'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001.

²¹¹ Infatti, afferma la Corte di giustizia nella sentenza *Scattolon* «45....nel caso di specie, come si ricava dall'art. 8 della legge n. 124/99, il gruppo di lavoratori oggetto di riassunzione da parte dello Stato è costituito dal personale ATA degli enti locali occupato presso le scuole pubbliche. Dagli atti di causa si evince anche che le attività svolte da questo personale consistono nel garantire i servizi ausiliari di cui le scuole hanno bisogno per perseguire, in condizioni ottimali, i loro compiti di insegnamento. Questi servizi riguardano, segnatamente, la pulizia e la manutenzione dei locali, nonché compiti di assistenza amministrativa. 46. Inoltre, dagli elementi in fatto forniti dal giudice del rinvio, così come dall'art. 9 del d.m. 23 luglio 1999, si evince che tali servizi sono affidati, in determinati casi, ad operatori economici privati mediante subappalto. Del resto, è pacifico che detti servizi non sono ricollegati all'esercizio di prerogative dei pubblici poteri».

²¹² Così, *ex multis*, Corte di giustizia, V Sezione, sentenza del 30 novembre 2000, nel procedimento C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst c. Republik Österreich*, e, in termini, sentenza del 13 novembre 1997, causa C-248/96, *Grahame e Hollanders*, in Raccolta, p. I-6407, punto 32; sentenza del 15 gennaio 1998, causa C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou*, punto 13, causa C-248/96, *Grahame e Hollanders*, punto 32; sentenza del 3 luglio 1986, causa C-66/85, *Lawrie Blum/Land Baden Wurtemberg*, e causa C-225/85. V. inoltre in senso conforme la comunicazione n. 88/C/72/02 del 18 marzo 1988, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee del 18/3/88, con cui la Commissione ha a sua volta sottolineato che è esclusa dalla deroga all'art. 48 del Trattato in relazione al personale docente, atteso che «l'istruzione nelle Scuole pubbliche ... esiste pure nel settore privato, al quale l'art. 48, paragrafo n. 4 non si applica».

del Tribunale di Napoli e della Corte costituzionale non è più in discussione la misura repressiva applicabile - ossia conversione o riqualificazione dei contratti a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni italiane, o il risarcimento dei danni -, bensì la possibilità di escludere con un atto normativo in via generale a tutti i supplenti della scuola pubblica l'applicazione di tutte le misure preventive previste dalla clausola 5 dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato.

In effetti, sia i docenti che il personale tecnico, ausiliario e amministrativo della scuola pubblica italiana sono reclutati con assunzioni a tempo determinato attraverso graduatorie permanenti, che si sono formate dopo l'espletamento di procedure concorsuali e sono aggiornate annualmente in relazione al servizio espletato nell'anno scolastico precedente, come previsto dall'art. 4, commi 1, 2 e 3, della legge n. 124/1999. Da tali graduatorie il MIUR (o le Province autonome di Trento o di Bolzano) attinge sia il personale da assumere a tempo determinato, sia il personale da assumere a tempo indeterminato²¹³.

Lo scorrimento delle stesse graduatorie permanenti, peraltro, consente anche le assunzioni a tempo indeterminato nella scuola e questo sistema di reclutamento sia per le assunzioni "di ruolo" (cioè a tempo indeterminato) sia per le supplenze è considerato la forma "abituale" di reclutamento nella scuola pubblica, come previsto dall'art. 70, comma 8, 3° capoverso, d.lgs. n. 165/2001.

Infatti, come ricorda la Corte costituzionale nell'ordinanza n. 207/13, l'ultimo concorso pubblico per titoli ed esami nella scuola risale al 1999 (quello precedente è stato bandito nel 1990) e le idoneità conseguite, a seguito del concorso (e di quelli precedenti), costituiscono il titolo di accesso alle graduatorie permanenti in posizione migliore per l'assunzione a tempo indeterminato o a tempo determinato su posto carente in organico.

d) Il Pinocchio statale e la lealtà dichiarata ma non provata nei confronti della Corte di giustizia (e dei cittadini e dipendenti pubblici precari italiani): le minacce infantili al Giudice nazionale

E' stata, dunque, la "naturale" ambiguità del comportamento dello Stato italiano nella rappresentazione del quadro normativo interno a indurre il Tribunale di Napoli a sollevare specifica questione pregiudiziale nelle cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13 *Mascolo* e a. sul principio di leale cooperazione²¹⁴ degli Stati nei confronti dell'Unione europea e delle sue Istituzioni, facendo espresso riferimento a quanto precisato dallo Stato italiano nelle osservazioni scritte della causa *Affatato* sull'applicabilità dell'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 anche alle pubbliche amministrazioni, affermata davanti alla Corte di giustizia e puntualmente smentita nei giudizi nazionali.

Nelle sue osservazioni scritte depositate il 22 maggio 2013, cioè prima della udienza di trattazione orale del 5 giugno 2013 della causa *Carratù* e prima del deposito della ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale, la Commissione europea ha risposto ai quesiti pregiudiziali sostanzialmente condividendo sui punti controversi principali i dubbi interpretativi sollevati dal Tribunale di Napoli rispetto alla (in)compatibilità della normativa interna rispetto alla disciplina europea²¹⁵.

²¹³ Le "supplenze", cioè i contratti a tempo determinato nella scuola pubblica, rispondono a tre tipologie: le supplenze annuali dal 1° settembre dell'anno scolastico di riferimento al 31 agosto dell'anno successivo (comma 1); le supplenze fino al termine delle attività didattiche (comma 2, cioè fino al 30 giugno, con scadenza due mesi prima delle supplenze annuali); le supplenze temporanee vere e proprie per sostituzione di personale assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro (comma 3). I primi due tipi di supplenze, come è chiarito nell'ordinanza di rinvio del Tribunale di Napoli, sono per la copertura di posti carenti in organico c.d. di diritto (supplenze annuali) o di fatto (supplenze fino al termine delle attività didattiche) e vengono affidate ai dipendenti che sono inseriti nelle graduatorie "permanenti" per il fatto che hanno conseguito l'abilitazione e superato un pubblico concorso. Dalle stesse graduatorie viene quindi attinto il 50% del personale assunto a tempo indeterminato.

²¹⁴ «Se, in forza del principio di leale cooperazione, ad uno Stato sia vietato rappresentare in un procedimento pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia dell'Unione europea un quadro normativo interno volutamente non corrispondente al vero ed il giudice sia obbligato, in assenza di una diversa interpretazione del diritto interno ugualmente soddisfacente degli obblighi derivanti dalla appartenenza alla Unione europea, ad interpretare, ove possibile, il diritto interno conformemente alla interpretazione offerta dallo Stato».

²¹⁵ Queste le conclusioni proposte dalla Commissione europea nelle cause riunite *Mascolo e a.*, causa C-22/13: «Non può ritenersi obiettivamente giustificata ai sensi della clausola 5, punto 1, lett. a) dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, siglato il 18 marzo 1999, che compare in allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, una legislazione nazionale che consente il rinnovo di contratti a tempo determinato non solo per la sostituzione di personale temporaneamente assente ma anche per la copertura di vacanze nell'organico del personale docente e

L'Avvocatura dello Stato, invece, - evidentemente confidando sul fatto che mai la Corte costituzionale avrebbe potuto proporre il rinvio pregiudiziale e anzi tacendo colpevolmente sulla già avvenuta discussione delle questioni di legittimità costituzionale sul precariato pubblico, nelle osservazioni scritte depositate il 14 maggio 2013 a pagina 30, ai punti 52-54²¹⁶ - si è limitata ad affermazioni infantili di carattere chiaramente intimidatorio nei confronti del Giudice del rinvio, colpevole di aver sollevato il problema della leale cooperazione dello Stato davanti alla Corte di giustizia.

Le inaccettabili minacce "di rappresaglia" della difesa erariale nei confronti dell'autonomia e imparzialità del Giudice nazionale finiscono per confermare la tesi dell'indifendibilità delle posizioni interpretative del Governo italiano, soprattutto ove si pensi che appare difficile che anche la Corte costituzionale possa essere oggetto di eventuali azioni disciplinari per punire il reato di associazione a delinquere finalizzata alla ricostruzione di uno Stato di diritto, democratico e orientato alla ordinaria applicazione dei principi costituzionali interni e delle regole europee che la Costituzione nazionale impone di osservare.

Né si può immaginare che l'Avvocatura erariale possa rivalersi nei confronti della Commissione europea, colpevole con la procedura di infrazione n. 2124/2010 di non aver più creduto alle fantasie nazionali sull'applicazione dell'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 anche ai supplenti del personale ATA, correggendo l'incauto e temporaneo atto di fiducia della risposta scritta del 10 maggio 2010 all'interrogazione parlamentare e, con il parere del 20 novembre 2013, concedendo allo Stato italiano

ausiliario tecnico amministrativo della scuola statale in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo, senza che vi sia alcuna certezza sul momento in cui tali procedure saranno espletate e, pertanto, senza prevedere criteri obiettivi e trasparenti per verificare se il rinnovo dei contratti in questione risponda effettivamente ad un'esigenza temporanea reale, sia atta a raggiungere lo scopo perseguito e necessaria a tal fine. Spetta al giudice nazionale verificare se tali condizioni ricorrano nel caso di specie.

La clausola 5 dell'accordo quadro non osta a che gli Stati membri prevedano, per tutto il settore pubblico, incluso il settore scolastico, un regime per il ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi diverso da quello applicabile al settore privato, purché le misure previste nell'ambito di tale regime siano sufficientemente effettive e dissuasive per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro, non meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna e tali da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione.

La clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che non osta ad una legislazione nazionale, quale quella in causa nel giudizio a quo, che, nel disciplinare le conseguenze pecuniarie dell'illegittima assunzione a termine nel settore del pubblico impiego, stabilisce condizioni meno favorevoli di quelle previste in favore del lavoratore a durata indeterminata illegittimamente licenziato dello stesso settore, ove che tale disparità di trattamento sia giustificata da ragioni oggettive e le misure previste in favore del lavoratore a termine siano comunque effettive e dissuasive per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro, non meno favorevoli della disciplina di situazioni analoghe di natura interna e tale da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

Il principio di cooperazione di cui all'art. 4, n. 3, TUE non obbliga il giudice nazionale ad interpretare il proprio diritto interno in senso conforme all'interpretazione data a tale diritto dal suo Stato membro di appartenenza nel quadro di una procedura pregiudiziale, ove tale interpretazione si riveli erronea.

L'art. 2, n. 2, lett. e), della direttiva 91/533/CEE del Consiglio, del 14 ottobre 1991, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro, deve essere interpretato nel senso che esso non impone agli Stati membri di prevedere l'obbligo per il datore di lavoro, in caso di contratto o rapporto di lavoro temporaneo, di indicare al lavoratore i casi in cui il contratto di lavoro a termine si può trasformare in contratto a tempo indeterminato per effetto di una successione abusiva di rapporti a termine.

I principi generali di certezza del diritto, tutela del legittimo affidamento, parità delle armi nel processo, effettiva tutela giurisdizionale, diritto ad un tribunale indipendente e ad un equo processo sanciti dall'art. 6, n. 2, TUE in combinato disposto con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) con gli articoli 47 e 52, n. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non ostano a che, nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE, il legislatore nazionale adotti nuove disposizioni retroattivamente applicabili che incidano sui diritti derivanti per i singoli da norme anteriori e influenzino la soluzione di controversie pendenti, ove tale legislazione sia giustificata da motivi imperativi di interesse generale. Ragioni di carattere puramente finanziario non costituiscono, di per sé e salvo casi estremi, motivi imperativi di interesse generale sufficienti.»

²¹⁶ «52. Nel quarto quesito il Tribunale di Napoli chiede – singolarmente – se allo Stato sia vietato rappresentare in un procedimento interpretativo davanti alla Corte di giustizia UE un quadro normativo interno volutamente non corrispondente al vero. 53. In disparte l'estrema gravità, nella sostanza, dell'assunto, volto a sostenere che la difesa del Governo italiano avrebbe artatamente detto il falso in una procedura ex art 267 TFUE (in relazione alla quale questa medesima difesa valuterà quali siano le più opportune azioni da assumere nell'ordinamento interno contro tale condotta del Tribunale di Napoli), ancora una volta si eccipisce l'irricevibilità della questione, in quanto del tutto irrilevante ai fini della risoluzione del caso concreto sotteso al giudizio nazionale: in pratica, il Tribunale di Napoli chiede di valutare la asserita condotta "falsificatrice della realtà" da parte della difesa del Governo italiano in una diversa procedura ex art- 267 TFUE e segnatamente nella causa Affatato conclusasi con la succitata ordinanza C-3/10. 54. In subordine, per mero tuziorismo, si riportano testualmente, di seguito, i "passi incriminati" della difesa del Governo nella causa Affatato (gli unici dove v'è una difesa nel merito delle questioni, e non eccezioni di irricevibilità, tutte peraltro accolte dalla Corte) da cui si vince l'assoluta falsità – questa sì – della ricostruzione del giudice remittente, volta a sostenere (con uno scopo oscuro e comunque irrilevante ai fini della decisione della causa sottoposta al suo vaglio) che lo Stato italiano in detta vertenza comunitaria avrebbe rappresentato un quadro legislativo FALSO:.....».

due mesi di tempo per recepire la direttiva 1999/70 per il pubblico impiego scolastico, riservandosi all'esito il ricorso per inadempimento alla Corte di giustizia (ricorso di fatto già pendente con le pregiudiziali della Corte costituzionale e del Tribunale di Napoli).

d) Il cattivo esempio del Pinocchio statale che nessuno controlla e il condizionamento della magistratura nazionale

Purtroppo, tali comportamenti rappresentano una ulteriore manifestazione di disinteresse o addirittura di disprezzo nei confronti dell'applicazione corretta del diritto dell'Unione europea nell'ordinamento interno e della stessa giurisprudenza della Corte di giustizia *in subiecta materia*, dal momento che, come ricordato, la stessa difesa erariale si sente autorizzata "via mail" - dandone dignità "letteraria" - a mettere in discussione la coerenza e la correttezza delle "fragili" (!) argomentazioni proposte dalla Corte europea del 18 ottobre 2012 in causa C-302/11 *Valenza e a.*

Questo atteggiamento dell'Avvocatura dello Stato di non leale cooperazione con le Istituzioni europee è funzionale a legittimare il rilevante vantaggio erariale di non riconoscere l'anzianità di servizio e la progressione di carriera per lungo periodo a chi lavora a tempo determinato anche per molti anni con l'inquadramento contrattuale economicamente più basso, su cui, come detto, neanche la copiosa e granitica giurisprudenza comunitaria è riuscita ad incidere in modo significativo in applicazione diretta del principio di uguaglianza e non discriminazione con i lavoratori a tempo indeterminato.

Non è un caso che un atteggiamento "nazionalistico" o autarchico o (*rectius*) anarchico della giurisprudenza interna cominci a diffondersi in modo preoccupante, soprattutto in materia di precariato pubblico dopo le due sentenze della Cassazione n. 392/2012 e n. 10127/2012, finendo per screditare od annullare *apertis verbis* il ruolo della Corte di giustizia e la primazia del diritto dell'Unione europea: si pensi alla sentenza del Tribunale di Termini Imerese sul precariato scolastico del 6 febbraio 2013, che dichiara di non voler seguire neanche le indicazioni della Corte costituzionale sulla primazia del diritto europeo in applicazione dell'art. 11 Cost. (perché *motu proprio* il Giudice siciliano applica gli artt. 102 e 103 Cost., dimenticandosi l'art. 117, comma 1, della Carta fondamentale sul rispetto degli obblighi comunitari); si pensi alla sentenza della Corte di appello di Torino del 12 giugno 2013, che svaluta anticipatamente e dichiaratamente il giudizio pregiudiziale che la Corte di giustizia sta per definire nella causa *Papalia*, C-50/13, rimproverando il Tribunale di Aosta di aver sollevato una questione inammissibile per incompetenza (!) della Corte di giustizia. Senza dubbio, anche la sentenza del 4 novembre 2013 del Consiglio di Stato sul caso *Valenza* potrebbe rientrare, a rigore, in questo contesto, ma la condivisione etica della decisione dei Giudici amministrativi induce chi scrive a valutare questa decisione come coerente e congrua con i ristretti ambiti di valutazione "normo-economica" delle ragioni oggettive per la differenziazione di posizioni lavorative, che comunque la Corte di giustizia ha concesso al Giudice nazionale.

Le fughe autonome giurisprudenziali vanno immediatamente fermate, a salvaguardia della coesione sociale e dell'identità nazionale e nell'interesse stesso di chi ha agito sì in buona fede per difendere le finanze statali, ma in totale e intenzionale violazione delle norme vigenti, europee e costituzionali (e, dunque, delle disposizioni di legge). L'ordinanza *Napolitano* della Corte costituzionale svolge perfettamente questa funzione di freno inibitorio e di correttivo di rotta rispetto alla disgregazione e alla autoreferenzialità della tutela giudiziaria dei diritti fondamentali.

25. Identità sostanziale delle istanze pregiudiziali della Corte costituzionale, della Cassazione e dei Tribunali di Napoli: mancato recepimento della direttiva 1999/70/CE per i due settori del pubblico impiego e del lavoro marittimo, se non viene costituzionalizzata la normativa interna di recepimento dell'accordo quadro.

a) Identità sostanziale delle ordinanze di rinvio pregiudiziali pendenti in Corte di giustizia sul precariato pubblico: richiesta di chiarimenti sull'effettività delle norme interne attuative

Peraltro, leggendo le numerose altre questioni pregiudiziali²¹⁷ sollevate dal Tribunale di Napoli risulta evidente che sul precariato scolastico la sostanza dei dubbi interpretativi non è diversa da quella enunciata dal Giudice delle leggi nell'ordinanza *Napolitano*, rendendole complementari e integrabili proprio a causa della diversità e del dissenso sui numeri dei supplenti docenti interessati alla tutela antiabusiva e sulla legittimità o meno della *ratio* o delle ragioni oggettive, che per la Consulta giustificerebbero le modalità di assunzione a tempo determinato *sine die* per assicurare la continuità del servizio, mentre sarebbero in contrasto con la nozione comunitaria di ragioni oggettive per il Giudice partenopeo.

Sul punto - che non costituisce il fulcro della controversia che attiene invece alla verifica oggettiva dell'esistenza di sanzioni effettive contro gli abusi di contratti a termine legittimi²¹⁸ -, si concorda con il Tribunale di Napoli, dal momento che, al di là delle chiare indicazioni che provengono dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, è ancora in vigore l'art. 13 della legge n. 270/1982 per la determinazione delle dotazioni aggiuntive all'organico del personale docente fino al 5% della dotazione organica "ordinaria", disposizione che l'amministrazione scolastica non utilizza più, creando quella prassi organizzativa che ha fatto esplodere il fenomeno del precariato.

In buona sostanza, il Tribunale di Napoli accusa la difesa erariale e lo Stato di aver ingannato la Corte di giustizia nella causa *Affatato*, prospettando l'idoneità sanzionatoria di una norma, l'art. 5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001, che l'ordinamento interno si rifiuta di applicare con varie tecniche di *mobbing* normativo e interpretativo nei confronti dei precari pubblici, mascherando la situazione della assoluta mancanza di altre misure idonee a prevenire e sanzionare gli abusi nella successione dei contratti nel pubblico impiego.

²¹⁷ Queste le domande pregiudiziali del Tribunale di Napoli nella causa C-62/13, *Ravva*:

«1. Se il contesto normativo del settore scuola, [che consente una successione di contratti a tempo determinato, senza soluzione di continuità, con il medesimo docente per un numero indeterminato di volte, anche per soddisfare stabili esigenze di organico], costituisca misura equivalente ai sensi della clausola 5 della Direttiva 1999/70/CE/CE.

2. Quando debba ritenersi che un rapporto di lavoro sia alle dipendenze dello "Stato", ai sensi della clausola 5 della Direttiva 1999/70/CE/CE ed, in particolare, anche dell'inciso "settori e/o categorie specifiche di lavoratori" e quindi sia atto a legittimare conseguenze differenti rispetto ai rapporti di lavoro privati.

3. Se, tenuto conto delle esplicitazioni di cui all'articolo 3, comma 1, lett. c), della Direttiva 2000/78/CE ed all'articolo 14, comma 1, lett. c), della Direttiva 2006/54/CE, nella nozione di condizioni di impiego di cui alla clausola 4 della Direttiva 1999/70/CE/CE siano comprese anche le conseguenze dell'illegittima interruzione del rapporto di lavoro; in ipotesi di risposta positiva al quesito che precede, se la diversità tra le conseguenze ordinariamente previste nell'ordinamento interno per la illegittima interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed a tempo determinato siano giustificabili ai sensi della clausola 4.

4. Se, in forza del principio di leale cooperazione, ad uno Stato sia vietato rappresentare in un procedimento pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia dell'Unione europea un quadro normativo interno volutamente non corrispondente al vero ed il giudice sia obbligato, in assenza di una diversa interpretazione del diritto interno ugualmente soddisfattiva degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ad interpretare, ove possibile, il diritto interno conformemente all'interpretazione offerta dallo Stato.

5. Se nelle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro previste dalla Direttiva 91/533/CEE e segnatamente dall'articolo 2, commi 1 e 2, lett. e), rientri l'indicazione delle ipotesi in cui il contratto di lavoro a termine si può trasformare in contratto a tempo indeterminato.

6. In ipotesi di risposta positiva al quesito che precede se una modifica con efficacia retroattiva del quadro normativo tale che non garantisca al lavoratore subordinato la possibilità di far valere i suoi diritti derivanti - dalla Direttiva, ovvero il rispetto delle condizioni di lavoro indicate nel documento di assunzione, sia contrario all'articolo 8, n. 1, della Direttiva 91/533/CEE ed alle finalità di cui alla Direttiva 91/533/CEE ed in particolare al 2° "considerando".

7. se i principi generali del vigente diritto comunitario della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, della uguaglianza delle armi del processo, dell'effettiva tutela giurisdizionale, a un tribunale indipendente e, più in generale, a un equo processo, garantiti dall'art. 6, n. 2, del Trattato sull'Unione europea (così come modificato dall'art. 1.8 del Trattato di Lisbona e al quale fa rinvio l'art. 46 del Trattato sull'Unione) - in combinato disposto con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e con gli artt. 46, 47 e 52, n. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, come recepiti dal Trattato di Lisbona - debbano essere interpretati nel senso di ostare, nell'ambito di applicazione della direttiva 1999/70/CE, all'emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco temporale apprezzabile (3 anni e sei mesi), di una disposizione normativa, quale l'art. 9, dl. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con l. 12 luglio 2011, n. 106, ha aggiunto il comma 4-bis all'art. 10 del d.lgs. n. 368/01 atta ad alterare le conseguenze dei processi in corso danneggiando direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro - Stato ed eliminando la possibilità conferita dall'Ordinamento interno di sanzionare l'abusiva reiterazione di contratti a termine».

²¹⁸ V. M. CASOLA, *Come è possibile abusare di contratti a termine legittimi?*, in *RIDL*, 2013, 3, p. 547 ss. L'Autrice contesta condivisibilmente i presupposti della tutela antifraudolenta applicata in costanza della legge n. 230/1962, con la nullità del termine contrattuale e la conversione in contratto a tempo indeterminato ed evidenzia che la tipologia del contratto a tempo determinato, nella nuova disciplina del d.lgs. n. 368/2001 soprattutto alla luce della sua evoluzione fino all'attuale formulazione e all'introduzione dell'ipotesi del contratto a termine acasuale. Tuttavia, le conclusioni sulla sostanziale equiparazione tra contratto a tempo indeterminato e contratto a tempo determinato e, quindi, sulla inesistenza della possibilità di punire gli abusi di contratti a termine legittimi appaiono inaccettabili, rimandando sul punto proprio ai contratti a tempo determinato nel settore pubblico, che sono tutti nella massiva parte legittimi, e alle opposte riflessioni sulla nozione di "abuso contrattuale" sviluppate in V. DE MICHELE, *Il contratto a tempo determinato*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, cit., p. 19 ss.

Si chiede allora il Giudice partenopeo se una falsa sanzione, che però è una sanzione adeguata nel settore privato, potrebbe essere utilizzata dal Giudice nazionale per riconoscere tutela effettiva. Il Tribunale di Aosta, invece, più semplicemente sostiene che l'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 è norma ineffettiva e il risarcimento del danno è di difficilissima o impossibile prova per il lavoratore pubblico precario.

Se, dunque, il percorso argomentativo nelle ordinanze di rinvio pregiudiziale è diverso - vulcanico e duramente censorio quello del Tribunale di Napoli, istituzionale e ragionevolmente critico nei confronti dello Stato quello della Corte costituzionale - il comune denominatore è la constatazione da un lato del mancato recepimento della direttiva comunitaria nel settore scolastico (e nel settore pubblico in generale per il Tribunale di Aosta), dall'altro dell'esigenza di individuare con l'ausilio della Corte di giustizia strumenti di tutela effettiva "alternativi" ed equivalenti attraverso l'applicazione di normativa interna di recepimento della direttiva 1999/70/CE, in concreto paralizzata nella concreta operatività antiabusiva da interventi legislativi e giurisprudenziali, anche da parte della Corte di giustizia. Identico discorso, seppure sotto il diverso profilo di una rafforzata coerenza costituzionale del d.lgs. n. 368/2001 come nuova disciplina, va fatto anche per le pregiudiziali UE sul lavoro marittimo della Cassazione.

E' evidentissimo a chi scrive che nell'ordinamento interno manca del tutto una normativa idonea a prevenire gli abusi nel caso di successione dei contratti a termine non solo nel settore scolastico, ma nell'intero pubblico impiego, e questa situazione strutturale e patologica di mancato recepimento della clausola 5 dell'accordo quadro comunitario recepito dalla direttiva 1999/70/CE, che riguarda centinaia di migliaia di servitori dello Stato (seppur lavorativamente precari), può essere risolta soltanto dal legislatore nazionale (che non può essere quello "inguardabile" delle recenti modifiche d'urgenza all'art. 36, d.lgs. n. 165/2001), obbligato al percorso virtuoso di dover ottemperare puntualmente ai precetti comunitari, sotto il controllo rigoroso (e minaccioso) del dialogo rafforzato della Corte costituzionale (che rappresenta l'unità del sistema giudiziario interno di tutele dei diritti fondamentali) e degli altri Giudici nazionali con la Corte europea.

b) L'imperativo categorico di rendere effettiva la tutela del precariato pubblico per conservare la coesione socio-economica del sistema Paese e rilanciare l'integrazione europea

E non è una scommessa o una profezia, ma un imperativo categorico: la tutela effettiva dei precari pubblici, in particolare (ma non solo) dei supplenti della scuola, non deve più attendere, per ragioni etiche, economiche, sociali e di tenuta della democrazia nazionale con equa distribuzione delle risorse pubbliche.

Queste notazioni consentono tre considerazioni finali sul processo di adeguamento dell'Italia all'ordinamento comunitario per quanto riguarda la direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato:

- il mancato recepimento totale dell'accordo quadro comunitario in tutto il settore pubblico è stato causato dalla esigenza di flessibilità indiscriminata delle pubbliche amministrazioni, anche nelle imprese partecipate (come RFI e Poste italiane), per necessità clientelari e/o di destrutturazione del sistema di finanziamento della previdenza del pubblico impiego per favorire la libertà contrattuale della dirigenza pubblica e i conseguenti appetiti economici e di rendite di posizione;

- il mancato recepimento dell'accordo quadro comunitario in settori importanti quali quello marittimo o quello agricolo (escluso espressamente dal campo di applicazione della disciplina sul contratto a tempo determinato dall'art. 10, d.lgs. n. 368/2001) è dipeso anche dalla tipicità del rapporto di lavoro marittimo o del lavoro in agricoltura in termini di flessibilità, ma soprattutto dall'esistenza di ammortizzatori sociali "interni" al settore, quali la disoccupazione con requisiti ridotti (per i lavoratori del mare che abbiano maturato l'anno precedente a quello della richiesta almeno 78 giorni lavorativi, come nella tipologia normativa e nella fattispecie contrattuale esaminata dalla Cassazione nelle ordinanze di rinvio pregiudiziale, con un'anzianità contributiva di almeno due anni) o la disoccupazione speciale agricola nelle sue varie articolazioni (51isti, 101isti, 151isti), che hanno assicurato per tanti anni un sistema di *flexicurity* all'italiana di alternanza tra lavoro precario e disoccupazione assistita dalla copertura contributiva, che oggi non ha più una sostenibilità economica e normativa, soprattutto dopo la legge n. 92/2012;

- va assolutamente definita la cornice normativa e la legittimazione costituzionale in cui il legislatore deve muoversi quando recepisce direttive europee, per obbligare il normopoietta nazionale a scelte coerenti e trasparenti che diano maggior valore applicativo alle norme di recepimento della disciplina comunitaria rispetto alle regole comuni dell'ordinamento interno, come era stato già segnalato invano nel 2001 nel Libro bianco di Biagi²¹⁹.

Il dialogo diretto tra le Alte Corti nazionali e la Corte di giustizia è, quindi, un dialogo alla pari non esente da garbate (e da tempo condivise) censure alla Corte comunitaria (del resto, le conclusioni dell'Avvocato generale Wahl nella causa *Carratù* manifestano incoerenza interpretativa, con l'attenuante della indubbia confusione della normativa interna) ed era assolutamente necessario che la Corte costituzionale e la Cassazione lo promuovessero sulla disciplina del contratto a tempo determinato, anche per evitare la sensazione che le ambigue risposte della Corte europea nelle sentenze *Marrosu-Sardino e Vassallo*, nell'ordinanza *Affatato*, nelle due ordinanze *Vino* sia state condizionate troppo dalla natura abnorme del contenzioso nazionale nei confronti dello Stato e della sua più grande impresa pubblica, tale da costringere il Collegio lussemburghese a differenziare e sfumare le risposte interpretative nei confronti dell'Italia, rispetto al trattamento riservato ad altri Stati e ad altri ordinamenti interni, diversi dalla Germania ampiamente protetta dalla CGUE.

c) Pratiche di *dumping* statale italiano in Corte di giustizia o cattive e omissive traduzioni

E' estremamente difficile valutare se la Corte comunitaria ha fatto bene ad evitare di dare ai Giudici e ai giuristi italiani chiare e coerenti con quelle già fornite in altre occasioni, per evitare il collasso del sistema giudiziario e favorire interventi legislativi di "autotutela" e di correzione delle storture o inadeguatezze della disciplina interna. Probabilmente no, perché lo Stato sociale si è disgregato perché purtroppo la buona legislazione non è stata realizzata o è stata attivata solo in parte e con grave ritardo.

A tal proposito, un certo fastidio si prova a leggere di certi inspiegabili errori di trascrizione in lingua italiana, come quello al punto 187 della sentenza *Angelidaki* della Corte di giustizia in cui, parlando della normativa greca in materia di stabilizzazione del precariato pubblico (d.p.r. n. 164/2004) e della misura della trasformazione in contratto a tempo indeterminato di rapporti a termine di durata superiore a due anni (e non tre anni, come in Italia con leggi di stabilizzazione nn. 296/2006 e 244/2007), si legge testualmente nella versione italiana all'ultimo periodo: «D'altronde, detta normativa prevede che taluni contratti di lavoro a tempo determinato in corso alla sua data di entrata in vigore, oppure scaduti poco prima di tale data, possono essere convertiti, a certe condizioni, in contratti a tempo determinato».

La traduzione è sbagliata. Sia nel testo francese sia nella versione inglese della sentenza della Corte di giustizia si parla chiaramente di conversione a tempo indeterminato e non a tempo determinato dei contratti di lavoro, a determinate condizioni (la durata superiore a due anni, per l'appunto): l'espressione «être transformés en contrats à durée indéterminée» nella versione francese

²¹⁹ Marco Biagi nel Libro bianco di ottobre 2001 alle pp. 41-43, subito dopo l'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 117 Cost., con specifico riferimento alla Carta di Nizza, aveva profeticamente e condivisibilmente provato a dare corrette indicazioni metodologiche al legislatore per evitare il contrasto della disciplina interna con il diritto dell'Unione europea: «La valorizzazione della potestà legislativa regionale non deve essere compromessa drammatizzando il rischio di un'autonomia intesa come disgregazione sociale. E', infatti, l'ordinamento comunitario che in materia economica e sociale provvede a fissare i principi fondamentali che devono ispirare il legislatore regionale. Pur essendo auspicabile una larga intesa con riferimento alla normativa cornice di carattere nazionale, così da salvaguardare il principio di uguaglianza senza peraltro cedere alla logica centralistica di una uniformità assoluta di trattamento, conviene indicare nella "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", proclamata solennemente in occasione del Consiglio europeo di Nizza del dicembre 2000, il punto di riferimento, certo non esclusivo ma altamente significativo, per esercitare la potestà legislativa interna..... Su queste materie, individuate nella "Carta" di Nizza, e, più in generale, sulle tematiche oggetto di intervento comunitario, per mezzo di direttive anche di recepimento di intese fra gli attori sociali, appare opportuno che il legislatore nazionale intervenga con una normativa-cornice che assicuri un sufficiente grado di tutela minima. Si tratta di adempimenti di obblighi traspositivi che coinvolgono la responsabilità diretta dello Stato ed in ogni caso vengono toccati diritti fondamentali che reclamano una regolazione nazionale. Sarebbe oltremodo auspicabile che sul punto si esprimessero le stesse parti sociali, oltre che le Regioni, in modo che si apra un fruttuoso confronto sulle caratteristiche e quindi sulla portata della legislazione quadro in materia di lavoro. L'imperativo di salvaguardare sempre e comunque i "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" (art. 117 Cost.) implica uno sforzo progettuale che comporterà necessariamente la rivisitazione di tutti gli istituti che compongono attualmente la legislazione nazionale in materia di mercati e rapporti di lavoro.».

corrisponde alla espressione «be converted to contracts of indefinite duration» nella versione inglese, ma nè l'una né l'altra versione corrisponde a quella italiana, che parla di contratto a tempo determinato.

Gli errori di traduzione possono capitare, ma se non ci fosse stato, nel caso di specie, forse i giuristi italiani avrebbero compreso che, secondo la Corte di giustizia, quando una norma interna dispone la trasformazione del contratto a tempo indeterminato a determinate condizioni di rapporti successivi – come ad esempio l'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 – e questa norma si applica anche al pubblico impiego, il superamento della durata massima non comporta l'annullamento del contratto e un risarcimento del danno non quantificabile e di impossibile individuazione giuridica, ma l'applicazione integrale della sanzione, cioè la trasformazione in contratto a tempo indeterminato.

Così come i giudizi etici sulla normativa e sulla prassi interna in materia di abuso contrattuale sono comunque da stimolo per cercare di modificare la disciplina nazionale per adeguarla alla direttiva europea; però non si possono esibire prodotti dell'archeologia giuridica come la tesi della volontarietà delle parti e della corresponsabilità tra lavoratore e datore di lavoro nella illegittima apposizione del termine contrattuale, come argomenta l'Avvocato generale Wahl al paragrafo 68 delle conclusioni della causa *Carratù*; tesi che la sentenza *Carratù* della Corte di giustizia affiderà all'oblio delle cattive interpretazioni mai applicate.

26. La sentenza *Carratù* e l'ordinanza *Papalia* della Corte di giustizia ricostruiscono la nomofilachia europea sulla direttiva 1999/70/CE in materia di tutela del precariato pubblico contro gli abusi dello Stato sulle regole e sui processi.

a) Introduzione: la sentenza *Carratù-Papalia* della Corte di giustizia come decisione di “sistema” e di integrazione con la giurisprudenza nazionale e con la Corte europea dei diritti dell'uomo

La sentenza *Carratù* della III Sezione a cinque della Corte di giustizia dell'Unione europea del 12 dicembre 2013, in causa C-361/12 e la contestuale ordinanza *Papalia* della VIII Sezione a tre in causa C-50/13 della Corte di Lussemburgo, integrandosi perfettamente nell'elaborazione dello stesso Collegio, appaiono le decisioni più importanti e sistematiche sul piano della nomofilachia, della politica del diritto e della tutela dei diritti fondamentali che la Corte europea abbia mai adottato sull'interpretazione dell'accordo quadro comunitario, fornendo anticipatamente le risposte alle pregiudiziali UE sollevate dalla Corte costituzionale, dalla Cassazione e dal Tribunale di Napoli, che è lo stesso giudice del rinvio dell'ordinanza sull'art. 32, commi da 5 a 7, della legge n. 183/2010.

Si tratta, infatti, di una sentenza *Carratù-Papalia* “di sistema”, come anticipato, o di una decisione integrata e condivisa di interpretazione della disciplina comunitaria, in cui la fase ascendente e costruttiva della giurisprudenza nazionale ha un ruolo prevalente e dirimente nella soluzione della complessa controversia collettiva, demolendo e superando, anche per l'Italia, i cattivi o incerti precedenti della giurisprudenza comunitaria delle sentenze *Viscido*, *Mangold*, *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*, dell'ordinanza *Affatato*, e delle “pietre dello scandalo”, cioè le due ordinanze *Vino* e la sentenza *Scattolon* sul personale ATA trasferito agli Enti locali, la cui “applicazione” nell'ordinamento interno andrà rivista alla luce delle nuove e corrette indicazioni fornite dal Collegio a cinque della causa *Carratù*.

Nella sentenza *Carratù-Papalia* si trova come presupposto decisionale la parte migliore della giurisprudenza nazionale che si è cimentata e ha orientato la interpretazione comunitaria della direttiva 1999/70/CE, non senza dimenticare l'essenziale ruolo della Commissione europea nelle osservazioni scritte e orali sia della causa in questione sia delle cause *Papalia* e *Mascolo* e l'importante sostegno alle ragioni delle difese dei lavoratori delle organizzazioni sindacali del Comparto Scuola (Cgil e Gilda) costituite in Corte di giustizia nelle cause sul precariato pubblico dei docenti e del personale ATA:

- la Corte costituzionale con la fondamentale sentenza n. 107/2013, con l'ordinanza *Napolitano* di rinvio pregiudiziale n. 207/2013 e con l'ordinanza “gemella” n. 206/2013, nonché con la relazione del 12 aprile 2013 del Presidente Prof. Gallo, che ha anticipato contestualmente la declaratoria di illegittimità costituzionale della legge n. 270/2005 c.d. *Porcellum* dando il congruo preavviso di delegittimazione alla classe politica statale e regionale e ha indicato il percorso del dialogo diretto con

la Corte di giustizia e con la Corte europea dei diritti dell'uomo per sanare le troppe ferite inferte all'ordinamento interno in settori vitali da un legislatore ormai fuori del controllo di legittimazione popolare e di legalità costituzionale ed europea;

- la Cassazione con le sentenze comunitarie nn. 12985/2008, 2279/2010, 10033/2010 e n. 23702/2013 e, più direttamente, con le tre ordinanze di rinvio pregiudiziali sul lavoro a tempo determinato dei marittimi, nonché con le recenti citate decisioni delle Sezioni unite n. 13796/2012 sull'applicazione diretta come diritto soggettivo alla riqualificazione dei rapporti a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni degli artt.4 e 5 d.lgs. n. 368/2001 e n. 6077/2013 sull'applicazione diretta della normativa in materia di stabilizzazione ai precari della Croce rossa italiana;

- l'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione con la relazione tematica pubblica n. 2 del 12 gennaio 2011 sull'art. 32, commi da 5 a 7, della legge n. 183/2010 e le norme retroattive che intervengono sui processi in corso, le cui conclusioni saranno sostanzialmente adottate dalla Corte di giustizia nella sentenza *Carratù*, nonché con la relazione tematica "riservata" n. 190 del 24 ottobre 2012 sul precariato scolastico, le cui conclusioni verranno recepite dalla Corte costituzionale nelle ordinanze "gemelle" nn. 206 e 207 del 2013 con conseguente rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia;

- il Tribunale di Genova²²⁰ con la fondamentale ordinanza *Marrosu-Sardino* C-53/04 nella prima ordinanza di pregiudizialità comunitaria sulla direttiva 1999/70/CE e sulla valenza costituzionale della disciplina interna di recepimento, cui la Corte di giustizia decise con la sentenza del 6 settembre 2006 di non rispondere o di eludere la risposta posponendone la trattazione orale rispetto ad un caso inesistente e sciagurato nelle soluzioni fornite, come quello inventato dall'avvocato Helm nella causa *Mangold*, con il rischio molto serio di far crollare l'intero impianto della giurisprudenza comunitaria;

- il Tribunale di Trani²²¹ con l'ordinanza di rinvio nella causa C-20/10 *Vino* sulla causale finanziaria dell'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, cui la Corte di giustizia rispose con inusuale durezza e incredibile insania interpretativa con la declaratoria di incompetenza sul principio di uguaglianza e non discriminazione e sull'abuso di posizione dominante dello Stato italiano – Poste, meritando due durissime censure sul piano scientifico²²² e sul piano giudiziario con il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo contro le due ordinanze *Vino*, dichiarato irricevibile dalla Corte EDU quando sono arrivate informazioni da Lussemburgo che erano in corso nella causa *Carratù* i rimedi interni alle flagranti violazioni processuali commesse dal Giudice comunitario;

- il soppresso (forse per questo?) Tribunale di Rossano Calabro²²³, già protagonista del confronto positivo con la Corte costituzionale sull'applicazione o non applicazione della sentenza *Mangold* al soppresso diritto di precedenza dei lavoratori stagionali con l'ordinanza n. 252/2006 e la sentenza n. 44/2008 della Consulta (che sarà prontamente seguita dalla Cassazione con la fondamentale sentenza n. 12985/2008 per sanare il *vulnus* all'ordinamento interno che una cattiva lettura interna di una pessima sentenza della Corte di giustizia aveva provocato), che con l'ordinanza *Affatato* in causa C-3/10 ha fotografato l'inesistenza di tutele preventive e sanzionatorie per tutto il precariato pubblico, compreso quello scolastico e di Poste italiane, di cui aveva già chiesto la verifica della natura di organismo pubblico, costringendo la Corte di giustizia ad una parziale risposta soltanto sull'applicazione dell'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 alle pubbliche amministrazioni e a non risposte sul resto delle questioni con la declaratoria di incompetenza;

²²⁰ Estensore M. Basilio.

²²¹ Estensore M. A. La Notte-Chirone.

²²² Cfr. V. DE MICHELE, *La giurisprudenza della Corte di giustizia nel 2010 e l'interpretazione "infinita" sul contratto a termine*, cit., pp. 605-752. Il volume in cui è inserito il saggio, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, di R. FOGLIA E R. COSIO (a cura di), 2011, Milano, è visionabile nella biblioteca della Corte di giustizia a Lussemburgo ed è possibile che il Collegio della *Carratù*, almeno il Presidente e la Relatrice che parlano correttamente in italiano, lo abbiano potuto visionare. In ogni caso i due Giudici comunitari erano componenti del Collegio della *Scattolon* e hanno potuto leggere direttamente tutti i documenti allegati alle osservazioni scritte della lavoratrice ATA, tra cui articoli italiani di forte censura nei confronti della decisione *Mangold*, dell'ordinanza *Crocefissa Savia* e del condizionamento interno alla Corte di giustizia a protezione degli abusi dello Stato italiano. Il quadro conoscitivo, infine, è stato completato dalle osservazioni scritte della lavoratrice *Sorge* sul sostitutivo Poste, dalle oblate (e poi riesumate) osservazioni scritte della lavoratrice *Vino* sulla causale finanziaria e, in particolare, dalle due citate relazioni del Massimario della Cassazione di F. Buffa sull'art. 32, commi da 5 a 7, della legge n. 183/2010 e sul precariato scolastico, allegate agli atti dei processi comunitari in corso (pregiudiziali della Corte costituzionale e della Cassazione) e, per la prima relazione sul Collegato lavoro, di quelli definiti (*Scattolon* e *Carratù*).

²²³ Est. P. Coppola.

• il Tribunale di Venezia²²⁴ con l'ordinanza di rinvio sul personale ATA transitato allo Stato nella causa C-108/10 *Scattolon* sull'applicazione delle regole sul giusto processo e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali UE e sull'art. 6 CEDU, cui la Grande Sezione della Corte di giustizia, perdendo i due Giudici protagonisti dello scontro-confronto dell'udienza del 1° febbraio 2011, ha fornito una risposta positiva così parziale nella descrizione della normativa comunitaria sul trasferimento di azienda e così inconcludente nelle sue applicazioni pratiche, da costringere il saggio Priamo a riaprire la discussione e risolvere con la sentenza *Carratù*, ora per allora, il problema della violazione del giusto processo e delle norme interne che costantemente intervengono a favorire gli abusi dello Stato;

• il Tribunale di Napoli con le caparbie e ostinate ordinanze nelle cause riunite *Mascolo e a.*, C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13 sul precariato scolastico, che riprendono con differenti argomenti le istanze interpretative del Tribunale di Rossano Calabro (stesso Giudice del rinvio), a cui la Corte di giustizia non dette risposte esaustive con l'ordinanza *Affatato*;

• il Tribunale di Aosta con l'ordinanza *Papalia* nella causa C-50/13, che segnala definitivamente la totale inidoneità sanzionatoria dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 in aperto contrasto con l'interpretazione adeguatrice fornita dalla Cassazione nella sentenza n. 392/2012, decisione ancora sottoposta al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo con il ricorso Angileri;

• il Tribunale di Reggio Emilia con la sentenza del 4 giugno 2007, che aveva accolto per la prima volta dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001 la domanda di riqualificazione a tempo indeterminato dalle dipendenze di una pubblica amministrazione (Inail) dopo una procedura di reclutamento legittimo, disapplicando l'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, con decisione che verrà confermata nell'impianto argomentativo dalle Sezioni unite della Cassazione nella sentenza n. 13796/2013;

• i Tribunali di Siena²²⁵ e Livorno²²⁶ che con ripetute sentenze nel 2010 e nel 2011 hanno dato applicazione ai principi comunitari più volte enunciati dalla Corte di giustizia e dalla Cassazione sulla tutela effettiva anche dei lavoratori a tempo determinato nel pubblico impiego, in particolare nella scuola pubblica, per riqualificarne a tempo indeterminato i rapporti precari in una situazione di strano isolamento nelle sofferte decisioni, salvo il sostegno dei Giudici di rinvio pregiudiziale (Tribunale di Trani e Tribunale di Napoli) e quello della più autorevole dottrina *in subiecta materia*²²⁷.

Senza dubbio, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto un ruolo fondamentale nel sostenere la ricostruzione sul piano sistematico della giurisprudenza comunitaria in materia di accordo quadro sul lavoro a tempo determinato e favorire così, con la sentenza *Carratù* e la quasi contestuale irricevibilità del ricorso *Livorti and others* alla Corte EDU avverso le due ordinanze *Vino* della CGUE sulla causale finanziaria, la definitiva chiusura delle polemiche e delle tensioni del caso *Agrati-Scattolon*.

La sentenza *Carratù* della Corte di giustizia, dunque, presuppone tutto questo complesso travaglio interpretativo e lo assorbe e dipana nelle soluzioni pratiche con una decisione assolutamente cristallina e disarmante nella semplicità - ovviamente se l'interprete ne conosce i presupposti e gli antifatti istituzionali e giurisdizionali, che nel presente elaborato ci si è sforzati di illustrare compiutamente; altrimenti, noi giuristi italiani continueremo nel gioco perverso delle tre scimmiette, di chi non vede, di chi non sente e di chi non parla o parla a sproposito, che tanti danni ha già causato all'ordinamento interno nel rapporto con l'Europa -, per quanto allarmante nelle implicazioni concrete perché impone scelte di politica istituzionale e di politica giudiziaria che vanno a incidere fortemente, ristrutturando lo Stato sociale e la politica economica del nostro Paese.

Verifichiamo i passaggi fondamentali di questa sentenza che, per la verità, sembra esprimere le seguenti conclusioni criptiche, conclusioni che sono invece facilmente comprensibili all'interprete scevro dai condizionanti "psicologici" del contenzioso seriale nei confronti dello Stato: «1) La clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, inserito in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul

²²⁴ Estensore Bertolaso.

²²⁵ Estensore D. Cammarosano.

²²⁶ Estensore J. Magi.

²²⁷ L. Menghini nei saggi citati ha ripetutamente apprezzato soprattutto la scelta del Tribunale di Siena di applicare il principio di uguaglianza e non discriminazione in orizzontale anche ai datori di lavoro pubblici, assicurando la tutela piena dei lavoratori a tempo determinato.

lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che può essere fatta valere direttamente nei confronti di un ente pubblico, quale Poste italiane SpA. 2) La clausola 4, punto 1, del medesimo accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che la nozione di «condizioni di lavoro» include l'indennità che un datore di lavoro è tenuto a versare ad un lavoratore, a causa dell'illecita apposizione di un termine al contratto di lavoro. 3) Sebbene il menzionato accordo quadro non osti a che gli Stati membri introducano un trattamento più favorevole rispetto a quello previsto dall'accordo stesso per i lavoratori a tempo determinato, la clausola 4, punto 1, di detto accordo quadro deve essere interpretata nel senso che non impone di trattare in maniera identica l'indennità corrisposta in caso di illecita apposizione di un termine ad un contratto di lavoro e quella versata in caso di illecita interruzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato.».

a1) L'istanza di riapertura della fase orale della causa Carratù

Dopo la comunicazione del 26 settembre 2013 della Corte europea dei diritti dell'uomo di irricevibilità del ricorso Livorti ed altri proposto contro le due ordinanze *Vino* della Corte di giustizia, «con domanda del 14 ottobre 2013, pervenuta alla cancelleria della Corte il 6 novembre seguente, la sig.ra Carratù, in seguito alle conclusioni dell'Avvocato generale Wahl pronunciate il 26 settembre 2013, ha chiesto, in via principale, sulla base dell'articolo 83 del Regolamento di procedura della Corte, la riapertura della fase orale, facendo valere la possibilità che la Corte non sia sufficientemente edotta, la sopravvenienza di fatti nuovi e la probabilità che la causa sia decisa in base ad argomenti che non sono stati oggetto di discussione tra le parti. In subordine, la sig.ra Carratù ha invitato la Corte, sulla base dell'articolo 101, paragrafo 1, del Regolamento di procedura, a chiedere chiarimenti al Giudice del rinvio. Infine, in via ulteriormente subordinata, la sig.ra Carratù ha chiesto che le parti nella causa *D'Aniello e a. (C-89/13)*, pendente dinanzi alla Corte, siano autorizzate a presentare osservazioni nella presente causa».

L'istanza è stata motivata dal fatto che alcuni punti importanti delle conclusioni dell'Avvocato generale Wahl sono basati su una ricostruzione della normativa interna e dei fatti di causa e/o del loro collegamento diversa da quella prospettata dal Giudice nazionale e posta alla base delle questioni interpretative sollevate e anche diversa da quella che pareva emergere dalle risposte delle parti all'udienza di trattazione orale del 5 giugno 2013.

In primo luogo, la ordinanza pregiudiziale nella causa C-89/13 *D'Aniello e a.* è motivata, come elemento di novità interpretativa rispetto alla precedente ordinanza del Tribunale di Napoli nella presente causa C-361/12 *Carratù*, proprio dall'intervento del legislatore nazionale con la norma interpretativa di cui all'art. 1, comma 13, della legge n. 92/2012, richiamata dalla Repubblica italiana, che è successiva all'ordinanza *Carratù*, come si legge alle pagine 1-2.

Il Governo italiano nelle osservazioni scritte depositate il 12 novembre 2012 nella causa pregiudiziale C-361/12 *Carratù* ha segnalato al punto 38 alla Corte la norma interpretativa dell'art. 1, comma 13, della legge n. 92/2012.

Poiché la norma interpretativa dell'art. 1, comma 13, della legge n. 92/2012 esclude espressamente anche sul piano interpretativo qualsiasi possibilità per il lavoratore a tempo determinato "abusato" di chiedere ulteriori danni diversi da quelli della nuova sanzione di cui all'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010, il Tribunale di Napoli nella ordinanza pregiudiziale C-89/13 *D'Aniello e a. contro Poste italiane*, ha aggiunto alle sette questioni pregiudiziali già proposte con l'ordinanza *Carratù* C-361/12 (inserendo, peraltro, nella settima questione il riferimento alla norma interpretativa successiva) la ottava questione pregiudiziale che ha ad oggetto come parametro interno specificamente la norma interpretativa. La norma interpretativa è intervenuta proprio dopo il deposito dell'ordinanza di rinvio (13 giugno 2012) nella causa pregiudiziale per vanificare gli effetti di una interpretazione adeguatrice nell'applicazione della norma "originaria" (art. 32, comma 5, l. n. 183/2010), come quella enunciata dal Tribunale di Napoli al punto 14 della decisione pregiudiziale.

Viceversa, nelle conclusioni dell'Avvocato generale manca ogni riferimento all'art. 1, comma 11, della legge n. 92/2012 e alla specifica questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Napoli nella causa C-89/13 *D'Aniello e a.* (di cui però si cita in nota 3 la pendenza della causa) e questo comporta l'erroneo convincimento espresso al paragrafo 88, 2ª parte, delle stesse conclusioni, con la

conseguenza che nelle conclusioni dell'Avvocato generale si finisce per perdere il senso dell'effettiva comparazione della tutela riconosciuta alla Sig.ra *Carratù* alla data del deposito giudiziale del ricorso di riqualificazione del contratto a termine (23 settembre 2008) rispetto a quella di un lavoratore a tempo indeterminato comparabile.

Nell'istanza di riapertura si sostiene che la normativa applicabile alla fattispecie di causa è stata, dunque, correttamente delineata dal Giudice del rinvio ed è esattamente quella che è stata richiamata dalla Corte di cassazione nell'ordinanza n. 2112/2011 di rinvio alla Corte costituzionale della questione di legittimità interna dell'art. 32, commi 5, 6 e 7, della legge n. 183/2010, dichiarata infondata dal Giudice delle leggi con la sentenza n. 303/2011 rispetto al parametro convenzionale dell'art. 6 della CEDU e non rispetto alle denunciate (dal Tribunale di Napoli) violazioni della normativa comunitaria, rispetto ad un contratto a tempo determinato, peraltro, stipulato nella vigenza della precedente legge n. 230/1962.

Ne consegue che il giudizio espresso dall'Avvocato generale sulla possibile differenza di aspettativa tra lavoratori a termine con un unico contratto e lavoratori a termine con vari contratti successivi ai fini dell'applicazione della clausola 4 dell'accordo quadro e di eventuali ragioni oggettive di differenziazione di trattamento è un giudizio etico e "ideologico" su come l'ordinamento interno predisponesse e attua le misure idonee a prevenire gli abusi nella successione dei contratti.

E' un giudizio "di valore" che non può essere adattato e applicato nell'esperienza normativa italiana della disciplina del contratto a tempo determinato di cui al d.lgs. n. 368/2001, disciplina che la Corte di giustizia ha già conosciuto nella causa *Sorge* su fattispecie identica a quella di causa, in cui l'unica misura idonea a prevenire gli abusi nella successione dei contratti a termine era quella delle ragioni oggettive temporanee sin dal primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato.

Si è ricordato alla Corte che questa situazione normativa interna e la sua "interpretazione" è stata recentemente confermata dalle tre ordinanze di rinvio pregiudiziale sul lavoro a termine dei marittimi della Corte di cassazione nelle cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13 *Fiamingo* e a. (iscritte a ruolo dopo la trattazione orale del 5 giugno 2013 e non citate nelle conclusioni dell'Avvocato generale in nota 5), in cui il Giudice di ultima istanza afferma che il processo interpretativo di compatibilità comunitaria del decreto attuativo della direttiva 1999/70/CE porta ad escludere che la stessa clausola generale dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 permetta che il contratto a termine ed il contratto a tempo indeterminato risultino pienamente sovrapponibili e fungibili nella funzionalità tipologica e giuridica, rendendo puramente nominale la configurazione del contratto a termine come contratto speciale²²⁸.

Peraltro, in contrasto con quanto argomentato da Wahl, la lavoratrice *Sorge* nella causa C-98/09 (come la lavoratrice *Carratù* già nel giudizio principale) ha potuto beneficiare della stabilità lavorativa con la trasformazione a tempo indeterminato di un unico rapporto a termine per inesistenti ragioni sostitutive con Poste italiane dopo la sentenza del 24 giugno 2010 in causa C-89/09.

Viceversa, il lavoratore *Papalia* dopo quasi trent'anni di servizio alle dipendenze del Comune di Aosta come maestro della banda musicale (ordinanza del Tribunale di Aosta in causa C-50/13, citata in nota 5 delle conclusioni dell'A.G.), nonché i lavoratori *Mascolo*, *Forni*, *Racca* e *Russo* (ordinanze del Tribunale di Napoli in cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13, tutte citate in nota 5 delle conclusioni) e la lavoratrice *Napolitano* e altri (ordinanza della Corte costituzionale in causa C-418/13, non citata in nota 5 delle conclusioni) quali docenti o personale ATA della scuola pubblica con supplenze a tempo determinato per una durata superiore a complessivi 36 mesi attendono una risposta interpretativa dalla Corte di giustizia, perché i Giudici del rinvio (compresa la Corte costituzionale) hanno evidenziato la totale mancanza di misure idonee a prevenire e sanzionare gli abusi nella successione dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego, anche del

²²⁸ Secondo la nomofilachia della Corte di cassazione nelle tre ordinanze di rinvio pregiudiziale, «l'asserita "acausalità" del contratto a termine, pur nel nuovo quadro normativo, si pone in contrasto già con il tenore letterale stesso delle parole usate dal legislatore, che, per come ha già evidenziato questa Corte e lo stesso giudice delle leggi, ha inteso stabilire a carico del datore di lavoro un onere di puntuale specificazione delle ragioni che obiettivamente presiedono alla apposizione del termine, perseguendo la finalità di assicurare la trasparenza e la veridicità di tali ragioni, nonché l'immodificabilità delle stesse nel corso del rapporto (così C Cost, sentenza n. 214/2009; Cass. sentenza dell'1 febbraio 2010, n. 2279). E, in realtà, la previsione di specifici presupposti economici ed organizzativi e la necessità di una espressa motivazione in ordine alle ragioni che presiedono all'apposizione del termine resterebbero un mero flatus vocis ove il datore di lavoro potesse discrezionalmente determinare le cause di apposizione del termine, a prescindere da una specifica connessione fra la durata solo temporanea della prestazione e le esigenze produttive ed organizzative che la stessa sia chiamata ad attuare».

risarcimento dei danni.

Ciò, secondo la difesa della lavoratrice rende ancora più pregnante la rilevanza anche della sesta questione sull'applicazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il principio del giusto processo su cui la norma retroattiva interviene senza ragioni oggettive, su cui l'Avvocato generale al paragrafo 97 delle conclusioni ritiene di non dover rispondere richiamando la risposta della Commissione europea e, in nota 58, la identica risposta della Corte nella sentenza *Scattolon*.

Nell'istanza di riapertura della fase orale si dissente in merito alla pertinenza dei richiami alle conclusioni della Commissione e della Corte nella sentenza della Grande Sezione del 6 settembre 2011, perché nei rispettivi contesti entrambe le Istituzioni hanno evidenziato il contrasto della norma interna con la direttiva comunitaria e, in conseguenza, non hanno ritenuto necessario deliberare sull'ulteriore violazione della regola comunitaria e della norma convenzionale sul giusto processo.

Anzi, la Commissione europea nelle osservazioni scritte della causa *Mascolo* e a. C-22/13 depositate il 22 maggio 2013 ha affrontato specificamente l'identica questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Napoli (su parametri interni diversi, ma ugualmente limitativi o impeditivi della tutela originariamente assicurata dall'ordinamento interno) e ha così risposto: «I principi generali di certezza del diritto, tutela del legittimo affidamento, parità delle armi nel processo, effettiva tutela giurisdizionale, diritto ad un tribunale indipendente e ad un equo processo sanciti dall'art. 6, n. 2, TUE in combinato disposto con l'art. 6 della CEDU con gli articoli 47 e 52, n. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non ostano a che, nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE, il legislatore nazionale adotti nuove disposizioni retroattivamente applicabili che incidano sui diritti derivanti per i singoli da norme anteriori e influenzino la soluzione di controversie pendenti, ove tale legislazione sia giustificata da motivi imperativi di interesse generale. Ragioni di carattere puramente finanziario non costituiscono, di per sé e salvo casi estremi, motivi imperativi di interesse generale sufficienti».

Nella fattispecie della causa *Carratù*, invece, l'Avvocato generale ritiene che la clausola 4 dell'accordo quadro comunitario non osti con l'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010 e, quindi, la deliberazione anche delle regole del giusto processo nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE va fatta necessariamente, perché il comma 7 dell'art. 32 della legge n. 183/2010 dispone l'effetto retroattivo della nuova sanzione su processi iniziati con altre regole e con altra sanzione. E questo senza spiegarne le ragioni, se non un riferimento alla «certezza nei rapporti giuridici e all'efficienza procedurale nel trattamento di siffatte fattispecie» (paragrafo 88, ultimo capoverso, delle conclusioni) senza alcuna attinenza alla fattispecie di causa, perché invece la tutela che avrebbe dovuto essere assicurata alla Signora *Carratù* non aveva elementi di incertezza o di dubbio, prima dell'entrata in vigore della nuova disposizione sanzionatoria.

Infine, sul punto del giusto processo, è stato ribadito quanto già precisato alla Corte all'udienza del 5 giugno 2013, cioè che i processi del lavoro in Italia durano anni (3-4-5 anni) per ogni grado di giudizio. L'Avvocato generale in nota 33 delle sue conclusioni si interroga invano sul motivo di questa lunga durata dei processi nel sistema giurisdizionale italiano. Certamente la lunghezza dei processi del lavoro in Italia non dipende né da una scelta individuale della Sig.ra *Carratù* né da una decisione collettiva dei lavoratori. E' responsabilità dello Stato, e quindi di Poste, perché Poste è lo Stato e fa le leggi in suo favore per risolvere il contenzioso.

Nella fattispecie di causa la Sig.ra *Carratù* ha impugnato tempestivamente la nullità del termine contrattuale (pur non essendovi obbligata, in base alla normativa allora vigente) a fine settembre – ottobre 2004 e, come è stato chiarito in udienza dalla difesa della lavoratrice, l'azione giudiziaria è stata promossa con ricorso depositato il 23 settembre 2008 (nel rispetto dello stesso termine prescrizione quinquennale previsto per i licenziamenti illegittimi, come avveniva *ratione temporis* prima delle modifiche sulla doppia decadenza stragiudiziale e giudiziale introdotte nel 2010 dall'art. 32, commi 1-3, della legge n. 183/2010) perché Poste italiane non aveva dato alcun riscontro alla lettera di impugnativa e messa in mora e soltanto con la sentenza n. 12985/2008 del 21 maggio 2008 della Cassazione (di cui si è già occupata la Corte nella causa *Sorge*) si era avuto un chiarimento della nomofilachia del Giudice di ultima istanza sul carattere precettivo degli obblighi di specificazione delle ragioni oggettive sin dal primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato “per esigenze sostitutive”, di cui all'art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001.

Se si considera che sulle ragioni sostitutive dei contratti a tempo determinato stipulati da Poste italiane nei tre anni dal 2003 al 2005 sono intervenute due decisioni della Corte costituzionale (nn. 214/2009 e 107/2013, la seconda in parziale contrasto interpretativo rispetto alla prima), una decisione della Corte di giustizia (sentenza *Sorge*), decine di sentenze della Corte di cassazione in senso difforme alla sentenza n. 12985/2008 della stessa Corte di legittimità sul sostitutivo Poste, migliaia di decisioni di merito prevalentemente favorevoli ai lavoratori, la scelta processuale della Signora *Carratù* di iniziare il contenzioso nel settembre 2008 è facilmente comprensibile e giustificata sia sotto il profilo giuridico (entro la prescrizione quinquennale dopo la messa in mora senza riscontro da parte di Poste italiane) sia sotto il profilo “etico”.

A tal proposito, la spiegazione dell’ingiusta durata dei processi italiani, che la difesa della lavoratrice si è permessa di suggerire alla Corte nell’istanza di riapertura della fase orale – e che era già emersa in sede di discussione all’udienza di trattazione orale del 1° febbraio 2011 della causa *Scattolon C-108/10* –, è rinvenibile nella prassi del legislatore di intervenire con norme interpretative e/o retroattive a modificare l’orientamento consolidato della giurisprudenza in materia di diritti fondamentali per proteggere gli abusi contrattuali dello Stato e delle sue imprese, come è comprovato dall’art. 32, comma 7, della legge n. 183/2010, che ha costretto la Suprema Corte di cassazione ad annullare le sentenze di appello che applicavano la corretta sanzione *ratione temporis* al momento della domanda introduttiva del giudizio di 1° grado, rinviando la causa allo stesso Giudice di appello “censurato” perché ridetermini la nuova sanzione dell’art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010, che al momento della domanda non esisteva. Si è ricordato alla Corte che l’Ufficio del Massimario della Cassazione nella relazione n. 2 del 12 gennaio 2011 sostiene, richiamando la prevalente dottrina, che la norma in questione intervenga, come già in passato l’art. 4-*bis* d.lgs. n. 368/2001 dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 214/2009, solo per risolvere il contenzioso Poste sui contratti a termine. La difesa della lavoratrice non poteva che convenire, allora, con l’opinione comune dei giuristi italiani espressa nell’analisi del Centro studi della Suprema Corte di legittimità.

Si ribadisce alla Corte di giustizia, inoltre, quanto già segnalato dalla difesa della lavoratrice all’udienza del 5 giugno 2013 richiamando il *revirement* della sentenza n. 107/2013 del Giudice delle leggi, cioè che la Corte costituzionale possa modificare il precedente orientamento di cui alla sentenza n. 303/2011, in cui il parametro intermedio di comparazione era la normativa convenzionale di cui all’art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, e non la violazione presunta della normativa dell’accordo quadro comunitario, come interpretata dalla Corte di giustizia.

Nell’istanza di riapertura della trattazione della causa *Carratù* si argomenta, dunque, che il Giudice delle leggi ha voluto chiudere la stagione del trattamento differenziato tra la grande impresa di Stato (e i suoi lavoratori precari) e le altre imprese (e i rispettivi lavoratori precari) e si è auspicato che la Consulta possa modificare anche la valutazione dell’art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010, norma intervenuta sul contenzioso Poste sui contratti a termine che, come evidenziato in udienza, costituisce il 95% delle cause sui contratti a termine in Italia.

Si è segnalato (e documentato) al Collegio lussemburghese che i giudizi di costituzionalità che sono stati definiti dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 107/2013 (sul contratto a termine per ragioni sostitutive di Poste italiane) e con le due ordinanze nn. 206 e 207 del 2013 (sul precariato scolastico, l’ultima delle quali contenente il rinvio pregiudiziale della causa *Napolitano*) sono stati discussi davanti al Giudice delle leggi nazionali all’udienza pubblica del 27 marzo 2013.

Si è affermato che due settimane dopo quella udienza (e presupponendone il dibattito che ivi si era svolto) il Presidente della Corte costituzionale nella relazione del 12 aprile 2013 (letta in pari data in sede di convocazione straordinaria degli Stati generali della politica nazionale e regionale presso il Palazzo della Consulta) ha sottolineato con molta chiarezza la necessità di rafforzare il dialogo con la Corte di giustizia per risolvere i problemi di criticità dell’ordinamento interno creati dal *caso* normativo.

Sul punto si è ricordato alla Corte che, all’udienza del 5 giugno 2013, la difesa della lavoratrice, replicando alla difesa di Poste italiane secondo cui la Sig.ra *Carratù* avrebbe ricevuto un trattamento compensativo dell’abuso contrattuale peggiore (cioè senza la stabilità del posto di lavoro) se Poste italiane fosse riconosciuta come Stato o organismo pubblico, ha avuto modo di anticipare il rinvio

pregiudiziale della Corte costituzionale in sede incidentale, come Giudice del merito delle controversie collettive sul precariato pubblico scolastico.

Come è già avvenuto tante volte in passato e, nella fattispecie della causa *Carratù*, con l'art. 1, comma 13, della legge n. 92/2012, in risposta al dialogo diretto della Corte costituzionale con la Corte di giustizia per tentare di risolvere problemi strutturali e gravissimi dell'ordinamento interno per mancato corretto assolvimento agli obblighi comunitari, il legislatore d'urgenza con l'art. 4 del DL. 31 agosto 2013, n. 101 ha modificato l'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 (in relazione al quale sono pendenti le cause pregiudiziali C-50/13, *Papalia* e C-22/1,3 *Mascolo e a.*), inserendo due norme - il comma 5-ter e il comma 5-quater - che impediscono *apertis verbis* ogni tutela effettiva anche risarcitoria in caso di abuso nella successione dei contratti a termine in tutto il pubblico impiego.

Viceversa, nelle conclusioni ai paragrafi da 99 a 101 l'Avvocato generale contesta la rilevanza della settima questione pregiudiziale del Tribunale di Napoli sulla nozione di Stato da applicare (in subordine, per il Giudice del rinvio) a Poste italiane, perché dalle parti «non è mai stato sostenuto che la direttiva 1999/70 non sia stata trasposta correttamente nella normativa italiana.....Inoltre, in risposta a detto quesito, il Governo italiano dichiara che esso è privo di rilevanza, in considerazione della portata generale della normativa, che si applica sia al settore pubblico che a quello privato».

Del resto, come giustamente rappresentato in udienza dalla rappresentante della Commissione europea, le altre cause pregiudiziali pendenti (al 5 giugno 2013) sulla disciplina del contratto a tempo determinato (causa C-50/13 *Papalia* del Tribunale di Aosta; cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13 *Mascolo e a.* del Tribunale di Napoli) attestano una confusione di *caos* normativo che - si è avuto modo di precisare in udienza - riguardano soltanto la disciplina “differenziata” del precariato pubblico, compreso il precariato di Poste italiane che si maschera come impresa privata, ma opera come organismo pubblico.

Pare evidente alla difesa della lavoratrice che l'ordinanza *Napolitano e a.*, in causa C-418/13 della Corte costituzionale confermi le informazioni già offerte alla Corte in udienza che la Repubblica italiana non abbia recepito affatto la direttiva 1999/70/CE in tutto il pubblico impiego.

Infatti, si precisa e documenta ulteriormente alla Corte di giustizia, la Commissione europea con comunicazione del 26 agosto 2013 (che viene allegata) ha segnalato che il procedimento di infrazione n. 2010/2124 (citato dal Tribunale di Napoli nelle ordinanze di rinvio riunite C-22/13 *Mascolo e a.*) promosso dalla stessa Istituzione europea nei confronti dello Stato italiano per mancata adozione di misure idonee a prevenire gli abusi nella successione dei contratti per tutto il personale della scuola pubblica (docenti e ATA) è stato esteso per analogia a tutto il precariato pubblico italiano.

Questi fatti nuovi, conclude la difesa della lavoratrice nell'istanza, inducono a dare maggior forza alla ricevibilità e alla risposta da parte della Corte alla settima questione pregiudiziale.

b) Il rigetto/accoglimento dell'istanza di riapertura della fase orale da parte della Corte

Nella sentenza *Carratù* la Corte di giustizia rigetta l'istanza di riapertura della fase orale e le altre richieste subordinate della difesa della lavoratrice, perché ne accoglie integralmente le argomentazioni, sconfessando palesemente le conclusioni dell'Avvocato generale, elogiando la chiarezza e la completezza delle informazioni fornite dal Giudice del rinvio nella lunga ordinanza²²⁹.

La Corte, in primo luogo, ricorda che può, d'ufficio o su proposta dell'Avvocato generale, ovvero su domanda delle parti, riaprire la fase orale del procedimento, ai sensi dell'articolo 83 del Regolamento di procedura, qualora ritenga di non avere sufficienti chiarimenti o che la causa debba essere decisa sulla base di un argomento che non sia stato oggetto di discussione tra le parti (sentenza dell'11 aprile 2013, *Novartis Pharma*, C-535/11, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 30 e giurisprudenza ivi citata) (punto 17 della sentenza). Nella sentenza *Novartis Pharma* in materia di autorizzazioni alla produzione e alla commercializzazione di farmaci la Corte di giustizia ha adottato conclusioni opposte rispetto a quelle dell'Avvocato generale Sharpston, che, secondo la parte

²²⁹ Per la verità, la Relatrice Toader aveva stigmatizzato la lunghezza dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli come elemento di complicazione nel dialogo tra Giudici. Si era replicato in udienza che, su una questione di quel tipo, quell'ordinanza rappresentava una sintesi delle cose da dire. Pare che la Corte si sia convinta che è ben difficile essere sintetici quando le questioni pregiudiziali riguardano il diritto del lavoro italiano e, soprattutto, siano questioni di Stato.

processuale che ha chiesto la riapertura della fase orale, era andata fuori della tematica già discussa e si era basata su considerazioni di fatto e di diritto erronee, come l'Avvocato generale Wahl.

In secondo luogo, ai sensi dell'articolo 252, secondo comma, TFUE, l'Avvocato generale ha il compito di presentare pubblicamente, con assoluta imparzialità e in piena indipendenza, conclusioni motivate sulle cause che, conformemente allo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, richiedono il suo intervento. Nell'esercizio di tale funzione egli può certamente, se del caso, analizzare una domanda di pronuncia pregiudiziale ricollocandola in un contesto più ampio rispetto a quello strettamente definito dal Giudice del rinvio o dalle parti del procedimento principale. Dato che la Corte non è vincolata né dalle conclusioni dell'Avvocato generale né dalla motivazione sulla quale esse sono basate, non è indispensabile riaprire la fase orale, conformemente all'articolo 83 del Regolamento di procedura, ogniqualvolta l'Avvocato generale sollevi una questione di diritto che non sia stata oggetto di discussione tra le parti (sentenza *Novartis Pharma*, cit., punto 31 e giurisprudenza ivi citata). Anche in questo caso, la censura al comportamento dell'Avvocato generale Wahl è molto evidente, per aver espresso un giudizio etico sul comportamento della parte processuale più debole, la lavoratrice, andando fuori dal *tema decidendi* e dal contesto fattuale e giuridico dell'ordinanza di rinvio e della causa principale.

Tuttavia, la critica pare indirizzata alla sentenza *Mangold*, che, sulla risposta della irricevibilità della questione del primo e unico contratto a tempo determinato in quanto non rientrante nella clausola 5, n. 1, lettera a), dell'accordo quadro comunitario, era stata criticata in più occasioni da chi scrive (ma anche in precedenza e con durezza dagli altri Avvocati generali ad eccezione dell'italo-portoghese Poiares Maduro, autore delle conclusioni della *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*) di aver indirettamente favorito con un certo tipo di interpretazione della direttiva 1999/70/CE gli interessi di Poste italiane e dello Stato nazionale alla flessibilità senza controlli dei rapporti di lavoro, legittimando così sul piano della compatibilità comunitaria sia la clausola generale dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 sia la causale finanziaria dell'art. 2, comma 1-*bis* dello stesso decreto, inserita non casualmente durante i lavori preparatori della legge finanziaria n. 266/2005 contestualmente alla definizione del giudizio *Mangold*.

La Corte di giustizia dimostra di conoscere perfettamente il contenuto del ricorso alla Corte EDU contro le due ordinanze *Vino* e le critiche *tranchant* sugli errori interpretativi e processuali commessi dal Collegio a tre che ha deciso sulla compatibilità dell'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, addirittura inserendolo in un contesto normativo diverso e antecedente (la legge n. 230/1962), dopo averlo estrapolato senza contraddittorio dalla disciplina interna di recepimento della direttiva 1999/70/CE.

La più autorevole e "disinteressata" dottrina in materia di contratto a tempo determinato²³⁰ e un'opinione pubblica interna che non accetta risposte prive di senso pratico e dignità giuridica hanno sollecitato così duramente il nucleo vitale e caratterizzante della giurisprudenza comunitaria, cioè la terzietà e l'imparzialità rispetto agli Stati membri, da indurre il Collegio lussemburghese della *Carratù* a rivedere fino a cancellarle tutte le opzioni interpretative fatte nelle precedenti pronunce *Mangold*, *Vino*, *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*, *Affatato* e *Scattolon* sul personale ATA, prendendo atto che la Repubblica italiana, attraverso le ordinanze pregiudiziali delle sue Alte Corti, ha manifestato l'esistenza di uno Stato di diritto che intende ricostruire l'integrazione europea e partecipare direttamente a rilanciare un sistema comune di tutela dei diritti fondamentali.

Nel caso di specie, prosegue la Corte di giustizia nel motivare il rigetto dell'istanza di riapertura della fase orale, da un lato, la domanda di pronuncia pregiudiziale non richiede affatto di essere decisa sulla base di argomenti che non siano stati oggetto di discussione fra le parti. D'altro lato, la domanda di chiarimenti presentata dalla sig.ra *Carratù* è priva di rilievo in quanto il Giudice del rinvio ha correttamente illustrato il quadro normativo nazionale, punto che non ha sollevato la minima contestazione nelle osservazioni presentate alla Corte.

Anche in questo caso, la critica al comportamento dell'Avvocato generale Wahl è diretta e senza mezzi termini, e sarà rafforzata dal richiamo nella sentenza *Carratù* al punto 37 della sentenza del 10 giugno 2010 in cause riunite *Bruno* e a. C-395/08 e C-396/08 sulla equiparazione delle pensioni di anzianità Inps dei piloti della impresa pubblica Alitalia (con regime di contribuzione e previdenziale di

²³⁰ Si fa riferimento agli scritti e ai commenti alla giurisprudenza "comunitaria" sul contratto a termine di L.Menghini e M.Miscione, più volte citati nel presente elaborato.

pubblico impiego, come Poste italiane) già in servizio con *part-time* verticale rispetto alle pensioni dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili.

L'Avvocato generale Sharpston, in quell'occasione, aveva censurato duramente le ordinanze di rinvio pregiudiziale sollevate dalla Corte di appello di Roma perché avevano descritto sommariamente, confusamente e parzialmente la normativa interna (punto 11; punti da 42 a 49 delle conclusioni) fino al punto da sollecitare la Corte di giustizia ad una più attenta verifica delle condizioni di ricevibilità delle domande pregiudiziali. In quella occasione l'agente Cattabriga della Commissione europea si era lamentata in udienza delle difficoltà nell'esaminare la disciplina interna contenuta nelle ordinanze di rinvio su una controversia, sostiene la Sharpston, così mal definita sotto il profilo giuridico e fattuale.

La Corte di giustizia nella sentenza *Bruno* aveva accolto le questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte di appello di Roma e non condiviso le censure e le soluzioni incerte e non convincenti dell'Avvocato generale anglosassone nelle conclusioni, esattamente come avverrà nella sentenza *Carratù*, con le differenze non di poco momento che l'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli viene considerata molto chiara ed esaustiva dalla Corte, nonostante la sua (criticata) lunghezza, e che la confusione a cui si riferisce l'Avvocato generale Wahl attribuendola indirettamente anche alla Commissione europea e alle precisazioni in udienza dell'agente Cattabriga (che invece non aveva mosso alcuna censura al Giudice del rinvio, ma solo una preoccupazione sulla continua trasmissione di ordinanze pregiudiziali da parte dei Giudici italiani) diventa una censura della Corte nei confronti di Wahl per non aver compreso la complessa problematica, andando fuori tema.

Infine, precisa la Corte di giustizia nella sentenza al punto 20, 2° capoverso, dal momento che le cause C-361/12 e C-89/13 non sono state riunite, lo Statuto della Corte ed il Regolamento di procedura della stessa non prevedono l'eventualità di sentire, nel corso dell'esame di una causa, parti di un'altra causa (*D'Aniello* ed altri, sospesa in attesa della *Carratù*). In effetti, la Corte di giustizia ha dato ampio sfogo sia in udienza sia nell'istanza di trattazione orale alle argomentazioni della difesa dei lavoratori precari di Poste italiane, garantendo quel giusto processo che era mancato nelle due cause *Vino*.

E, quindi, coerentemente, la Corte si ritiene sufficientemente edotta per pronunciarsi sulla domanda *Carratù* (punto 21) e rigettare l'istanza di riapertura, accogliendone tutte le argomentazioni ben oltre ogni positiva aspettativa.

Prima di analizzare le risposte che ha fornito la Corte di giustizia nella sentenza, va fatta una precisazione sul livello di conoscenza della problematica in questione e sulla capacità di attingere informazioni direttamente anche da altre fonti, e non soltanto dalle osservazioni scritte e orali delle parti nel giudizio pregiudiziale.

Un esempio per tutti ci viene dalla questione della mediaconciliazione. La III Sezione della Corte di giustizia, stesso Collegio della *Carratù* nella composizione a cinque, con sentenza del 27 giugno 2013 in causa C-492/11 *Di Donna* ha dichiarato che non vi è più luogo a rispondere alle questioni sollevate in via pregiudiziale dal Giudice di pace di Mercato San Severino con ordinanza del 21 settembre 2011, in merito alla questione pregiudiziale sulla compatibilità degli artt. 6 e 13 della CEDU, dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, della direttiva 2008/52 con la normativa interna di cui al d.lgs. n. 28/2010 e al decreto ministeriale n. 180/2010, che hanno introdotto nei giudizi civili il procedimento di mediazione obbligatoria. Dopo la conclusione della fase scritta del procedimento dinanzi alla Corte di giustizia, la Corte costituzionale ha pronunciato la sentenza n. 272/2012, con la quale venivano dichiarate incostituzionali alcune disposizioni del Dl. n. 28/2010, in particolare quella che dispone l'obbligo di esperire il procedimento di mediazione prima della domanda giudiziale. In tale contesto, con lettera del 14 dicembre 2012 la Corte ha chiesto al Giudice di pace di Mercato San Severino di chiarire in che modo la sentenza della Corte costituzionale italiana incidesse sulla domanda di pronuncia pregiudiziale e sul procedimento giurisdizionale nazionale.

Con lettera del 17 gennaio 2013, il Giudice del rinvio ha dichiarato che il suo interesse alla risposta alle questioni pregiudiziali da parte della Corte permaneva, senza fare ulteriori osservazioni sulle conseguenze della sentenza della Corte costituzionale italiana o sui motivi del mantenimento della sua domanda.

Pertanto, la Corte di giustizia, accogliendo le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott presentate l'11 aprile 2013, ha ritenuto di non dover più deliberare sulla questione, che la Corte costituzionale aveva già risolto.

Quindi, la Corte di Lussemburgo ha un dialogo costante con le Alte Corti nazionali e con la Corte europea dei diritti dell'uomo e possiede sicuramente una conoscenza della normativa interna e delle problematiche nazionali particolarmente su questioni di grande impatto socio-economico che sfugge alla gran parte degli interpreti, anche sedicenti competenti della materia.

Nella sentenza *Carratù*, infatti, non si troverà una sbavatura, una incongruenza, una contraddizione rispetto: a) alla disciplina interna applicabile (comprese le omissioni intenzionali di quella ritenuta non applicabile); b) alla normativa europea da interpretare rispetto alla fattispecie (compresa la clausola 5 dell'accordo quadro ritenuta non applicabile in altre occasioni in presenza di un primo e unico contratto a tempo determinato; compresa la clausola 8, n. 1, dello stesso accordo, mai in precedenza interpretata e neanche richiamata dal Giudice del rinvio o dalle parti in causa); c) alla giurisprudenza pertinente della Corte di giustizia, omettendo accuratamente ogni richiamo delle pronunce su cui si è formato un contrasto interpretativo, compresa la sentenza *Sorge* alla cui soluzione il Collegio si è adeguato, o di quelle le cui soluzioni non vengono condivise e che la Corte riforma sul piano ermeneutico; d) alle risposte fornite alle istanze pregiudiziali proposte dal Tribunale di Napoli (compresa quella sulla settima questione pregiudiziale, che da risposta subordinata come richiesto dal Giudice partenopeo diventa la prima e la più importante delle risposte) e alle risposte non date, per essere assorbite da quelle già fornite e di per sé idonee a risolvere i dubbi degli interpreti nazionali.

c) La normativa interna applicabile alle fattispecie di cause nella sentenza *Carratù-Papalia*

La trascrizione della normativa interna applicabile alla fattispecie della causa *Carratù* è la prima e più efficace risposta della Corte di giustizia alle argomentazioni scritte e orali delle parti del giudizio pregiudiziale, per sgombrare il campo da ogni equivoco sulle soluzioni interpretative adottate rispetto alla confusione lamentata dall'Avvocato generale Wahl e alla confusione cercata da Poste italiane nelle osservazioni scritte. Sono trascritte soltanto le seguenti disposizioni:

- l'art. 1, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 368/2001 indicato come normativa attuativa della direttiva 1999/70/CE, così richiamato al punto 5 della sentenza con la seguente ineccepibile sintesi: «Dall'ordinanza di rinvio risulta che la direttiva 1999/70 è stata trasposta nell'ordinamento italiano con il decreto legislativo n. 368/2001. Ai sensi dell'articolo 1 del citato decreto, l'utilizzo di un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato è autorizzato esclusivamente a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo e un contratto del genere si rivela invalido se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale siano specificate le ragioni. Copia dell'atto scritto deve essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore entro cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione»;

- l'art. 32 della legge n. 183/2010 (punto 4) nella versione originaria e integrale, fatta eccezione per la "ulteriore" norma in favore di Poste italiane del comma 6 sulla riduzione della misura massima dell'indennizzo da 12 a 6 mensilità nel caso in cui il datore di lavoro faccia ricorso a graduatorie per l'assunzione a tempo determinato o a tempo indeterminato e per la trascrizione delle ulteriori ipotesi di rapporti flessibili diverse da quelle del contratto a tempo determinato di cui al comma 4, lettere a) e b);

- l'art. 18 della legge n. 300/1970 nella versione originaria (punto 6) prima delle modifiche della riforma Fornero;

- l'art. 8 della legge n. 604/1966 (punto 7) sulla tutela "obbligatoria".

Non viene trascritta nella sentenza *Carratù*, perché ritenuta non utile alla risoluzione della controversia, la disposizione invocata ripetutamente da Poste italiane nelle osservazioni scritte nella sola negata ipotesi in cui la Corte ne riconoscesse la natura pubblica, cioè l'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001. Non viene trascritto il nuovo testo dell'art. 18 della legge n. 300/1970, richiamato e riportato nelle osservazioni scritte di Poste italiane.

L'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 viene invece trascritto nell'ordinanza *Papalia*, unitamente al comma 2 dello stesso articolo che rimanda all'applicazione della normativa di diritto

civile e di diritto “speciale” applicabile ai contratti flessibili, tra cui il contratto a tempo determinato, con dei puntini inseriti tra due parentesi al posto del decreto legislativo n. 368/2001 (come era già avvenuto nella descrizione della normativa interna al punto 11 dell’ordinanza *Affatato*), come se qualcuno (il Giudice) dovesse riempire gli spazi vuoti: (...), cioè quelli in cui vi è il rimando all’applicazione del decreto legislativo n. 368/2001. Viceversa, manca nell’ordinanza *Papalia* la trascrizione dell’art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001 (che invece era riportata al punto 10 della ordinanza *Affatato*), proprio a creare un ponte ideale con la sentenza *Carratù*, e manca anche, rispetto all’ordinanza *Affatato*, l’ultima parte del comma 5 dell’art. 36 d.lgs. n. 165/2001, quella che la Cassazione nella sentenza n. 392/2012 aveva individuato come sanzione effettiva nella responsabilizzazione del dirigente!

D’altra parte, l’*incipit* dell’ordinanza *Papalia* non lascia alcuno spazio a dubbi sull’assurdità, per la Corte di giustizia, delle pronunce della Cassazione n. 392 e n. 10127 del 2012 che hanno manipolato la giurisprudenza comunitaria (ordinanza *Affatato* e sentenza *Angelidaki*, in particolare), ai punti 8-11: «8. Il sig. Papalia ha lavorato alle dipendenze del Comune di Aosta, quale direttore della banda municipale, in base a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, stipulati ininterrottamente dal 1983. 9. Con lettera datata 17 luglio 2012, il Comune di Aosta ha informato il sig. Papalia del fatto che, a partire dal 30 giugno 2012, data di scadenza del suo ultimo contratto di lavoro a tempo determinato, esso intendeva porre termine al loro rapporto di lavoro. 10. Il sig. Papalia ha proposto ricorso avverso questa decisione dinanzi al Tribunale ordinario di Aosta chiedendo, oltre all’accertamento dell’illegalità del termine apposto al contratto di lavoro, la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato e, in subordine, il risarcimento del danno che egli ritiene di aver subito a causa dell’utilizzo abusivo, da parte del suo ex datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. 11 Il Tribunale ordinario di Aosta constata che un lavoratore, illegalmente assunto nel pubblico impiego in base a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, non solo non ha diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, in applicazione dell’articolo 36, quinto comma, del d.lgs. n. 165/2001, ma, in forza di una giurisprudenza consolidata della Corte Suprema di cassazione italiana, può beneficiare del risarcimento del danno sofferto a causa di ciò solo qualora ne dimostri la concreta sussistenza. Una prova siffatta imporrebbe al ricorrente di essere in grado di dimostrare che egli abbia dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego».

La Corte di giustizia, anche dopo le informazioni acquisite nelle cause *Mascolo e a., Napolitano e a., Flaminio e a.* sulle ordinanze pregiudiziali del Tribunale di Napoli e della Corte costituzionale sul precariato scolastico e della Cassazione sul lavoro marittimo, dà credito soltanto alla posizione del Giudice del rinvio sull’impossibilità di applicare la sanzione del risarcimento di danno senza trasformazione a tempo indeterminato dei contratti successivi, e l’espressione “conversione” scompare dal vocabolario della Corte europea sia nella sentenza *Carratù* sia nell’ordinanza *Papalia*, così come è cancellata dal novero delle norme da applicare l’art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010, che invece tale parola metafisica o spirituale l’hanno prevista.

E poi il Pollicino-Corte di giustizia, come nella celebre fiaba di *Charles Perrault* (originariamente pubblicata nei Racconti di Mamma Oca nel 1697), per far ritrovare la strada di casa alle sorelle (in realtà nella fiaba ve n’era una sola, che in questo caso sarebbe stata la Corte costituzionale, che però il percorso giusto lo ha già ritrovato con le ordinanze nn. 206 e 207 del 2013), cioè a tutti i Giudici nazionali (quasi tutti, qualcuno aveva già il navigatore satellitare acceso h 24), segnalando con pietre ben visibili e fosforescenti il sentiero da affrontare per uscire dalla selva oscura delle norme ostative alla tutela e riscoprire la dignità e la serenità del perduto castello del diritto nazionale, dando effettività ai diritti dei più deboli e applicare le disposizioni che sono state previste in attuazione della direttiva 1999/70/CE, cioè il d.lgs. n. 368/2001.

Per la verità, se qualcuno pensa (non il Tribunale di Napoli) che l’Avvocatura dello Stato abbia ingannato la Corte di giustizia nella causa *Affatato*, con la storia dell’applicazione del d.lgs. n. 368/2001 anche al pubblico impiego e della misura sanzionatoria dell’art. 5, comma 4-*bis*, del decreto, dovrebbe andarsi a rileggere l’ordinanza *Affatato*, in cui non è riportato come normativa interna applicabile il testo dell’art. 5, d.lgs. n. 368/2001 sui contratti successivi, perché la Corte sapeva benissimo che il lavoratore precario della ASL di Cosenza non raggiungeva nella somma dei vari rapporti a tempo

determinato successivi alle dipendenze dell'Azienda sanitaria i 36 mesi di servizio e, comunque, la nuova disposizione di tutela diventava operativa solo a decorrere dal 1° aprile 2009.

Se poi qualcuno (e ci sarà sempre quel qualcuno nella libertà e nella delicatezza delle scelte decisionali nell'esercizio della funzione giurisdizionale) ancora convinto dell'esistenza del divieto di conversione nel pubblico impiego ai sensi dell'art. 97, comma 3, della Costituzione, e del principio del pubblico concorso, come disposto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 89/2003 sui collaboratori scolastici e come sarebbe stato avallato dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo* di compatibilità *prima facie* della norma interna (allora era l'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001) che prevedeva soltanto il risarcimento dei danni in caso di abusivo utilizzo dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego, questo qualcuno sappia che la Corte di giustizia, anche all'epoca della prima "benevola" e provvisoria risposta al Tribunale di Genova nella causa C-53/04, sapeva perfettamente che la Corte costituzionale aveva già deciso in modo opposto sui docenti precari della scuola pubblica con l'ordinanza n. 251/2002 (non commentata o annotata in Italia da nessuno) rispetto alla sentenza successiva di pochi mesi dopo n. 89/2003 sulle stesse modalità di reclutamento speciale nella scuola pubblica, così come sapeva benissimo (e ancor meglio lo sapeva la Consulta che aveva solo tentato di fermare centinaia di migliaia di assunzioni a termine clientelari senza concorso nelle pubbliche amministrazioni) che per i collaboratori scolastici il concorso non è previsto.

E' questo il motivo per cui, rispondendo dopo dieci anni ora per allora al Tribunale di Genova del primo rinvio pregiudiziale sulla direttiva 1999/70/CE, con la sentenza *Carratù* e con l'ordinanza *Papalia* in combinato disposto, con l'intesa della Corte costituzionale nelle ordinanze nn. 206 e 207 di rinvio pregiudiziale sul precariato scolastico e nella sentenza n. 107/2013 sul sostitutivo Poste, nonché della Cassazione con le tre ordinanze di rinvio pregiudiziale sul lavoro marittimo, la Corte di giustizia ha precisato che considera il decreto legislativo n. 368/2001 l'unica normativa interna attuativa dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato e che tale disciplina "speciale" (anche ai sensi dell'art. 97, comma 3, ultima parte Cost.) attua gli obblighi comunitari richiamati dall'art. 117, comma 1, Cost. per tutti i datori di lavoro pubblici e privati e non può essere sottoposta a modifiche e/o non applicazioni da norme successive ordinarie se non nel rigoroso rispetto delle disposizioni della direttiva comunitaria, di cui costituiscono attuazione e di cui assumono la veste e il rango di primazia come disciplina dell'Unione europea sul territorio nazionale.

Si tratta di una svolta epocale, con cui dovremo confrontarci d'ora in poi per recuperare il tantissimo tempo perduto, sul piano dell'elaborazione dottrinale e della sistematica giuridica.

Se poi qualcuno si vuol ancora cimentare con il solo risarcimento del danno, la Corte di giustizia al punto 33 dell'ordinanza *Papalia* fornisce chiare indicazioni metodologiche: «Spetta al giudice nazionale procedere alle verifiche del caso. In tale cornice, è suo compito anche esaminare in che misura, ammesso che risultino provate, le affermazioni del governo italiano, richiamate nel punto 27²³¹ della presente ordinanza, possano agevolare quest'onere della prova e, di conseguenza, incidere sull'analisi concernente il rispetto del principio di effettività in una controversia quale quella di cui al procedimento principale».

Insomma, il Giudice nazionale dovrebbe (o deve?) interrogare l'Avvocatura dello Stato sulla prova dell'esistenza delle presunzioni sulla prova del risarcimento del danno rappresentate alla Corte di giustizia nelle osservazioni scritte del Governo italiano. Si chiama di "inversione diabolica" dell'onere della "prova impossibile" o, piuttosto, presa in giro sulle "amenità" scritte nella sentenza n. 392/2012 della Cassazione sulla sanzione effettiva della responsabilità dei dirigenti pubblici e/o della prova a carico del lavoratore, nonché su quelle scritte nella sentenza n. 10127/2012 della Cassazione sul fatto che il decreto legislativo n. 368/2001 non si applica al precariato scolastico perché gli Ermellini si sono dimenticati il 1° capoverso dell'art. 70, comma 8, d.lgs. n. 165/2001 e quindi il collegamento con l'art. 36, comma 2, dello stesso TUPI?

²³¹ Il punto 27 dell'ordinanza *Papalia* fa riferimento alla denunciata (da parte del Governo italiano) esistenza di presunzioni per la determinazione del danno: «Il Governo italiano, nelle osservazioni scritte da esso presentate alla Corte, nega la rilevanza di un'interpretazione siffatta. Esso sostiene che nell'ordinamento nazionale il lavoratore del settore pubblico può provare con presunzioni l'esistenza del danno che egli ritenga di aver sofferto a causa dell'utilizzo abusivo, da parte del suo *ex* datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato e può invocare, in tale cornice, elementi gravi, precisi e concordanti i quali, benché non possano essere qualificati come prova compiuta, potrebbero tuttavia fondare il convincimento del giudice riguardo all'esistenza di un danno siffatto. Il governo italiano sottolinea anche la circostanza che la prova in tal modo richiesta non sarebbe tale da privare detto lavoratore della possibilità di ottenere il risarcimento del suo danno».

Antonio de' Curtis, in arte Totò, avrebbe detto: «Ma mi faccia il piacere!». Credo che ci sia un po' di sangue napoletano nel Giudice che ha scritto l'ordinanza *Papalia*, l'ordinanza *Affatato*, la sentenza *Gavieiro Gavieiro* e *Iglesias Torres*, la sentenza *Angelidaki* e che non ha gradito il manifesto travisamento dell'interpretazione comunitaria dei provvedimenti da lui elaborati per dare dei suggerimenti per la soluzione del precariato pubblico, che il legislatore nazionale si è rifiutato di ascoltare e che la Cassazione del 2012 si è rifiutata di accettare.

d) La disciplina dell'Unione europea applicabile nelle cause della sentenza *Carratù-Papalia*

La disciplina dell'Unione europea trascritta nella sentenza *Carratù* al punto 3 è solo quella di diritto derivato, cioè le clausole dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato recepito dalla direttiva 1999/70/CE che la Corte ritiene applicabili alla fattispecie:

- la clausola 1 sul duplice obiettivo dell'accordo quadro, di a) migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione e di b) creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato;

- la clausola 4 sul principio di non discriminazione tra lavoratore a tempo determinato e lavoratore a tempo indeterminato comparabile (che manca nell'ordinanza *Papalia*, mentre era presente nell'ordinanza *Affatato* in cui lo stesso Presidente della Corte di giustizia aveva evidenziato nel provvedimento di rigetto dell'istanza di giudizio accelerato del 16 marzo 2010 che il Tribunale di Rossano lamentava a ragione la violazione della clausola 4 e del principio di uguaglianza e non discriminazione con i lavoratori a tempo determinato alle dipendenze di imprese private);

- la clausola 5 sulle misure di prevenzione degli abusi, che astutamente il Tribunale di Napoli non aveva richiamato nell'ordinanza ma applicato nella sostanza riqualificando l'unico contratto a tempo determinato per ragioni sostitutive con sentenza parziale prima del rinvio pregiudiziale sulla parte "residua" della sanzione applicata, mettendo la Corte di fronte al fatto compiuto dell'applicazione della direttiva 1999/70/CE per averne applicato la disciplina interna di recepimento, l'art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001 su un solo rapporto a termine irregolare;

- la clausola 8, n. 1, delle disposizioni di attuazione, che prevede la possibilità per gli Stati membri e/o per le parti sociali di mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nel presente accordo.

E' la prima volta che formalmente la Corte di giustizia interpreta e applica la clausola 8, n. 1, dell'accordo quadro comunitario. In realtà, sulla stessa disciplina nazionale si era già espressa indirettamente sulle disposizioni di attuazione e la clausola di non regressione di cui al n. 3 della stessa clausola nella sentenza *Sorge*, accogliendo la soluzione interpretativa della sentenza n. 12985/2008 della Cassazione sul primo e unico contratto a tempo determinato che entra nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE anche per quanto riguarda le misure antiabusive. Senza dubbio, la conoscenza da parte del Collegio della sentenza n. 107/2013 della Corte costituzionale e delle tre ordinanze di rinvio pregiudiziale sul lavoro marittimo proposte dalla Cassazione su numerose situazioni di unico rapporto a termine della gente di mare ha confermato la Corte di giustizia sulla condivisione della scelta interpretativa fatta nella sentenza *Sorge*, che comporta una censura definitiva, condivisa con le Alte Corti nazionali, della tecnica di recepimento della direttiva utilizzata da un legislatore sciagurato che, per liberalizzare l'uso dei contratti flessibili attraverso la clausola generale dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, ha finito per creare i presupposti sul piano interpretativo di un rafforzamento della tutela dei lavoratori precari attraverso:

- l'estensione del rigoroso obbligo di motivazione scritta delle ragioni oggettive temporanee a tutte le causali di apposizione del termine diverse dalla causale sostitutiva (per il quale già vi era specifica previsione nella abrogata legge n. 230/1962), come interpretato nella sentenza *Sorge*;

- l'applicazione di una sanzione addirittura più favorevole rispetto a quella della "conversione" contrattuale che la giurisprudenza e la dottrina aveva creato nella vigenza della precedente disciplina in mancanza di una sanzione specifica, quella dell'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001 che prevede l'assunzione automatica a tempo indeterminato sin dal primo giorno del rapporto a termine "invalido" o "irregolare" o "illecito" (sono i tre aggettivi che la Corte di giustizia utilizza leggendo e "applicando"

la disposizione interna sanzionatoria, evitando la metafisica giuridica della nullità del contratto per violazione della volontà delle parti stipulanti ai sensi dell'art. 1419, comma 1, c.c. e quella religiosa della "conversione" dell'art. 1419, comma 2, c.c.) privo di ragioni oggettive temporanee sul piano formale e/o sul piano sostanziale oppure della forma scritta contrattuale, come interpretato nella sentenza *Carratù*.

La trascrizione della clausola 8, n. 1, dell'accordo quadro comunitario della possibilità per gli Stati membri di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli a quelle assicurate ai lavoratori da tutelare dalla direttiva rappresenta anche la risposta del Collegio della *Carratù*, e in particolare del suo Presidente, all'incauto richiamo da parte dell'Avvocato generale Wahl di quanto avvenuto nella vicenda *Scattolon* e al gratuito rimprovero fatto al Giudice del rinvio di aver riprodotto (copiato) con la sesta questione pregiudiziale sull'art. 47 della Carta di Nizza e l'art. 6 della CEDU la quarta questione pregiudiziale proposta dal Tribunale di Venezia con l'ordinanza in causa C-108/10 sul personale ATA trasferito allo Stato.

In buona sostanza, afferma il Presidente del Collegio attraverso la sentenza *Carratù* e la trascrizione e l'applicazione della clausola 8, n. 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato che, sia nella relazione di udienza a sua firma della causa *Scattolon* sia al punto 13 delle conclusioni dell'Avvocato generale Bot era trascritta perché applicabile l'omologa condizione di maggior favore contenuta nell'art. 7 della direttiva 187/77 (nella versione trasfusa nell'art. 8 della direttiva 2001/23/CE) in materia di trasferimento di azienda e che la predetta normativa non era stata poi riportata nella sentenza del 6 settembre 2011 della Grande Sezione, stravolgendo la coerenza stessa e la completezza della interpretazione comunitaria, perché il riconoscimento pieno dell'anzianità di servizio disposto dall'art. 8, comma 2, della legge n. 124/1999, a prescindere dall'effettività del peggioramento complessivo del trattamento economico nel passaggio dall'Ente locale allo Stato (la soluzione inventata dalla sentenza *Scattolon* quale condizione dell'ostatività della normativa europea rispetto alla disciplina interna che con l'art. 1, comma 218, della legge n. 266/2005 aveva manipolato e stravolto la disposizione originaria), l'art. 8, comma 2, della legge n. 124/1999 andava comunque applicata come disciplina interna di maggior favore nel recepimento della direttiva europea sul trasferimento di azienda.

Quindi, il Presidente del Collegio della *Carratù*, già Relatore della causa *Scattolon*, manifesta il suo dissenso, peraltro già espresso visivamente all'udienza del 1° febbraio 2011 agli avvocati italiani presenti davanti alla Grande Sezione, rispetto alla soluzione adottata dalla Corte di giustizia sulla questione del trasferimento del personale ATA e indica attraverso la sentenza del 12 dicembre 2013 sul Collegato lavoro quali dovevano essere le conclusioni che la *Grande Chambre* avrebbe potuto e dovuto adottare, evitando di entrare in contrasto palese con la sentenza *Agrati* della Corte europea dei diritti dell'uomo, dopo aver rigettato frettolosamente l'istanza di riapertura della fase orale proposta dai difensori della lavoratrice a seguito della decisione della Corte EDU.

Lo Stato italiano, con l'atteggiamento insopportabilmente mendace che ha caratterizzato anche la vicenda delle pregiudiziali comunitarie sul precariato pubblico statale e/o *post*-statale, ha comunicato in data 12 marzo 2013 al Segretariato generale del Comitato dei Ministri presso il Consiglio d'Europa che non erano state adottate misure generali per l'applicazione della sentenza *Agrati*, perché la giurisprudenza nazionale già stava dando esecuzione alla decisione della Corte EDU, dopo la sentenza *Scattolon* della Corte di giustizia, e ha indicato la sentenza del Tribunale di Treviso e la sentenza n. 78/2012 della Corte costituzionale sull'anatocismo bancario come misure specifiche di attuazione.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, dopo la proposizione del ricorso Livorti contro le due ordinanze *Vino* della CGUE, ha chiesto a quest'ultima di non frapporre più ostacoli alla adesione dell'Unione europea alla CEDU e di correggere la cattiva interpretazione della sentenza *Scattolon*²³².

²³² In effetti, la II Sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo nella recentissima sentenza del 14 gennaio 2014 nella causa *Montalto e a. c. Italy*, sul ricorso n. 38180/08 (più altri 16 ricorsi riuniti) è intervenuta, ancora una volta sulla norma interpretativa retroattiva dell'art. 1, comma 218, della legge finanziaria n. 266/2005, dopo la sentenza *Agrati* della stessa Sezione della Corte di Strasburgo del 7 giugno 2011, a distanza non casuale di un mese dalla sentenza *Carratù-Papalia* della Corte di giustizia. Con la sentenza *Montalto* la Corte EDU ha rafforzato quanto già enunciato nella precedente sentenza *Agrati* sulla violazione dell'art. 6 della Convenzione, rigettando tutti gli argomenti del Governo italiano. Secondo la Corte europea non vi era alcuna necessità di una norma interpretativa che andasse a ridurre il contenzioso, che anzi è stato alimentato, non vi erano ragioni imperiose di carattere generale per giustificare a distanza di oltre cinque anni la modifica dell'art. 4 della legge n. 124/1999 che riconosceva la piena anzianità di servizio e professionale al personale ATA transeunte, perché non vi era alcun *vide juridique*, nessun vuoto normativo da colmare, ma solo gli interessi "egoistici" dello Stato (e dell'Avvocatura erariale) da tutelare. Insomma, la Corte di Strasburgo con la sentenza *Montalto* ha espresso con durezza le stesse

L'errore sarà riconosciuto dal saggio e moderato Priamo, che, placata l'ira funesta già manifestata dal Pelide Achille (il Presidente greco della Corte di giustizia) all'udienza *Scattolon*, fornirà agli interpreti nazionali e ai lavoratori interessati con la sentenza *Carratù* la soluzione della complessa questione ATA, sanando nel contempo il contrasto decisionale e di competenza con la Corte europea dei diritti dell'uomo.

e) Il primo e unico contratto a tempo determinato entra definitivamente nel campo di applicazione della clausola 5 dell'accordo quadro comunitario

La Corte di giustizia risolve positivamente, innanzitutto, il problema dell'applicazione al primo e unico contratto a tempo determinato della clausola 5, nn. 1 e 2, dell'accordo quadro comunitario, assecondando l'astuzia procedurale del Giudice del rinvio, che aveva riqualificato il contratto con sentenza parziale prima di procedere al rinvio pregiudiziale. Sul punto, la Corte al punto 22 respinge preliminarmente l'eccezione di irricevibilità che aveva sollevato Poste italiane nelle osservazioni scritte, in quanto, da un lato, il Tribunale di Napoli non avrebbe individuato i criteri (cioè le clausole dell'accordo quadro, ad eccezione della clausola 4 su cui ha impostato due specifiche questioni, la quarta e la quinta) sulla cui base la Corte potesse fondare la propria valutazione e, dall'altro, la disposizione nazionale in discussione nel procedimento principale, ossia l'art. 32, commi da 5 a 7, della legge n. 183/2010, relativa al regime delle sanzioni applicabili alle ipotesi di illecita apposizione del termine ad un contratto di lavoro, non ricadrebbe nell'ambito della direttiva 1999/70.

Secondo Poste italiane la direttiva è stata trasposta nell'ordinamento interno italiano con il decreto legislativo n. 368/2001, mentre la disposizione controversa, entrata in vigore soltanto il 24 novembre 2010, sarebbe stata emanata per finalità e con scopi diversi rispetto alla necessità di attuazione della menzionata direttiva, ossia il regime sanzionatorio applicabile in ipotesi di illecita apposizione del termine al contratto di assunzione di un lavoratore dipendente, che non è in alcun modo disciplinato dalla direttiva di cui si discute.

e1) Le ordinanze di favore *Vino* e il primo e unico contratto a termine acausale

La stessa eccezione di irricevibilità era stata accolta con l'ordinanza *Vino* dell'11 novembre 2010 in causa C-20/10, in cui la Corte di giustizia ha affermato al punto 42 che «l'adozione dell'art. 2, comma 1 *bis*, del decreto n. 368/2001 mirava a consentire alle imprese operanti nel settore postale un certo grado di flessibilità allo scopo di garantire, ai fini dell'attuazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 15 dicembre 1997, 97/67/CE, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio, un funzionamento efficace delle diverse operazioni postali rientranti nel servizio universale e, pertanto, perseguiva uno scopo distinto da quello consistente nel garantire l'attuazione dell'accordo quadro nell'ordinamento nazionale. Peraltro, il Governo italiano ha affermato, in sede di osservazioni scritte, che questa disposizione mirava essenzialmente, nel quadro di misure destinate a limitare e razionalizzare la spesa pubblica, a salvaguardare l'equilibrio economico e la gestione di Poste italiane.».

Vale la pena di ricordare il confuso percorso interpretativo della Corte di giustizia nella prima ordinanza *Vino* dell'11 novembre 2010, che ha portato ad escludere l'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 dallo stesso contesto normativo in cui era stato inserito dopo oltre cinque anni dall'entrata in vigore della disciplina interna attuativa dell'accordo quadro comunitario, efficacemente rappresentato ai punti da 39 a 41: «è certamente esatto che la Corte ha già dichiarato che l'oggetto stesso del d.lgs. n. 368/2001 era il recepimento della direttiva 1999/70 nonché dell'accordo quadro, e che non si può escludere che le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 368/2001 nel diritto interno precedente siano collegate all'attuazione dell'accordo quadro, considerato che i lavoratori a tempo determinato, al momento dell'adozione della direttiva 1999/70 e dell'accordo quadro in parola, godevano di misure di tutela previste dalla legge n. 230/62 (v. sentenza *Sorge*, cit., punti 38 e 39).

valutazioni di censura agli abusi dello Stato italiano sulle regole e sui processi e alla slealtà nei rapporti con le Corti sovranazionali che, nell'asetticità e freddezza degli enunciati, sono implicitamente (ma non troppo) contenute nella sentenza *Carratù-Papalia* della Corte di Lussemburgo.

Tuttavia, nel caso di specie si ricava chiaramente dalla decisione di rinvio che l'abrogazione dell'obbligo, per un'impresa quale Poste Italiane, di indicare le ragioni obiettive, relativamente al primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato, che giustificano il ricorso a un siffatto tempo determinato, non derivano dall'adozione del d.lgs. n. 368/2001. Infatti, lo stesso giudice del rinvio spiega nella sua decisione, analogamente a quanto fanno Poste italiane in sede di osservazioni scritte, che l'obbligo in questione, che a suo parere era previsto dalla legge n. 230/62, è stato mantenuto all'atto di adottare le misure dirette a recepire nell'ordinamento interno la direttiva 1999/70 e l'accordo quadro, nell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, e che detto obbligo, per quanto concerne i contratti di lavoro a tempo determinato conclusi da un'impresa quale Poste Italiane, è stato abrogato più di quattro anni dopo, in seguito all'inserimento, in tale decreto, dell'art. 2, comma 1 *bis*, mediante la legge n. 266/2005. Orbene, quest'ultima normativa, di natura finanziaria, non può mirare a garantire il raggiungimento dell'obiettivo perseguito dall'accordo quadro e, pertanto, ad integrare le misure di recepimento previste dal d.lgs. n. 368/2001 nella sua versione originaria. Infatti, come la Corte ha già dichiarato, l'accordo quadro non impone agli Stati membri di adottare una misura che imponga di giustificare ogni primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato con tali ragioni obiettive (v. sentenza Angelidaki e a., cit., punto 90)».

L'azione di revocazione proposta contro la prima ordinanza *Vino* aveva attenuato la *vis polemica* del Collegio lussemburghese, che con ordinanza del 22 giugno 2011 in causa *Vino* C-161/11 così correggeva i rilievi critici del Tribunale di Trani, che aveva evidenziato di aver chiesto l'applicazione del principio di uguaglianza e non discriminazione comunitario nella precedente ordinanza e non l'applicazione della clausola 4 dell'accordo quadro comunitario, su cui la Corte si era dichiarata incompetente.

La Corte, dunque, si corregge nella seconda ordinanza *Vino* e argomenta con maggiore serenità nei confronti del Giudice del rinvio, ma con non minore confusione ai punti 32-39²³³.

e2) L'oblio della Corte di giustizia nella sentenza *Carratù* sulle due ordinanze *Vino* e la causale finanziaria in favore di Poste italiane

Naturalmente, la *scientia iuris* di origine interna erariale ha subito condiviso le strabilianti considerazioni espresse nei citati passaggi delle due ordinanze *Vino*, fino a quando, con la sentenza *Carratù*, la Corte di giustizia ha cancellato tutte le argomentazioni in favore della flessibilità senza controllo di Poste italiane, avendo peraltro accertato con la sentenza n. 107/2013 della Corte

²³³ Ordinanza *Vino* del 22 giugno 2011 in causa C-161/11, punti 32-39: «32. Indubbiamente, nei punti 55-57 dell'ordinanza *Vino*, la Corte ha esaminato, come risulta dal punto 28 della presente ordinanza, se le disparità di trattamento, lamentate dal sig. *Vino* nella causa principale riguardo alla conclusione di un primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato, siano soggette al principio di non discriminazione previsto dalla clausola 4 dell'accordo quadro. 33 Tuttavia, tale esame costituiva solo una tappa del ragionamento che spettava svolgere alla Corte, conformemente alla giurisprudenza richiamata nei punti 22-25 della presente ordinanza, al fine di accertare se le disposizioni del diritto dell'Unione riguardanti i lavoratori vincolati da un contratto di lavoro a tempo determinato si applichino a una fattispecie del tipo di quella del sig. *Vino* nella causa principale. 34 Avendo constatato, a conclusione di tale esame, che né la clausola 4 dell'accordo quadro né nessun'altra disposizione del diritto dell'Unione disciplina la conclusione di un primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato, nel punto 64 dell'ordinanza *Vino* la Corte ha concluso che il principio generale di non discriminazione sancito dal diritto dell'Unione non si applica alla situazione del sig. *Vino*. 35 Da ciò deriva che le disparità di trattamento lamentate nella causa principale sono soggette unicamente alla normativa nazionale, la cui interpretazione spetta esclusivamente al giudice del rinvio. 36 Questa conclusione non può essere rimessa in discussione né dalle disposizioni dei Trattati UE e FUE né dal preambolo del Trattato UE invocati dal giudice del rinvio a sostegno della sua nuova domanda di pronuncia pregiudiziale. 37 Infatti, come si evince già dai punti 24 e 25 della presente ordinanza, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non ha affatto modificato il principio secondo cui la Corte, nell'ambito della competenza conferitagli dall'art. 267 TFUE, può unicamente interpretare il diritto dell'Unione, di cui fanno parte i principi fondamentali, quale il principio di non discriminazione, nei limiti delle competenze attribuite all'Unione. 38 Pertanto, a prescindere dalla portata delle disposizioni generali dei Trattati menzionate dal giudice del rinvio, resta fermo che, conformemente alla giurisprudenza richiamata nel punto 22 della presente ordinanza, affinché il principio di non discriminazione possa applicarsi in una fattispecie come quella di cui alla causa principale, è anche necessario, come la Corte ha sostanzialmente dichiarato, nei punti 52 e 53 dell'ordinanza *Vino*, che quest'ultima rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, circostanza che non sussiste nel caso di specie. 39 A questo proposito occorre sottolineare che un principio, come quello ipotizzato dal giudice del rinvio, che si applichi alle disparità di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato relativamente all'obbligo di indicare le ragioni oggettive per la stipula di un primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato presuppone scelte di carattere normativo, fondate su una ponderazione degli interessi in gioco e la previa fissazione di norme precise e dettagliate, e non può essere dedotto dal principio generale di non discriminazione. Infatti, i principi generali del diritto dell'Unione rivestono rango costituzionale, laddove il principio ipotizzato dal giudice del rinvio è contrassegnato da un grado di specificità che necessita di un'elaborazione legislativa la quale, a livello dell'Unione, viene realizzata mediante un atto di diritto derivato dell'Unione (sentenze del 15 ottobre 2009, causa C-101/08, *Audiolux e a.*, in *Raccolta*, p. I-9823, punti 62 e 63, nonché 29 ottobre 2009, causa C-174/08, *NCC Construction Danmark*, in *Raccolta*, p. I-10567, punto 42)».

costituzionale e con le ordinanze di rinvio pregiudiziale della Cassazione sul lavoro marittimo che: a) l'obbligo di specificazione scritta delle ragioni oggettive temporanee sin dal primo ed eventualmente unico contratto non era stato abrogato per Poste italiane dalla norma introdotta dall'art. 1, comma 558, della legge finanziaria per il 2006, cui continuava ad applicarsi l'art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001; b) il Tribunale di Trani non aveva mai sostenuto l'abrogazione dell'obbligo di specificazione delle ragioni oggettive per Poste italiane, ma semplicemente l'introduzione di una disposizione di favore per il ricorso a contratti a tempo determinato acausali di cui solo l'impresa pubblica si poteva avvalere, pur continuando ad applicarsi anche per l'azienda di Stato l'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 come misura "alternativa"; c) secondo la Corte costituzionale e la Cassazione l'interpretazione della normativa interna di recepimento della clausola 5 dell'accordo quadro imponeva come misura unica antiabusiva la causalità necessaria sin dal primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato.

Ecco allora che la Corte di giustizia nella sentenza *Carratù* demolisce nell'oblio giurisprudenziale le ordinanze *Vino* (ma anche la sentenza *Mangold*) come non fossero mai state pronunciate (impressionante il silenzio di Poste italiane nelle osservazioni scritte su provvedimenti che comunque avrebbero potuto ben sostenere l'eccezione di irricevibilità), argomentando "in fatto", cioè nel merito della controversia l'applicazione anche al primo e unico contratto a tempo determinato della clausola 5, nn. 1 e 2, dell'accordo quadro comunitario, ai punti 24-25: «24 Nella fattispecie in esame appare difficilmente contestabile la circostanza che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta dal Giudice del rinvio risponde effettivamente ad una necessità oggettiva inerente alla soluzione di un contenzioso pendente dinanzi ad esso. Difatti, in primo luogo, il contratto di lavoro, trattandosi di un contratto a tempo determinato, rientra nell'ambito di applicazione materiale dell'accordo quadro e, in secondo luogo, il contenzioso pendente dinanzi al giudice del rinvio verte sulla comparabilità della situazione giuridica di una lavoratrice dipendente assunta a tempo determinato con quella dei lavoratori dipendenti assunti a tempo indeterminato. 25 Inoltre, si deve rilevare, come osservato dall'Avvocato generale nel paragrafo 33 delle conclusioni, che la questione se la legge n. 183/2010 fosse intesa a trasporre la direttiva 1999/70 o meno non riguarda il problema della ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale.».

In effetti, l'Avvocato generale Wahl al punto 33 delle conclusioni aveva già sconfessato la declaratoria di incompetenza della Corte di giustizia nelle due ordinanze *Vino* sulla parità di trattamento sotto il profilo sanzionatorio, argomentando che una domanda d'interpretazione di disposizioni del diritto dell'Unione europea da parte di un Giudice nazionale, come nel caso della quarta e della quinta questione, è in linea di principio ricevibile e che l'asserita inapplicabilità da parte di Poste italiane di una disposizione di diritto dell'Unione europea – come la clausola 4 dell'accordo quadro – al procedimento pendente dinanzi al Giudice del rinvio non è una questione di irricevibilità, ma piuttosto di merito.

Inoltre, secondo Wahl la questione se la legge n. 183/2010 fosse intesa a trasporre la direttiva 1999/70 o meno non riguarda il problema della ricevibilità delle questioni, come peraltro già affermato nella sentenza *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* (immediatamente successiva alla prima ordinanza *Vino*, e scritta dallo stesso Estensore delle ordinanze *Vino*) su una norma nazionale spagnola simile a quella introdotta dall'art. 2, comma 1-bis, d.lgs. n. 368/2001.

L'Avvocato generale, peraltro, ricorda nella nota 39 che, verso la conclusione dell'udienza del 5 giugno 2013 (dopo aver ascoltato le argomentazioni della difesa della lavoratrice sulla clausola 5 dell'accordo quadro comunitario applicabile anche al primo e unico contratto a tempo determinato, in base alla sentenza *Sorge*), la Commissione ha spiegato che la clausola 4 dell'accordo quadro sulla non discriminazione dovrebbe essere letta in combinato disposto con la clausola 5, come poi la Corte di giustizia ha motivato nella sentenza *Carratù*, mettendo fine una volta per tutte alla amena vicenda del primo e unico contratto a tempo determinato cui non si applicherebbe la clausola 5 dell'accordo quadro comunitario, cioè chiudendo la stagione dell'incompetenza funzionale della Corte di giustizia rispetto all'applicazione delle misure di tutela richieste dalla direttiva, in presenza di contenzioso seriale dello Stato italiano e dei suoi derivati pubblici.

e3) La sentenza *Bartsch* della Corte di giustizia sul primo contratto a termine acausale precede di cinque anni la sentenza *Carratù*: lo storico ritardo intellettuale degli interpreti nazionali

Per gli altri Stati membri la questione era stata già chiusa da molto tempo, dal 2008, quando la “nozione” di principio di uguaglianza e di parità di trattamento e la sua applicazione generale alle “materie” che rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario è stata affrontata e risolta dalla Corte di giustizia nella causa *Bartsch*²³⁴, dopo la sentenza *Mangold* e prendendo posizione proprio sul precedente della Grande Sezione in materia di discriminazione per età dell’ultracinquantacinquenne Sig. *Mangold*.

La Grande Sezione nella sentenza *Bartsch*, in merito al campo di applicazione del principio di uguaglianza e di non discriminazione (nella sua specificazione dell’età) in materia non ricompresa tra quelle di competenza del diritto dell’Unione europea (pensione complementare), ha così precisato sulla diversa soluzione adottata nella sentenza *Mangold* al punto 24: «Quest’ultimo aspetto distingue, inoltre, la presente controversia principale da quella che ha dato luogo alla citata sentenza *Mangold*. Infatti, in quest’ultima causa, la disciplina nazionale in esame costituiva una misura di attuazione di una direttiva comunitaria, ossia la direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all’accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato (GU L 175, p. 43), grazie alla quale tale disciplina era così entrata nell’ambito di applicazione del diritto comunitario (v. citata sentenza *Mangold*, punto 75). Per contro, le linee direttrici di cui trattasi nella causa principale non corrispondono a misure di recepimento di disposizioni comunitarie».

Alla luce dei chiarimenti forniti dalla Grande Sezione nella causa *Bartsch* rispetto alla soluzione adottata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Mangold*, la declaratoria di incompetenza della CGUE nell’ordinanza *Vino* sulla questione pregiudiziale della denunciata violazione del principio di uguaglianza e non discriminazione nei confronti di una categoria di lavoratori assunti a tempo determinato da un’unica impresa pubblica (e non per tutti i lavoratori assunti dallo stesso datore di lavoro “favorito”) appariva in contrasto con la ormai consolidata giurisprudenza comunitaria. Lo si era precisato alla Corte sia nelle osservazioni scritte del lavoratore *Vino* sia nella successiva azione di revocazione. Ma il processo *Vino* non si è mai svolto e la Corte di giustizia non ha voluto o potuto ascoltare le ragioni dei soggetti più deboli, con gli esiti disastrosi che ormai conosciamo anche in termini di credibilità del Giudice sovranazionale. La sentenza *Carratù* restituisce dignità e autorevolezza alla Corte di Lussemburgo, nel dialogo con la Corte costituzionale, con la Cassazione e, pare a chi scrive, con la Corte europea dei diritti dell’uomo.

f) Poste italiane è Stato o organismo pubblico e si applica allo Stato il decreto legislativo n. 368/2001, a parità di condizioni con i datori di lavoro privati

La decisione inaspettata e più dirompente della Corte di giustizia è quella sulla settima questione sollevata dal Tribunale di Napoli sulla natura pubblica di Poste italiane, che addirittura «occorre esaminare in primo luogo» per il Collegio della *Carratù*, nonostante il Giudice del rinvio ne avesse chiesto una risposta subordinata a quella (eventualmente) negativa rispetto alle prime sei.

fl) Le Conclusioni dell’Avvocato generale sulla natura pubblica di Poste italiane

Sul punto, dirimenti ed essenziali sembrano essere state, questa volta, le conclusioni dell’Avvocato generale Wahl dai punti 106 e seguenti (espressamente richiamate al punto 29 della sentenza), sebbene lo stesso Wahl avesse indicato alla Corte di non rispondere alla settima questione o di lasciare al Giudice del rinvio la risposta non senza aver precisato di non essere riuscito a capire i motivi in base ai quali la questione era stata (nuovamente, perché già sollevata dallo stesso Giudice del rinvio con l’ordinanza *Affatato* nella causa C-3/10 e dichiarata irricevibile sul punto; e perché la natura pubblica di Poste italiane era stata già sollevata dal Tribunale di Trani nella causa C-20/10 sotto il

²³⁴ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 23 settembre 2008, causa C-427/06, *Bartsch*.

profilo dell'abuso della posizione dominante, anch'essa dichiarata irricevibile con l'ordinanza *Vino* dell'11 novembre 2010) proposta dal Tribunale di Napoli, già Tribunale di Rossano. Per questo l'Avvocato generale nutre dubbi sulla ricevibilità della settima questione, in quanto la risposta alla medesima non sembrava necessaria ai fini della soluzione della controversia *a quo*.

Ciononostante vi dedica le osservazioni, per l'eventualità in cui la Corte volesse formulare una risposta (punto 101 delle conclusioni), che sono richiamate nella sentenza *Carratù* e che quindi sono condivise dal Collegio: «106. Nell'ordinanza di rinvio si dichiara che la Poste Italiane è interamente posseduta dallo Stato italiano mediante il suo azionista unico, il Ministro dell'Economia e delle Finanze. Inoltre essa è posta sotto il controllo dello Stato e della Corte dei Conti, un membro della quale siede nel Consiglio di amministrazione. L'ordinanza prosegue dichiarando che alla Poste Italiane è stato attribuito un obbligo di servizio universale in vari settori, tra i quali il settore postale, dal Ministro, il quale esercita poteri generali di supervisione e di amministrazione finanziaria. Inoltre, il bilancio della Poste Italiane è collegato a quello dello Stato, che fornisce fondi per coprire le spese di detto obbligo di servizio. 107. Alla luce di queste considerazioni spetta al giudice a quo stabilire se, avendo riguardo a tutti i fatti rilevanti, la Poste Italiane rientri nell'ambito della dottrina Foster, ossia se sia stata investita di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme generali²³⁵. 108. Da parte sua, la Poste Italiane invoca principalmente la direttiva 2004/17/CE²³⁶ e due decisioni della Commissione²³⁷, facendo valere di essere stata esonerata dal rispetto di taluni aspetti di detta direttiva. Tuttavia, questa tesi è errata. 109. Anzitutto, la portata di una specifica direttiva non è uguale alla questione se, ai sensi dell'articolo 288 TFUE, lo Stato come tale possa sottrarsi al rispetto di una direttiva mediante l'esercizio della sua autonomia giuridica in forma di associazioni od organizzazioni che non rientrano formalmente nel diritto pubblico. Infatti, gli Stati membri non possono semplicemente ristrutturare la loro organizzazione per esimersi dalla responsabilità derivante dal diritto dell'Unione²³⁸. 110. In secondo luogo, le decisioni adottate ai sensi dell'articolo 30, paragrafo 4, della direttiva 2004/17, come quelle citate dalla Poste Italiane, vertono sulla questione se una determinata attività settoriale sia direttamente esposta alla concorrenza sui mercati nei quali l'accesso non è ristretto, e non se un determinato ente rientri nell'ambito di applicazione *ratione personae* di detta direttiva. 111. In terzo luogo, la Poste Italiane è esplicitamente elencata all'Allegato VI della direttiva 2004/17 come ente aggiudicatore nel settore dei servizi postali. Pertanto, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, di tale direttiva, la Poste Italiane deve essere: (i) un'amministrazione aggiudicatrice, come definita all'articolo 2, paragrafo 1, lettera a); o (ii) un'impresa pubblica, definita all'articolo 2, paragrafo 1, lettera b); o (iii) un'impresa con diritti speciali o esclusivi, definita all'articolo 2, paragrafo 3. Pertanto, sebbene nessuna di queste tre situazioni sia sufficiente di per sé²³⁹, ritengo che la direttiva 2004/17 suggerisca la conclusione che la Poste Italiane sia un'«emanazione dello Stato», ai sensi della dottrina Foster.»».

f2) L'interrogatorio formale della Corte di giustizia e la *confessio iuris* degli abusi contrattuali

Sulla scelta della Corte di anticipare la risposta ad una domanda che il rimettente aveva considerato ultronea rispetto alle istanze pregiudiziali precedenti, se accolte (e la Corte ha risposto

²³⁵ Si trascrive qui la corrispondente nota 69 delle conclusioni dell'Avvocato generale Wahl: «*V. sentenze del 14 settembre 2000, Collino e Chiappero, C-343/98, in Raccolta p. I-6659, punto 24, e Dominguez, punto 40. Rinvio, inoltre, alle mie conclusioni nella causa Portgás, C-2425/12, attualmente pendente dinanzi alla Corte, paragrafi 41 e 45.*».

²³⁶ Si trascrive la corrispondente nota 70 delle conclusioni dell'Avvocato generale Wahl: «*Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU L 134, p. 1), come modificata.*».

²³⁷ Si trascrive la corrispondente nota 71 delle Conclusioni dell'Avvocato generale Wahl: «*La decisione della Commissione, del 30 aprile 2008, che esonera i servizi di corriere espresso in Italia dall'applicazione della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU L 132, p. 18) e la decisione della Commissione, del 5 gennaio 2010, che esonera taluni servizi finanziari del settore postale in Italia dall'applicazione della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU L 6, p. 8).*».

²³⁸ Si trascrive la corrispondente nota 72 delle Conclusioni dell'Avvocato generale Wahl: «*V., in tal senso, la sentenza del 24 novembre 1982, Commissione/Irlanda, 249/81, in Raccolta p. I-4005, punto 15, e le conclusioni dell'avvocato generale Alber nella causa Collino e Chiappero, paragrafo 23. V., inoltre, le mie conclusioni nella causa Portgás, paragrafo 41.*».

²³⁹ Si trascrive la corrispondente nota 73 delle Conclusioni dell'Avvocato generale Wahl: «*V., per maggiori dettagli, le mie conclusioni nella causa Portgás, paragrafi da 37 a 39, 42 e 43.*».

positivamente alla quarta e alla quinta questione), si possono fare solo deduzioni e supposizioni, alcune con una base documentale e oggettiva, altre soggettive e sulla scorta delle “sensazioni di udienza”. Cominciamo dalle seconde, meno verificabili ma forse più vere, perché il processo *Carratù* è stato un grande vero processo pregiudiziale che ha coinvolto non solo le parti processuali, ma la stessa Corte di giustizia nella evoluzione o rivoluzione della sua giurisprudenza, con due modelli di Stato italiano, due modi di concepire l’Unione europea e le sue articolazioni politiche, sociali ed economiche rispetto alla tutela dei diritti fondamentali in un momento di grave crisi istituzionale e finanziaria.

Il Collegio della *Carratù* non ha apprezzato il verificato abuso sulle regole e sui processi da parte di un’impresa pubblica che agiva chiaramente come diretta promanazione dello Stato, come Ente pubblico.

C’è stato sconcerto in udienza tra i Giudici comunitari quando la difesa della lavoratrice ha affermato che in Italia non vi era alcun problema di contenzioso sui contratti a tempo determinato per le imprese private dopo l’entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001, ma che vi era un gravissimo problema causato dai contratti a termine di Poste italiane e delle pubbliche amministrazioni, cioè dello Stato, in guisa tale da raggiungere il 95% del contenzioso; che in tre soli anni dal 2003 al 2005 Poste italiane aveva stipulato oltre 70.000 contratti a tempo determinato tutti con generica causale sostitutiva, in tutti i mesi dell’anno e non solo in estate, come nel caso *Carratù*; che questo abuso era legato ed aveva creato enormi rendite di posizione finanziaria ed economica della pubblica amministrazione/impresa, pratiche clientelari attraverso l’accesso al reclutamento senza concorso per realizzare un *turn over* a costi del lavoro molto bassi, senza regolarizzazione contributiva e con obblighi di fedeltà lavorativa legati alla necessità di restituire capitale, tasse e contributi per i periodi non lavorati, dopo aver sottoscritto transazioni in sede sindacale che assicurano almeno la stabilità lavorativa senza il rischio di soccombenza nel prosieguo dei giudizi di riqualificazione già vinti.

Queste situazioni sono state rappresentate alla Corte, in udienza, nelle scomparse osservazioni scritte della causa *Vino* (che, verosimilmente, sono state lette), nelle osservazioni scritte della lavoratrice *Sorge* (quelle sicuramente lette dalla Signora Toader, che ha fatto parte dei due Collegi), nell’istanza di riapertura della fase orale da parte della lavoratrice *Carratù*. Nessuno ha risposto dalla parte dello Stato, nessuno ha difeso lo Stato e Poste dalle gravi, documentate e univoche informazioni fornite alla Corte dalla difesa della parte processuale più debole. Il silenzio non è mai indifferente davanti alla Corte sovranazionale, soprattutto se poi al Collegio lussemburghese arrivano le conferme della Corte costituzionale e della Cassazione con il rinvio pregiudiziale sul precariato scolastico e sul precariato pubblico marittimo.

Dirimente, probabilmente, è stata la domanda del Giudice Ó Caoimh su come mai la Commissione nelle sue osservazioni scritte aveva espresso dubbi sulla normativa interna applicabile alla fattispecie.

Dopo aver letto la sentenza *Carratù* e l’ordinanza *Papalia*²⁴⁰ (scritta dal Giudice irlandese) vi è la ragionevole certezza che la domanda fosse concordata come risposta alle critiche sulla prima ordinanza *Vino*, in cui la Corte aveva affermato che la causale finanziaria dell’art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 non era disposizione attuativa della direttiva comunitaria sul lavoro a termine perché “derivante” dalla legge n. 230/1962 (art. 1, comma 2, lettera f) come integrazione per Poste italiane della norma di flessibilità introdotta in favore delle imprese pubbliche Alitalia e Aeroporti di Roma con la legge n. 41/1986. Del resto, pare sostenere Ó Caoimh con molte ragioni, la Corte costituzionale nella sentenza n. 214/2009 aveva proposto la tesi del d.lgs. n. 368/2001 come testo unico e non come nuova disciplina interna sul lavoro a tempo determinato, e quindi la confusione normativa in cui era chiaramente incorsa la Corte europea nell’ordinanza *Vino* dipendeva dalla confusione del quadro interpretativo che sembrava provenire dal Giudice delle leggi e che lo stesso Tribunale di Trani come Giudice del rinvio aveva riproposto.

²⁴⁰ Il difensore del Signor *Papalia* in Corte di giustizia è stato l’avv. F. Mavilla, che ha presentato osservazioni scritte e proposto istanza di trattazione orale della causa. Il Comune di Aosta non ha proposto osservazioni scritte, ma ha fatto istanza di trattazione orale della causa. La Corte di giustizia, in questi casi, normalmente fissa l’udienza di discussione per consentire alla parte che non si è difesa per iscritto di illustrare almeno oralmente le sue ragioni. Purtroppo, per le parti del giudizio principale e per i loro difensori le osservazioni scritte del Governo italiano sono state così esaustive nel danneggiare definitivamente la già precaria posizione difensiva della pubblica amministrazione “abusante” con rapporti a termine continuativi per quasi trent’anni di lavoro bruscamente interrotto con efficacia retroattiva (e, quindi, con un periodo di lavoro musicale “in nero”), da costringere la Corte europea a stendere un velo pietoso sulla vicenda e a decidere con un’ordinanza comunque *tranchant* e spietata nei confronti del legislatore nazionale e delle Pubbliche Amministrazioni italiane.

f4) L'udienza della causa *Carratù* e la confusione sulle norme di tutela sul precariato pubblico

In effetti, la rappresentante della Commissione europea sembrava aver atteso da mesi la domanda della Corte di giustizia sull'incertezza del quadro normativo interno, perché l'italiana Cattabriga si è subito lamentata dei nuovi casi di rinvio pregiudiziale dei Giudici di merito in materia di presunto contrasto con la direttiva 1999/70/CE, come l'ordinanza *Papalia* in causa C-50/10 del Tribunale di Aosta (di cui, fino all'udienza del 5 giugno 2013, si ignorava la proposizione in Italia) sull'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 e le quattro ordinanze sul precariato scolastico sollevate dallo stesso Tribunale di Napoli nelle cause *Mascolo-Forni-Racca-Russo* (provvedimenti conosciuti in Italia e portati anche all'attenzione della Corte costituzionale all'udienza del 27 marzo 2013 *in subiecta materia*), in cui il Giudice del rinvio sosteneva di aver tentato di applicare l'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 e la trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a tempo determinato successivi che superavano complessivamente i trentasei mesi di servizio alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, secondo le indicazioni fornite al punto 48 dell'ordinanza *Affatato* della Corte di giustizia sulla base delle osservazioni scritte del Governo italiano, ma poi era intervenuta la Cassazione con la sentenza n. 10127/2012 che, in combinato disposto con le norme ostative alla tutela della riqualificazione dell'art. 4, comma 14-*bis*, della legge n. 124/1999 e dell'art. 10, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, non consentiva nessun tipo di tutela al personale assunto a tempo determinato nella scuola pubblica.

Insomma, il Tribunale di Napoli sosteneva l'applicazione anche ai datori di lavoro pubblici delle sanzioni previste dall'art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001 (nella causa *Carratù* per Poste italiane/Stato) e dell'art. 5, comma 4-*bis*, dello stesso decreto n. 368 (nelle cause *Mascolo* e a. per il MIUR e il personale della scuola pubblica), mentre il Tribunale di Aosta negava l'applicazione del decreto legislativo n. 368/2001 nel pubblico impiego ma non poteva neanche liquidare il risarcimento dei danni di cui all'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 perché la sentenza n. 392/2012 della Cassazione, impugnata alla Corte EDU dal ricorrente Angileri per travisamento della giurisprudenza comunitaria da parte della Suprema Corte, poneva a carico del lavoratore precario l'onere (impossibile) della prova del risarcimento del danno previsto da una norma priva di presunzioni e di indicatori per la determinazione del danno "subito".

La situazione in udienza era diventata imbarazzante perché paradossalmente le due opposte tesi delle nuove ordinanze di rinvio pregiudiziale provenienti da Aosta e da Napoli sulla normativa interna applicabile si ritrovavano esattamente nelle osservazioni scritte di Poste italiane e del Governo nazionale nella causa *Carratù*.

Infatti, mentre il Governo italiano si era difeso sulla settima questione pregiudiziale al punto 35²⁴¹ delle osservazioni scritte sostenendo l'irrelevanza della questione, perché l'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 si applicava indifferentemente ai datori di lavoro pubblici e privati ammettendo implicitamente che anche il decreto legislativo n. 368/2001 abbia "portata generalizzata" come aveva già fatto nelle osservazioni scritte della causa *Affatato*, l'ignaro (le osservazioni scritte di Poste appaiono non concordate con quelle dell'Avvocatura erariale "istituzionale", per un legittimo rispetto delle autonomie professionali) Pinocchio postale ai punti 117-122 delle osservazioni scritte²⁴² ha

²⁴¹ Il punto 35 delle osservazioni scritte del Governo italiano nella causa *Carratù* è così trascritto, compresa la parte in grassetto e sottolineata: «35. Deve poi osservarsi – in relazione all'ultimo quesito – che l'applicazione retroattiva delle disposizioni in discorso, avendo portata generalizzata a tutte le controversie aventi ad oggetto i contratti a termine, non favorisce selettivamente lo Stato o altro ente pubblico, poiché le controversie sulle quali va ad incidere non hanno specificamente ad oggetto i rapporti di lavoro alle dipendenze di soggetti pubblici, ma tutti indistintamente i rapporti a termine (a tal proposito è del tutto superfluo dare risposta al settimo quesito, inerente la natura di organismo statale della società datrice di lavoro nel caso di specie).».

²⁴² Ecco cosa sostiene Poste italiane ai punti 117-122 delle sue difese per convincere la Corte a decidere in senso esattamente opposto: «117 Una ultima considerazione appare necessaria sotto un profilo di carattere sistematico. 118 L'ordinamento nazionale, relativamente alle conseguenze sanzionatorie derivanti dall'uso illegittimo del contratto a termine, prevede due distinte tecniche di tutela del lavoratore, una valevole per il lavoro privato ed una per quello pubblico. Per i rapporti di lavoro subordinato alle dipendenze della Pubblica Amministrazione opera l'art. 36 del d.lgs. 165 del 2001, per il quale la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori con contratto a termine non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, ma determina unicamente il diritto del lavoratore a vedersi corrispondere un risarcimento del danno. La diversità di regolamentazione della materia, che ha superato ampiamente il vaglio della Corte costituzionale, trova le sue ragioni sostanziali nella tutela della finanza pubblica, che viene affrancata dal rischio di vedersi depauperata da un inopinato e non preventivamente quantificabile ampliamento

riesumato la tesi del divieto di conversione nel pubblico impiego tanto amata dalla giurisprudenza nazionale.

Questa volta il divieto di conversione previsto dall'art. 36, comma 5, TUPI non è stato collegato al concorso pubblico (che Poste italiane dalla privatizzazione del novembre 1994 ad oggi non ha mai bandito), ma alla salvaguardia del bilancio dello Stato e delle finanze pubbliche, cioè alle stesse ragioni che erano state richiamate nella prima ordinanza *Vino* dell'11 novembre 2010 della Corte di giustizia per salvare la norma di favore della causale finanziaria dell'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, provvedimento che però Poste italiane si guarda bene dal citare come precedente specifico.

L'impresa pubblica, che opera in mercati ormai apertissimi alla concorrenza sul piano legislativo e regolatorio nazionale ed europeo anche per quanto riguarda il servizio postale universale, si permette di affermare nelle osservazioni scritte che il riconoscimento della natura di ente o organismo pubblico non rientrava nelle convenienze della lavoratrice, perché in questo caso avrebbe avuto diritto soltanto al risarcimento del danno e non alla conversione in contratto a tempo indeterminato, applicandosi l'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 e il famoso e accertato (così è stato definito in udienza) divieto di conversione contrattuale per violazione dell'art. 97, comma 3, della Costituzione, previsto per le pubbliche amministrazioni.

Poste italiane sia nelle osservazioni scritte depositate il 22 novembre 2012 che in quelle orali in udienza ha insistito, dunque, sulla chiamata in correità o in corresponsabilità interpretativa della Corte di giustizia sulla questione dell'art. 36, comma 5, TUPI invocando le sentenze Marrosu-Sardino e Vassallo, la sentenza *Adeneler* e l'ordinanza *Affatato*, fiduciosa, ancora una volta, in una risposta "ambigua" della Corte sul punto, ignorando però deliberatamente il fatto che la stessa posizione interpretativa era stata espressa dalla Cassazione nella sentenza n. 392/2012 e dal Consiglio di Stato nelle ordinanze di rinvio pregiudiziale definite dalla sentenza *Valenza* del 18 ottobre 2012²⁴³, che sostiene un'interpretazione "adeguatrice" dell'ordinanza *Affatato* esattamente opposta a quella opinata dalle Alte Corti nazionali.

Naturalmente, nelle osservazioni scritte della causa *Papalia* C-50/13 (che è stata decisa con l'ordinanza del 12 dicembre 2013 dal Collegio a tre del Relatore della sentenza *Valenza* Signor Fernlund, della Relatrice della sentenza *Carratù* Signora Toader e dal Relatore dell'ordinanza *Affatato* Signor Ó Caoimh), depositate il 15 maggio 2013 cioè prima della discussione della causa *Carratù*, l'Avvocatura dello Stato ha cambiato ancora una volta la versione interpretativa sia dell'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 che non si applica più al pubblico impiego se non a scelta del giudice e per analogia (punti 30 e 31) sia dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, per cui la sanzione adeguata non è più quella dell'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. 368/2001 che era stata indicata nelle osservazioni scritte della causa *Affatato* ma il risarcimento del danno che il lavoratore può provare per "presunzioni" (punto 21²⁴⁴).

dell'organico dei pubblici dipendenti. Detta disciplina è stata avallata da Codesta Ecc.ma Corte in più di una occasione (cfr. Corte giustizia europea 7 settembre 2006, cause C-53/04, *Marrosu* e C-180/04, *Vassallo*; Corte giustizia europea 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*; Corte giustizia europea ordinanza 1° ottobre 2010, causa C-3/10, *Affatato*). 119. Ciò premesso, ove si volesse accogliere la tesi prospettata dal Giudice remittente nel quesito in esame, Poste Italiane S.p.a., quale "organismo statale", sarebbe destinataria di un trattamento di peggior favore rispetto a quello previsto per le Amministrazioni Pubbliche che, come rilevato, proprio al fine di tutelare il bilancio statale, in caso di utilizzo di contratti a termine illegittimi, non sono tenute alla loro conversione, ma solo ad erogare un risarcimento. 120. Sempre seguendo la tesi del Tribunale remittente si potrebbe allora sostenere che Poste Italiane S.p.a., quale organismo statale, sia tenuta, in caso di uso illegittimo dello strumento del contratto a termine, ad applicare l'art. 36 sopra citato, e, quindi, a non convertire i contratti dichiarati illegittimi limitandosi a risarcire il danno. Sarebbe infatti irrazionale pretendere l'assimilazione della detta Società ad un organismo statale al fine di "ampliare" le conseguenze risarcitorie della illegittimità del termine per assimilarla nel contempo ad una Società privata al fine di onerarla anche della conversione del contratto dichiarato illegittimo. 121. Inoltre, la tesi sostenuta dal Tribunale remittente, secondo cui l'art. 32 del Collegato Lavoro deve ritenersi non conforme alla normativa comunitaria perché avente un effetto vantaggioso sulla finanza pubblica, contrasterebbe irrimediabilmente con il dettato dell'art. 36 citato, che, come detto, ha la – legittima – finalità di impedire che il bilancio statale venga eccessivamente gravato da un imprevedibile ampliamento dell'organico. 122. Quanto esposto evidenzia lo stravolgimento di ordine sistemico che l'eventuale accoglimento del settimo quesito formulato dal Giudice remittente comporterebbe nell'ordinamento interno dello Stato membro, così avvalorando l'inconsistenza e l'illogicità della tesi prospettata dal Tribunale di Napoli nell'ordinanza di rimessione».

²⁴³ Corte di giustizia, VI Sezione, Relatore Fernlund, sentenza del 18 ottobre 2012, in cause riunite C-302-303-304-305/11 *Valenza e a. c. AGCM*.

²⁴⁴ Il punto 21 delle osservazioni scritte del Governo italiano nella causa *Papalia* rappresenta la perla "più pregiata" del ragionamento erariale sull'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, che sarà richiamata con sarcastico disprezzo ai punti 27 e 33 dell'ordinanza *Papalia* della Corte di giustizia: «21. Inoltre, la stessa Corte di Cassazione, al fine di non aggravare l'onere probatorio in capo al lavoratore che intenda ottenere il risarcimento del danno per l'abusiva reiterazione di contratti a termine, evidenzia come l'interessato possa ricorrere alla prova presuntiva: in sostanza, si richiede al ricorrente quantomeno l'allegazione di lementi precisi e concordanti che, non potendosi qualificare come prova piena, possano almeno fondare un convincimento induttivo sul pregiudizio ragionevolmente subito dal dipendente

Il Collegio lussemburghese della causa *Carratù*, che è lo stesso nella versione a tre della causa *Papalia*, conosceva perfettamente all'udienza del 5 giugno 2013 il "gioco delle tre carte" delle due distinte difese erariali sull'applicazione e/o non applicazione dell'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010, degli artt. 1 e 5 d.lgs. n. 368/2001 e dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 ai rapporti a tempo determinato alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, come eventualmente avrebbe potuto essere considerata anche Poste italiane.

La confusione creata ad arte dalle due difese erariali creerà, dunque, un corto circuito soltanto nelle conclusioni della causa *Carratù* del 26 settembre 2013 dell'Avvocato generale Wahl.

La Corte di giustizia, dopo la sentenza Viscido, la stessa sentenza *Mangold*, le due ordinanze *Vino*, dopo la sentenza *Poste italiane contro Commissione europea* del 13 settembre 2013 (v. *infra*), sentiva probabilmente il bisogno giuridico ed etico di risolvere una volta per tutte il problema dei troppi favori fatti allo Stato italiano, per evitare di contrastare scelte di politica economica e di macroorganizzazione dell'impresa pubblica che avrebbero comportato conseguenze negative sui bilanci erariali.

f5) L'ultima sentenza di favore postale del Tribunale (di 1° grado) della Corte di giustizia

Lo fa però nel modo più clamoroso e impreveduto, sconfessando il Collegio a tre della VI Sezione del Tribunale (di 1° grado) presso la Corte di giustizia che aveva inaspettatamente, tre mesi prima con sentenza del 13 settembre 2013, in causa T-525/08, annullato la decisione della Commissione del 16 luglio 2008 n. 2009/178/CE²⁴⁵, relativa all'aiuto di Stato cui l'Italia ha dato esecuzione per remunerare i conti correnti di Poste italiane presso la Tesoreria dello Stato. Il giudizio presso il Tribunale comunitario era durato ben cinque anni e l'udienza di trattazione orale si è svolta il 25 ottobre 2012, quasi un anno prima della sentenza, con la sostituzione di due dei tre giudici della Sezione per non meglio specificato impedimento (punto 40 della sentenza). C'è sempre qualche problematicità processuale a Lussemburgo nelle cause Poste.

Peraltro, sia nelle osservazioni scritte di Poste italiane sia nelle conclusioni dell'Avvocato generale Wahl non si trova traccia della contestuale pendenza di questo giudizio, che avrebbe potuto essere utilizzato dall'Avvocato generale per confermare la tesi, seguendo le conclusioni della decisione della Commissione del 16 luglio 2008 n. 2009/178/CE, che Poste era organismo pubblico essendosi trasformata anche nell'unica Banca di Stato e braccio operativo del Ministero del Tesoro.

Nella sentenza del Tribunale di 1° grado comunitario si precisa ai punti 1 e 2 che Poste italiane è soltanto un'impresa controllata dallo Stato italiano e non un Ente pubblico e che essa fornisce il servizio postale universale ed esercita attività bancarie su tutto il territorio italiano. Le attività bancarie della ricorrente non sono comprese nei suoi obblighi di servizio di interesse economico generale. Esse sono gestite da una divisione interamente integrata, BancoPosta, che offre un servizio di conto corrente postale. Dal 2001 in poi, le caratteristiche di tale servizio sono simili a quelle di un comune conto corrente. Inoltre, la ricorrente Poste italiane colloca diversi prodotti finanziari e di investimento, tra cui alcune polizze assicurative emesse da una società da essa controllata al 100%, Poste Vita SpA.

Il Collegio a tre chiarisce al punto 5 della sentenza che la legge finanziaria n. 266/2005, la stessa in cui è stata inserita la norma di favore dell'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, con effetto retroattivo al 1° gennaio 2005, prevedeva che il Ministero e la ricorrente definissero i parametri di mercato e le modalità di calcolo del tasso di remunerazione che la ricorrente avrebbe percepito per il deposito presso la Tesoreria dello Stato delle liquidità derivanti dai conti correnti postali, regolamentati con una Convenzione del 23 febbraio 2006 entrata in vigore, con effetto retroattivo, a far data dal 1° gennaio 2005.

Con lettera del 30 dicembre 2005, l'Associazione Bancaria Italiana presentava denuncia alla Commissione delle Comunità europee contro la ricorrente. Secondo la detta Associazione, il deposito presso la Tesoreria dello Stato delle somme provenienti dai conti correnti postali (tasso d'interesse attivo) apportava alla ricorrente un interesse del 4% circa, mentre BancoPosta remunerava i conti

“abusato” con i contratti a termine reiterati. Non pare invero che l'onere della prova, così inteso, possa costituire un eccessivo aggravamento dell'esercizio del diritto tanto da renderlo in concreto di impossibile applicazione».

²⁴⁵ Pubblicata sin GUUE. serie L 64/4 del 10 marzo 2009

correnti a un tasso dell'1% circa (tasso d'interesse passivo). Il differenziale positivo tra il tasso d'interesse passivo e il tasso d'interesse attivo sarebbe superiore rispetto a quello rilevato sul mercato e rappresenterebbe pertanto un aiuto di Stato.

Il 16 luglio 2008, la Commissione ha adottato la decisione 2009/178/CE relativa all'aiuto di Stato cui l'Italia ha dato esecuzione per remunerare i conti correnti di Poste italiane presso la Tesoreria dello Stato. In tale decisione, la Commissione ha concluso che la remunerazione concessa dal Ministero alla ricorrente costituiva un aiuto di Stato incompatibile con il mercato comune e ne ha ordinato il recupero. Per quanto riguarda, in primo luogo, la massa delle somme depositate, la Commissione ha rilevato che essa ammontava a 35 miliardi di euro. La Commissione ha sottolineato la rilevanza di un prestito di tale importo concesso da un unico mutuante. Tuttavia, essa ha rilevato che il Ministero aveva emesso titoli per un ammontare complessivo di 400 miliardi di euro durante il periodo 2001-2005, e che la domanda di tali titoli era stata superiore all'offerta, così che non si poteva parlare di penuria di fondi sul mercato durante quel periodo (punto 124 della decisione impugnata). Per quanto riguarda, in secondo luogo, la stabilità delle somme depositate, la Commissione ha ritenuto che il 10% della massa delle somme depositate fosse volatile, e che il 90% fosse stabile (punto 133 della decisione impugnata).

Insomma, BancoPosta operava ed opera come Banca di Stato, drenando liquidità a condizioni di tasso attivo sui conti correnti più favorevoli di quelli concessi dalle banche private e immobilizzando, sostanzialmente, le risorse finanziarie raccolte con il deposito presso la Tesoreria di Stato.

Il Tribunale comunitario (di 1° grado) però con la sentenza del 13 settembre 2013 ha annullato la decisione della Commissione, affermando la legittimità del comportamento di Poste italiane come impresa privata che svolge servizi bancari e la insussistenza di aiuti di Stato.

Subito dopo Poste italiane s.p.a. ha acquisito un cospicuo pacchetto azionario di Alitalia per 75 milioni di euro, con la segnalazione ancora una volta dell'esistenza di aiuti di Stato da parte, in particolare, della Gran Bretagna.

f6) La Corte europea con la sentenza *Carratù* riforma tutte le decisioni di favore postale-statale

Durissima e sintetica la risposta della Corte di giustizia (che agisce come Giudice di appello avverso le sentenze in prime cure del Tribunale comunitario di Lussemburgo) con la sentenza *Carratù* ai punti 30-31, che stigmatizza implicitamente sia l'omertà di Poste italiane nelle osservazioni scritte sia la distrazione dell'Avvocato generale sull'esistenza di una causa comunitaria che durava da cinque anni e riguardava una questione fondamentale sull'impugnativa di una decisione della Commissione per acclarare la natura pubblica o privata dell'azienda di Stato: «30 Nella fattispecie in esame, dalla domanda di pronuncia pregiudiziale e dalle osservazioni presentate alla Corte risulta che, come rilevato dall'avvocato generale nei paragrafi 106 e seguenti delle sue conclusioni, Poste Italiane è interamente posseduta dallo Stato italiano mediante il suo azionista unico, il Ministero dell'Economia e delle Finanze. Inoltre, essa è posta sotto il controllo dello Stato e della Corte dei Conti, un membro della quale siede nel consiglio di amministrazione. 31 Di conseguenza, si deve rispondere alla settima questione dichiarando che la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che può essere fatta valere direttamente nei confronti di un ente pubblico, quale Poste Italiane».

Rispetto, poi, all'eccezione proposta nelle osservazioni scritte da Poste italiane sull'applicabilità dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 la sentenza *Carratù* si limita a trascrivere la normativa interna applicabile alla fattispecie, cioè l'art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001 e non vi è traccia della specifica "norma sanzionatoria" che punirebbe gli abusi delle pubbliche amministrazioni.

L'interpretazione è chiara e non più modificabile, soprattutto alla luce delle pregiudiziali sul precariato pubblico che dovranno ancora essere definite: il decreto legislativo n. 368 del 2001 si applica a tutti i datori di lavoro pubblici e privati come normativa unica di recepimento della direttiva 1999/70/CE e altre disposizioni che limitano o annullano la tutela già riconosciuta ai lavoratori a tempo determinato dagli artt. 1, 3, 4 e 5 d.lgs. n. 368/2001 non potranno trovare applicazione per la violazione della clausola 4, comma 1, dell'accordo quadro comunitario, anche se si tratta di un primo e

unico contratto a tempo determinato. Cadono nel dimenticatoio delle interpretazioni non più possibili le ambigue sentenze Marrosu-Sardino e Vassallo, e anche l'ordinanza *Affatato*, che avevano tentato di risolvere il modo non traumatico la complessa problematica del precariato pubblico, dando indicazioni che il legislatore distratto ha accolto solo in parte con le stabilizzazioni delle leggi finanziarie n. 296/2006 e n. 244/2007.

Di concorso pubblico la Corte di giustizia non parlerà più (in realtà, non ne ha mai parlato neanche nella sentenza *Marrosu-Sardino* se non riferendo al punto 16 la posizione della Corte costituzionale nella decisione n. 89/2003), perché concorsi pubblici non li hanno fatti i precari dell'Ente pubblico Poste italiane, i precari dell'Ente pubblico Rete ferroviaria italiana, i precari delle Autorità indipendenti, e i concorsi pubblici sono stati bloccati per troppi anni per il personale docente supplente della scuola pubblica, come affermato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale.

Vi sono, però, ulteriori elementi da cui poter ricavare i motivi della gravissima censura etico-istituzionale ai comportamenti dello Stato postale della Corte di giustizia, perché, pur nel silenzio di ogni commento immediato sui mezzi di informazione (anche tra i comunicati stampa della Corte comunitaria), ogni interprete in buona fede coglie immediatamente l'importanza e il carattere destrutturante - per un intero sistema di intervento dello Stato italiano nell'economia - della pronuncia sulla natura pubblica di Poste italiane formulata nella sentenza *Carratù*.

f7) La sentenza *Bruno* della Corte di giustizia e il sistema previdenziale pubblico di Alitalia e Poste

La citazione mirata di tre sentenze ci aiuta ad orientarci negli umori giuridici della Corte. Di una si è già fatto cenno, trattandosi della sentenza *Bruno e a.* del 10 giugno 2010 in cause riunite C-395/08 e C-396/08 sulla equiparazione delle pensioni di anzianità Inps dei piloti della impresa pubblica Alitalia, per l'appunto, citata al punto 35 per la soluzione della quarta questione.

Sembra a chi scrive che sia chiaro il riferimento (e la censura) alle pratiche legislative di favore erariale dell'art. 2 d.lgs. n. 368/2001. Infatti, come era stato evidenziato nelle osservazioni scritte della causa *Vino* dalla difesa del lavoratore, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001, non vi era alcun dubbio che si trattasse di una norma di favore per il settore del trasporto aereo e dei servizi aeroportuali, che consentiva una maggiore flessibilità nell'utilizzo dei contratti a termine, fino alla sistematica precarizzazione dei rapporti e all'assenza di contenzioso finalizzato alla riqualificazione.

Esempio evidente è stato proprio quello dei lavoratori a tempo determinato di Alitalia s.p.a. che nel 2008, al momento della crisi irreversibile dell'impresa pubblica, non hanno potuto beneficiare neanche degli ammortizzatori sociali previsti per i loro colleghi in servizio a tempo indeterminato (e alla riassunzione presso la nuova Alitalia s.p.a. non più pubblica), a causa della precarizzazione e della non stabilizzazione di una pluralità di rapporti a tempo determinato, pur avendo un'anzianità di servizio aziendale di anni.

Qual'è stata la convenienza economica per l'impresa pubblica Alitalia di precarizzare migliaia di rapporti a tempo determinato? La risposta, come al solito, è legata non solo alla opportunità organizzativa di utilizzare del personale per periodi di (complessivi) dieci mesi all'anno (vantaggio competitivo già molto significativo, in questo caso però a parità di condizioni con le altre imprese del settore), quanto piuttosto ai risparmi "fiscali" sul costo del lavoro.

Infatti, anche il trattamento previdenziale e pensionistico dei dipendenti Alitalia è stato assoggettato alle regole del pubblico impiego, presso l'assicurazione generale obbligatoria Inps, con esonero dal versamento dei contributi di disoccupazione, cassa integrazione guadagni, maternità, malattia fino al 31 dicembre 2008. Questa situazione è stata ben evidenziata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Bruno e a.* proprio sul regime pensionistico dei dipendenti Alitalia assunti a tempo indeterminato con *part-time* verticale ciclico, in cui da un lato la CGUE sottolinea la natura professionale e non legale dello specifico sistema pensionistico ai fini dell'applicazione del principio di parità di trattamento e non discriminazione (rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato "comparabili" con orario pieno), dall'altro evidenzia che la rilevata «disparità di trattamento viene

accentuata dal fatto che il tempo parziale di tipo verticale ciclico è la sola modalità di lavoro a tempo parziale offerta al personale di cabina dell'Alitalia.» (punti 67 e 79).

Le due modalità di espletamento dell'attività lavorativa presso la neo-partecipata Alitalia con contratto a tempo indeterminato con orario parziale di tipo verticale ciclico (25% di riduzione su base annuale) o con contratto a tempo determinato ai sensi dell'art. 1, comma 2, lettera f), legge n. 230/1962 (e, poi, ai sensi dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 368/2001) per dieci mesi in un anno solare (17% minimo di riduzione) rispondono alle stesse logiche di risparmio fiscale, oltre che di vantaggio organizzativo. Le conseguenze negative per i lavoratori sono diverse, ma ugualmente rilevanti.

Sempre la Corte di giustizia²⁴⁶ ha censurato la normativa nazionale che, mantenendo in vigore le disposizioni di cui all'art. 47, commi 5 e 6, della legge n. 428/1990, per il caso di "crisi aziendale" concessa ai sensi dell'art. 2, comma 5, lett. C, della legge n. 675/1977, non garantisce ai lavoratori i diritti riconosciuti dall'art. 3, nn. 1, 3 e 4 (mantenimento delle stesse condizioni di lavoro e contrattuali tra il datore di lavoro cedente e l'impresa cessionaria), nonché dall'art. 4 (divieto di licenziamento per causa del trasferimento) della direttiva 2001/23/CE, contenente norme relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti.

La complessa vicenda processuale, conclusasi con la condanna della Repubblica italiana ad ottemperare agli obblighi ad essa incombenti in forza della direttiva in materia di trasferimenti di imprese, non aveva, probabilmente, ricadute dirette nel nostro ordinamento su un'unica eccezionale situazione nazionale ancora da definire: il caso Alitalia, in relazione non soltanto alla dichiarazione di stato di crisi aziendale *ex art. 2, comma 5, lett. C, della legge n. 675/1977* (di cui Alitalia ha beneficiato prima dell'apertura della procedura di amministrazione straordinaria), su cui è intervenuta specificamente la censura della Corte di giustizia.

Infatti, il vero problema dell'accordo sindacale con cui è stata prevista la non applicazione delle garanzie dell'art. 2112 c.c. al personale Alitalia passato prima alle dipendenze Cai (ridiventata Alitalia) è che esso non è comunque rispettoso della previsione dell'art. 47, comma 5, della legge n. 428/1990 ai fini della esclusione delle tutele al personale trasferito da imprese in crisi, in quanto Alitalia, collocata in amministrazione straordinaria, non solo non ha mai di fatto cessato la propria attività, che ha continuato senza soluzione di continuità con la Cai/Alitalia, ma l'accordo sindacale del 26 settembre 2008 ha preceduto il trasferimento dell'attività a Cai (1° dicembre 2008), con contestuale nuova assunzione dei lavoratori "ceduti". La sentenza della Corte di giustizia nella causa C-561/07 è molto chiara sul punto: «45 Orbene, è pacifico che l'art. 47, quinto comma, della legge n. 428/1990 priva puramente e semplicemente i lavoratori, in caso di trasferimento di un'impresa di cui sia stato accertato lo stato di crisi, delle garanzie previste dagli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23 e non si limita, di conseguenza, ad una modifica delle condizioni di lavoro quale è autorizzata dall'art. 5, n. 3, della direttiva 2001/23. 46 Contrariamente a quanto sostenuto dalla Repubblica italiana, la modifica delle condizioni di lavoro ai sensi dell'art. 5, n. 3, della direttiva 2001/23 non può rappresentare una deroga specifica alla garanzia prevista dall'art. 3, n. 3, della direttiva stessa, che garantisce il mantenimento delle condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo per un periodo non inferiore ad un anno dopo il trasferimento. Infatti, poiché le norme della direttiva 2001/23 vanno ritenute imperative nel senso che non è consentito derogarvi in senso sfavorevole ai lavoratori, i diritti e gli obblighi in capo al cedente risultanti da un contratto collettivo in essere alla data del trasferimento si trasmettono *ipso iure* al cessionario per il solo fatto del trasferimento (v. sentenza 9 marzo 2006, causa C-499/04, *Werhof*, in Raccolta, p. I-2397, punti 26 e 27). Ne discende che la modifica delle condizioni di lavoro autorizzata dall'art. 5, n. 3, della direttiva 2001/23 presuppone che il trasferimento al cessionario dei diritti dei lavoratori abbia già avuto luogo.».

Naturalmente, lo Stato italiano per la sua *ex* impresa pubblica si è subito adeguato alla decisione della Corte di giustizia e, con legge n. 166/2009, in sede di conversione del dl. n. 135/2009, all'art. 19-*quater* ha effettivamente soppresso il riferimento nel comma 5 dell'art. 47 della legge n. 428/1990 all'accertamento dello stato di crisi aziendale (parte della norma censurata), ma ha tentato di legittimare *ex post* l'accordo sindacale Alitalia/Cai inserendo il seguente comma 4-*bis* nel testo dello stesso art. 47 della legge n. 428/1990: «Nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, l'articolo 2112 del codice civile trova applicazione nei

²⁴⁶ Corte di giustizia, Sezione II, sentenza dell'11 giugno 2009, causa C-561/07, *Commissione c. Italia*.

termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo qualora il trasferimento riguardi aziende: a) delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, ai sensi dell'articolo 2, quinto comma, lettera c), della legge 12 agosto 1977, n. 675; b) per le quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria, ai sensi del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività». Sostiene la dottrina²⁴⁷ sul punto: «Con perfetto stile italico, dunque, il legislatore si è adeguato alla condanna mutando in versione implicita (mercè il riconoscimento di illimitati poteri negoziali alle parti) la formulazione esplicita in precedenza prescelta per l'art. 47 l. n. 428 del 1990».

E' nota anche la decisione della Commissione C(2008) 6743, del 12 novembre 2008, in merito alla restituzione del prestito illegittimo di 300 milioni di euro cui l'Italia ha dato esecuzione a favore della compagnia aerea Alitalia [aiuto n. C 26/08 (*ex NN* 31/08)]. Sono noti anche i costi enormi per la collettività del finanziamento degli ammortizzatori sociali in deroga di lungo periodo per l'azienda pubblica decotta. L'acquisto delle azioni della nuova Alitalia da parte di Poste italiane ha evidentemente colmato la misura della pazienza della Corte di giustizia.

f8) La sentenza *Kuso* e l'applicazione diretta agli organismi pubblici della normativa europea

Altra decisione che fornisce indicazioni precise sulle scelte interpretative operate dalla Corte di giustizia nella sentenza *Carratù* in merito alla "valorizzazione" della natura pubblica del datore di lavoro è la sentenza *Kuso* del 12 settembre 2013, in causa C-614/11, citata al punto 30 proprio in relazione alla soluzione della settima questione pregiudiziale.

Nella sentenza *Kuso* al punto 32 la V Sezione della Corte dichiara ancora una volta, da un lato, che l'articolo 3 della direttiva 76/207 sul divieto di discriminazione per sesso, è incondizionato e sufficientemente preciso per essere fatto valere da un singolo nei confronti dello Stato (v. sentenze del 26 febbraio 1986, *Marshall*, 152/84, in Raccolta, p. 723, punto 52, e del 12 luglio 1990, *Foster e a.*, C-188/89, in Raccolta, p. I-3313, punto 21), e, dall'altro, che, tra gli enti ai quali si possono opporre le norme di una direttiva idonee a produrre effetti diretti figura un organismo, il quale, indipendentemente dalla sua forma giuridica, è stato incaricato, con un atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico e che dispone a questo scopo di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti tra singoli (v., in tal senso, sentenza *Foster e a.*, cit., punto 22). Come osservato dal Giudice del rinvio, senza che tale rilievo sia stato contestato dalle parti nel procedimento principale o dalla Commissione, la NÖ-LLWK figura tra gli organismi aventi poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti tra singoli.

Da notare che, viceversa, nella sentenza *Carratù*, la Corte di giustizia non fa il minimo cenno alle articolate motivazioni con cui nelle osservazioni scritte Poste italiane aveva escluso la natura pubblica dell'impresa, indicando anche a sostegno del carattere privatistico dell'azienda la decisione della Commissione europea del 2008 su BancoPosta, che sarà poi annullata dalla sentenza del 13 settembre 2013 del Tribunale comunitario. La difesa di Poste italiane non ha il minimo spazio, tranne che sulle eccezioni di irricevibilità che vengono rigettate, nella motivazione della sentenza del 12 dicembre 2013: è la parziale legge del contrappasso rispetto alla causa *Vino* C-20/10, in cui le osservazioni scritte del lavoratore sono state totalmente ignorate nella motivazione della ordinanza dell'11 novembre 2010, in un processo che non si è mai fatto e che ora la Corte di giustizia ricostruisce e decide con altra motivazione, assicurando una tutela fortissima ai lavoratori precari pubblici.

Nella sentenza *Kuso* la Corte ha concluso che l'articolo 3, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro, come modificata dalla direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, deve essere interpretato nel senso che una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, consistente in un regime di lavoro che formi parte integrante di un contratto di lavoro concluso prima dell'adesione dello Stato membro interessato all'Unione europea, e che preveda che il rapporto di lavoro cessi al

²⁴⁷ A. M. PERRINO, *Le deroghe delle tutele dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda di imprenditore in crisi o insolvente tra i reiterati inadempimenti del legislatore nazionale*, in *FI*, 2010, IV, p.269. Sottolinea l'ambiguità della norma anche C. Cester, in *RIDL*, 2010, II, p. 241.

raggiungimento dell'età pensionabile, la quale differisca in funzione del sesso del lavoratore, costituisce una discriminazione diretta vietata da detta direttiva, qualora il lavoratore interessato raggiunga tale età in un momento successivo all'adesione.

La scelta di questa decisione nel sostenere le ragioni della soluzione data sull'art. 32, commi da 5 a 7, della legge n. 183/2010 nella sentenza *Carratù* appare, dunque, anche legata alla contribuzione del pubblico impiego e alla segnalazione che la difesa della lavoratrice aveva fatto e che la Corte ha raccolto che la discriminazione tra lavoratori (nel caso di specie tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato comparabili) sulle condizioni di impiego da parte di un Ente pubblico dipende dal mancato versamento effettivo della contribuzione obbligatoria e dalle cospicue rendite di posizione economica e finanziaria di un soggetto che si finge impresa privata, ma opera con la forza e l'arroganza dello Stato, nel dispregio delle regole sostanziali e processuali che è in grado di modificare in qualsiasi momento a proprio vantaggio. Quindi, la Corte di giustizia recepisce integralmente le indicazioni della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo riportate nelle osservazioni scritte di Poste italiane, sul fatto che la norma convenzionale dell'art. 6 della CEDU è violata solo quando è lo Stato che impone le regole retroattive a proprio vantaggio. Infatti, secondo la sentenza *Carratù*, Poste è Stato.

f9) La sentenza *Impact* e l'obbligo degli Stati di conformazione alla direttiva 1999/70/CE e di rispettare le scelte legislative già attuate

Altra fondamentale decisione richiamata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Carratù* per la soluzione della settima questione è la *Impact* della Grande Sezione, in cui la Corte affronta l'interpretazione sia della clausola 4 che della clausola 5 dell'accordo quadro comunitario, seppure in relazione ad una "successione di contratti" e non ad un primo e unico contratto a tempo determinato. Dopo l'inizio della procedura di infrazione per mancato tempestivo recepimento della direttiva 1999/70/CE, la sentenza *Impact* ci fornisce utili elementi per ricostruire come l'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato è stato recepito nell'ordinamento irlandese dalla legge n. 29/2003 *Protection of Employees (Fixed-Term Work) Act 2003*, sulla tutela dei lavoratori impiegati a tempo determinato, entrata in vigore il 14 luglio 2003.

L'art. 9 della legge del 2003 ha trasposto la clausola 5 dell'accordo quadro. Esso prevede al n. 1 che il rapporto di lavoro a tempo determinato di un lavoratore il quale, alla data di adozione di tale legge o successivamente ad essa, abbia completato il terzo anno di lavoro consecutivo presso il suo datore di lavoro o un datore di lavoro associato possa essere rinnovato solamente una volta e per un periodo di un anno al massimo. Ai sensi dell'art. 9, n. 3, della stessa legge, le condizioni inserite in un contratto di lavoro in violazione del n. 1 di tale articolo sono inefficaci ed il contratto in questione si reputa concluso a tempo indeterminato.

Un datore di lavoro, senza distinzioni tra lavoro pubblico e lavoro privato, può tuttavia derogare, per ragioni oggettive, agli obblighi derivanti dall'art. 9 della legge n. 29/2003. La nozione di ragioni oggettive è specificata all'art. 7 di tale legge. In buona sostanza, l'ordinamento irlandese fonda la misura preventiva antiabusiva sulla durata massima complessiva dei contratti o rapporti di lavoro successivi [clausola 5, n. 1, lett.b), dell'accordo quadro comunitario] con lo stesso datore di lavoro e senza distinzione di mansioni (a differenza di quella "omologa" dell'art. 5, comma 4 *bis*, d.lgs. n. 368/2001 che sarà introdotta in Italia soltanto con decorrenza giuridica dal 1° gennaio 2008 e con decorrenza effettiva dal 1° aprile 2009).

L'art. 14, n. 1, della legge del 2003 ha previsto che un lavoratore o il sindacato cui sia iscritto possa indirizzare una domanda fondata su una violazione della suddetta legge ad un *rights commissioner* che è tenuto ad esaminare la domanda e ad emanare una decisione per iscritto. Se la domanda è accolta, quest'ultimo può accordare un risarcimento secondo le modalità previste dall'art. 14, n. 2, della suddetta legge, cioè un indennizzo fino ad un massimo di due retribuzioni annuali (ricorda l'*astreinte* delle venti mensilità di retribuzione, che in Italia la giurisprudenza di merito ha riconosciuto spesso al precariato pubblico in applicazione analogica dell'art. 18, commi 4 e 5, della legge n. 300/70), che corrisponde all'importo massimo che può liquidare lo stesso Ufficio "giudicante" in caso di licenziamenti illegittimi.

Nel giudizio principale il *rights commissioner* ha accordato ai ricorrenti un indennizzo pecuniario variabile da 2.000 a 40.000 euro e ha ordinato ai datori di lavoro la trasformazione in contratto a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a termine che avessero superato le condizioni dell'art. 9, n. 1, della legge n. 29/2003 (più di tre anni, salvo proroga annuale legittima).

La Corte di giustizia nella sentenza *Carratù* indica l'importantissimo precedente del 15 aprile 2008 della causa *Impact* non casualmente, non solo per ricordare al punto 28 che la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro appare, sotto il profilo del suo contenuto, categorica e tanto precisa da poter essere invocata da un soggetto dell'ordinamento dinanzi ad un Giudice nazionale (sentenza *Impact*, punto 68), il che, in teoria, dovrebbe portare ad escludere la rilevanza della questione sulla natura pubblica o privata di Poste italiane.

Viceversa, il richiamo della sentenza *Impact* nella decisione *Carratù* serve alla Corte di giustizia a mettere il legislatore nazionale e lo Stato italiano, cioè Poste italiane, di fronte alle scelte fatte nell'applicazione della direttiva 1999/70/CE con il decreto legislativo n. 368 del 2001 sia per i datori di lavoro pubblici che per quelli privati, senza differenziazione di situazioni, imponendone la coerenza.

L'Italia, dice in sostanza la Corte di giustizia, ha fatto la scelta di attuare la clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro comunitario prevedendo come unica misura preventiva per evitare l'utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato (e per ogni singolo contratto a tempo determinato senza distinguere tra lavoratori privati o pubblici, come nel caso *Impact* e, ora, come nel caso Poste) la causalità necessaria della sussistenza e della specificazione scritta delle ragioni oggettive temporanee sin dal primo ed eventualmente unico rapporto a termine, ai sensi dell'art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001 e questa scelta discrezionale dello Stato membro nella misura adeguata adottata nel corretto recepimento della direttiva 1999/70/CE non può essere messa in discussione da norme successive che ne vanno a impedire o a ostacolare il livello di tutela già assicurato.

Coerentemente, infatti, la Corte di giustizia nella sentenza *Impact* ha ritenuto legittimo e compatibile con la normativa comunitaria il diverso comportamento della Repubblica irlandese, che non ha ritenuto di adottare la misura preventiva delle ragioni oggettive prevista dalla clausola 5, n. 1, lettera a) dell'accordo quadro, ma quelle della durata massima complessiva e del numero massimo dei rinnovi di cui alle altre lettere della stessa disposizione comunitaria, ai punti da 75 a 78: «75 Orbene, nel caso di specie, non può accogliersi il suggerimento della Commissione secondo cui la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro determinerebbe anche una siffatta protezione materiale minima in quanto esigerebbe, in assenza di qualsiasi altra misura destinata a lottare contro gli abusi o, almeno, di misura sufficientemente efficace, oggettiva e trasparente a tal fine, che ragioni obiettive giustifichino il rinnovo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi. 76 Infatti, da una parte, se è vero, come la Corte ha sottolineato al punto 67 della citata sentenza *Adeneler* e a., a tenore del punto 7 delle considerazioni generali dell'accordo quadro, le parti firmatarie di quest'ultimo hanno considerato che «l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato basata su ragioni obiettive è un modo di prevenire gli abusi», resta il fatto che la lettura patrocinata dalla Commissione equivarrebbe ad istituire una gerarchia tra le diverse misure di cui alla clausola 5, punto 1, del suddetto accordo quadro, mentre i termini stessi di tale disposizione indicano senza equivoco che le diverse misure prese in considerazione sono concepite come «equivalenti». 77 D'altra parte, come ha rilevato anche l'avvocato generale al paragrafo 116 delle sue conclusioni, l'interpretazione suggerita dalla Commissione avrebbe per conseguenza di privare di qualsiasi senso la scelta di mezzi consentita dalla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, dato che essa permetterebbe ad un singolo di eccipire l'assenza di ragioni obiettive al fine di contestare il rinnovo del suo contratto a tempo determinato, quand'anche tale rinnovo non infrangesse le regole relative alla durata massima totale o al numero di rinnovi che lo Stato membro interessato avrebbe adottato conformemente alle opzioni offerte dalla suddetta clausola 5, punto 1, lett. b) e c). 78 Contrariamente a quanto ammesso nella causa all'origine delle sentenze citate al punto 72 della presente sentenza, non è quindi possibile nella presente causa determinare in maniera sufficiente la protezione minima che dovrebbe comunque essere attuata in virtù della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro. 79 Ne consegue che tale disposizione non appare, sotto il profilo del suo contenuto, incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale».

Chiaro, dunque, il significato della scelta fatta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Carratù* di anticipare e risolvere la trattazione della settima questione: in base al combinato disposto della clausola 4, n. 1 e 5, nn. 1 e 2, dell'accordo quadro comunitario lo Stato come datore di lavoro non può approfittare della propria ingerenza e forza contrattuale per modificare a proprio favore le scelte originariamente operate dal legislatore nazionale nella individuazione dell'unica misura preventiva più idonea ad evitare l'utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato, perché, una volta recepita la direttiva comunitaria, la clausola 4, n. 1, impedisce la modifica peggiorativa della tutela assicurata che, per l'ordinamento interno, è quella speciale/civilistica prevista dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001 per ogni singolo contratto a termine anche nel pubblico impiego.

f10) La sentenza *Carratù* e la sanzione permanente agli abusi dello Stato postale e previdenziale

La Corte, dunque, ha recepito positivamente le informazioni ricevute dalla difesa della lavoratrice sulla necessità di rispondere anche (e soprattutto) al settimo quesito sull'esistenza di due Stati italiani, uno di diritto che fa capo ai Giudici nazionali rimettenti e all'Avvocatura libera nell'esercizio comune della funzione giurisdizionale, l'altro "di fatto" costruito come un *Moloch* refrattario al rispetto di ogni regola e anzi autogeneratore di nuove regole prive del carattere di legalità costituzionale ed europea.

Nei dieci anni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001 l'ordinamento interno sulle materie giuslavoristiche e previdenziali è stato destabilizzato e sistematicamente demolito nelle sue fondamenta dalla nascita e dal radicamento di una struttura parallela allo Stato di diritto, un vero e proprio impero finanziario, previdenziale e fiscale, guidato in totale autonomia da privati cittadini in oligarchica perfetta intesa tra di loro, senza alcun vincolo istituzionale, costituzionale, amministrativo, contabile con strutture o organi della pubblica amministrazione, in grado di controllarne l'effettività dell'azione e la coerenza con obiettivi collettivi, nazionali ed europei di finanza pubblica.

Nelle osservazioni scritte del lavoratore nella causa *Vino*, C-20/10, si era evidenziato sul precariato pubblico che Poste italiane s.p.a. operava con i caratteri di organismo pubblico sotto la forma dell'impresa "privatistica" attraverso la leva fiscale, cioè la possibilità di minori costi operativi e di risparmi di spesa, spesso trasferiti alla fiscalità generale, fondati sul sistema contributivo e previdenziale dei propri dipendenti, secondo le regole proprie del pubblico impiego e non dei lavoratori dipendenti dalle imprese private.

Il processo di privatizzazione dell'impresa pubblica, iniziato con il dl. dell'1 dicembre 1993, n. 487²⁴⁸, ha riguardato soltanto il rapporto sostanziale di lavoro e non il rapporto giuridico previdenziale e quello contributivo, regolati secondo il sistema del pubblico impiego con prestazioni previdenziali (trattamento di buonuscita) e pensionistiche affidate all'Ipost, così come il personale statale era affidato all'Istituto previdenziale Inpdap. Il sistema pensionistico del pubblico impiego, secondo la Corte di giustizia ai punti 51-53 della sentenza sulla discriminazione tra uomo e donna nell'accesso alla pensione di vecchiaia, non ha funzionato da un punto di vista finanziario come un sistema legale di pensione, ma come un sistema a retribuzione differita²⁴⁹.

Solo a decorrere dal 1° gennaio 1996 le amministrazioni pubbliche (quindi anche Poste italiane) sono tenute al versamento di una contribuzione, rapportata alla base imponibile, per un'aliquota di finanziamento, al netto degli incrementi contributivi di cui all'articolo 3, comma 24, complessivamente pari a 32 punti percentuali, di cui 8,20 punti a carico del dipendente (art. 2, comma 2, legge n. 335/1995, cosiddetta Riforma Dini).

Il sistema pensionistico italiano, sia nel pubblico impiego (Inps, Ipost) che nell'impiego privato (INPS), avrebbe dovuto funzionare ancora oggi, dopo la riforma Fornero sulle pensioni, secondo il metodo a ripartizione, cioè i contributi versati per conto dei lavoratori in servizio avrebbero dovuto essere utilizzati per il pagamento dei dipendenti in pensione, salvo integrazioni in caso di bilancio negativo per l'Ente previdenziale a carico della fiscalità generale.

²⁴⁸ Convertito con modifiche in legge del 29 gennaio 1994, n. 71.

²⁴⁹ CGUE, IV Sezione, sentenza del 13 novembre 2008, causa C-46/07, *Commissione c. Repubblica italiana e Inpdap*.

Il trattamento di fine rapporto maturato per i neo assunti dal 1° gennaio 1996 veniva liquidato dall'Inpdap, il cui accantonamento, tuttavia, nella misura del 6,91% della retribuzione era ed è soltanto figurativo e non finanziario.

E' stato subito evidente che il sistema di finanziamento della previdenza del pubblico impiego fosse inadeguato rispetto al metodo a ripartizione iniziato soltanto dal 1° gennaio 1996 e senza la creazione di una rete informatica che garantisse ai lavoratori pubblici di conoscere la posizione individuale assicurativa, costruita al momento del verificarsi dei presupposti della pensione sulla base dei prospetti cartacei predisposti dalla stessa pubblica amministrazione di appartenenza, non dall'Inpdap o dall'Ipost.

Nasce, allora, nel marzo 2001²⁵⁰, come già anticipato, una struttura giuridica parallela allo Stato e agli Enti pubblici non economici, in grado di assicurare a singoli individui il controllo "strategico" delle stesse pubbliche amministrazioni che ne hanno versato il capitale sociale, con la costituzione di Italia Previdenza – Società italiana di servizi per la previdenza integrativa S.I.S.P.I. s.p.a., con capitale versato dall'Inps (65%) e dall'Ipost (35%), con sede legale presso l'Ipost, con parere positivo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nonostante l'evidente violazione della normativa *antitrust*, trattandosi del maggiore Ente previdenziale per i lavoratori privati e di un Ente previdenziale per un numero significativo di pensionati della maggiore impresa pubblica. Nessuna specifica previsione, infatti, disciplinava la separatezza contabile dell'attività di previdenza integrativa rispetto a quella istituzionale di due Enti assolutamente diversi nelle forme di finanziamento e di reperimento delle risorse per la previdenza obbligatoria.

L'Inps dal 2005 ha preso il controllo anche di Equitalia s.p.a.²⁵¹, cioè del sistema di riscossione delle entrate statali a proprietà pubblica che ha sostituito le concessionarie private, favorendo una incredibile commistione di funzioni pubbliche e private senza controllo effettivo e fino allo scambio di strumenti finanziari, controllando direttamente anche Poste italiane s.p.a. attraverso la contribuzione e l'erogazione delle prestazioni pensionistiche e previdenziali e attraverso la citata *holding* "nascosta".

Il 29 dicembre 2008, infatti, l'assemblea dei soci della S.I.S.P.I. s.p.a. (Italia Previdenza), al termine dei quattro mesi di Governo assoluto (senza neanche il controllo del Civ) dell'Inps da parte del Presidente/Commissario, ha modificato l'oggetto sociale e, in palese violazione della normativa in materia di previdenza integrativa e complementare, ha previsto che l'attività di servizi nell'area della previdenza in generale e dei fondi pensione in particolare si svolgesse non più al di fuori, ma «in sinergia con la realizzazione dei compiti istituzionali da parte dell'Inps e dell'Ipost. Tali servizi saranno svolti nell'ambito di un controllo strategico degli Istituti che partecipano al capitale sociale.».

fl1) La sentenza Carratù e gli effetti sugli interventi irregolari dello Stato previdenziale in economia e nell'auto-amministrazione privata della funzione giurisdizionale pubblica

Una inchiesta della televisione pubblica²⁵², trasmessa il 25 aprile 2010, ha svelato l'anomalo commissariamento dell'Inps già dal settembre 2008 attraverso una serie di decreti interministeriali di Tremonti e Sacconi che la Corte dei conti segnalerà nelle relazioni ai bilanci 2008, 2009 e 2010 dell'Inps come irregolari, e ha evidenziato tutte le situazioni di maggiore criticità del sistema previdenziale e pensionistico anche per quanto riguardava l'Inpdap e il pubblico impiego, come la incerta copertura contributiva e previdenziale dei rapporti di parasubordinazione, l'eccessività dei poteri detenuti dal Presidente dell'Inps ormai da oltre un anno e mezzo, i rilievi della Corte dei Conti nella relazione al bilancio 2008, l'esistenza di situazioni di sottotutela previdenziale dei contratti atipici

²⁵⁰ La ricostruzione dei fatti che segue è riportata in V. DE MICHELE, *Dal libro bianco di Biagi alle sentenze Agrati-Scattolon delle Corti sovranazionali: il rilancio della casa comune europea parte dalla difesa sostenibile del welfare*, cit., pp. 303-365.

²⁵¹ La partecipazione societaria e finanziaria dell'Inps viene perfezionata nel 2005 con Equitalia s.p.a., la società per azioni a totale capitale pubblico (51% Agenzia delle entrate e 49% Inps), incaricata dell'esercizio dell'attività di riscossione nazionale dei tributi e contributi. Infatti, a decorrere dal 1° ottobre 2006 l'art. 3 dl. n. 203/2005 (convertito con modificazioni, nella legge n. 248/2005), ha ricondotto l'attività di riscossione sotto l'apparente direzione della pubblica amministrazione, attribuendo le relative funzioni all'Agenzia delle entrate che le esercita tramite Equitalia (da ottobre 2006 a marzo 2007 il nome era Riscossione SpA). In precedenza tale compito era affidato in concessione a circa 40 enti tra istituti bancari e privati. Sin dal momento della costituzione di Equitalia s.p.a. con atto del 27 ottobre 2005 il dott. Mastrapasqua è nominato Vice Presidente del consiglio di amministrazione della holding pubblica dei tributi.

²⁵² Rai Report, trasmissione del 25 aprile 2010, inchiesta dal titolo "Il futuro è passato", su www.report.rai.it.

e, in particolare, dei contratti di collaborazione continuativa, collassati da un contenzioso seriale inspiegabile con decine di migliaia di cause (circa 80.000) su differenze di disoccupazione agricola che avrebbero potuto essere già definite in via transattiva o amministrativa dall'Istituto, in base ad accordo transattivo collettivo del giugno 2008 tra legali dei Patronati ed Istituto²⁵³, che invece il Commissario Mastrapasqua aveva rifiutato di conciliare, con enorme danno erariale.

In effetti, il privato cittadino commercialista Presidente/Commissario Mastrapasqua ha ristrutturato radicalmente la *governance* dell'Ente, utilizzando tutte le possibilità concessegli dall'art. 72 dl. n. 112/2008, in particolare, accorpando le direzioni centrali dell'Inps da 27 a 12, collocando in pensione anticipatamente n. 15 dirigenti generali che avevano maturato i 40 anni di anzianità contributiva (art. 72, comma 11). Contestualmente, era stato trattenuto in servizio fino al 72° anno di età il dirigente Francesco Vari, che evidentemente aveva già beneficiato della prosecuzione del rapporto fino al 70° anno di età e che ha potuto beneficiare anche dell'ulteriore biennio di cui al comma 7 dell'art. 72 dl. n. 112/2008. Vari verrà nominato ad aprile 2010 Presidente dell'Organismo Indipendente di Valutazione (OIV) dei dipendenti Inps, pur non rientrando nei requisiti previsti dalla delibera n. 4/2010 della Commissione per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità (CIVIT) delle Amministrazioni pubbliche. Inoltre, l'onnipotente Presidente/Commissario ha promosso Mauro Nori a direttore generale vicario, in attesa del pensionamento per raggiungimento del 67° anno di età (!) a ottobre 2010 del Direttore generale Vittorio Crecco. Infine, Mastrapasqua a gennaio 2009 ha nominato dal 10 luglio 2008 (cioè due settimane dopo la pubblicazione del DL. n. 112/2008) il dott. Flavio Marica, già Comandante provinciale della Guardia di Finanza di Bari (proveniente dallo Stato Maggiore presso il Comando Generale della Guardia di Finanza nel Sisde), Direttore centrale per l'ispettorato e l'*auting* (Audit), affidandogli in pratica i controlli interni sul corretto operato dei circa 30.000 dipendenti dell'Inps. La decisione non ha precedenti, perché il dott. Marica costituisce uno dei beneficiari del prepensionamento agevolatissimo previsto dall'art. 72, commi 1-5, dl. n. 112/2008, con esonero retribuito (al 50% o al 70%) dal servizio per un periodo quinquennale, oltre ai compensi *percipiendi* dall'Inps per l'elevato incarico ricevuto, incumulabili nella norma senza sanzione, ma cumulati di fatto perché indispensabili al funzionamento dell'Istituto.

Dopo la pubblicazione dell'inchiesta di Report sulla manipolazione sistematica della struttura organizzativa dell'Inps, prontamente, con l'art. 7, commi 7 e 8, dl. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito con modificazioni dalla legge n. 122/2010) è stata modificata la normativa che regolamentava il funzionamento degli organi degli Enti previdenziali, con la soppressione del consiglio di amministrazione e l'attribuzione delle competenze del Cda direttamente al Presidente.

Contestualmente, l'Inps monarchica è diventata controllante in via diretta anche nei confronti del colosso delle imprese pubbliche, Poste italiane s.p.a. – socio unico: sempre il dl. n. 78/2010, con decorrenza dal 31 maggio 2010 ha previsto la soppressione dell'Ente previdenziale Ipost, le cui funzioni sono trasferite all'Inps che ha sostituito l'Ipost in tutti i rapporti attivi e passivi (citato art. 7, commi 2-3-4), compreso il patrimonio immobiliare.

Il 19 luglio 2010 irrompe negli Uffici della Sezione lavoro del Tribunale di Foggia la Guardia di Finanza, coadiuvata dagli Ispettori Inps (che, per legge, non hanno mai rivestito l'incarico di ufficiale di polizia giudiziaria, ruolo che viene svolto nell'ambito delle materie lavoristiche di competenza soltanto dal Servizio ispettivo del Ministero del lavoro, cioè da dipendenti statali). In tono minore la Guardia di Finanza compie la stessa operazione contestualmente presso la Sezione lavoro del Tribunale di Lucera. Da luglio 2010 fino alla fine dell'anno 2010 la Sezione lavoro del Tribunale di Foggia è stata sostanzialmente paralizzata, con una situazione surreale di un ufficio giudiziario sequestrato da un altro ufficio giudiziario dello stesso Tribunale. Mistificatori, come l'intera operazione, i continui annunci di successi anche a livello nazionale dell'operazione “*Codex*” e la soddisfazione per i complimenti alla locale Procura ricevuti da Mastrapasqua, quasi fosse stato estirpato un cancro, grazie al modello di efficienza che la pubblica amministrazione aveva recuperato per l'intervento salvifico del Presidente dell'Inps sul contenzioso previdenziale foggiano.

Lo stesso 19 luglio 2010, viene depositato in via telematica presso il registro delle imprese il verbale di una fantomatica assemblea “straordinaria” del 25 giugno 2010 della I.Ge.I. s.p.a. in liquidazione (la società di gestione di tutto il patrimonio immobiliare Inps, *ex* Inpdap, *ex* Ipost), in cui

²⁵³ L'esistenza dell'accordo collettivo è riportata in V. DE MICHELE, *La tutela comunitaria e internazionale salverà il processo del lavoro italiano?*, cit., p. 146.

sarebbero stati nominati tre nuovi liquidatori, tra cui Marica come Presidente dell'organo gestore, lo stesso che contestualmente stava portando avanti l'operazione "Foggia pulita"...dagli avvocati, irrompendo negli Uffici della Sezione lavoro del Tribunale di Foggia con i suoi (*ex*) sottoposti della Guardia di Finanza e con i suoi nuovi "dipendenti" dell'Ispettorato Inps di Foggia. In realtà il vero verbale di assemblea "ordinaria" del 25 giugno 2010 della I.Ge.I. s.p.a., che era stato trasmesso in precedenza in via telematica presso il registro delle imprese di Roma, aveva la stessa data e si era svolto nello stesso luogo di quello postumo, senza l'assistenza del notaio e con altro oggetto e con altre presenze di soci, ai fini della maggioranza²⁵⁴.

Non è un caso che nella relazione del 16 novembre 2011 n. 77 al bilancio Inps per il 2010 la Corte dei conti usi espressioni e fa valutazioni molto dure sull'utilizzazione distorta e non controllabile da parte dell'Inps dei fondi di previdenza integrativa gestiti dal Presidente Inps, amministratore delegato della *holding* S.I.S.P.I. s.p.a. il cui CDA è presieduto dal Presidente del CDA di Poste italiane, sottolineando l'incredibile trasferimento da parte dell'Inps al 31 dicembre 2010 della notevole cifra di 15 miliardi e 860 milioni di euro allo Stato delle risorse finanziarie del Fondo di Tesoreria destinate alla previdenza integrativa del trattamento di fine rapporto dei lavoratori privati, per finalità divergenti da quelle originarie: una sorta di "esproprio senza indennizzo". Al 31 dicembre 2011 il trasferimento salirà a circa 19 miliardi di euro.

Nonostante i rilievi durissimi della Corte dei conti anche sulla *governance* del superInps e sull'uso distorto per ragioni di cassa da parte dell'Istituto previdenziale delle tipologie contrattuali c.d. atipiche, perché i co.co.co. o co.co.pro., i *vouchers* assicurano entrate certe e prestazioni incerte (o inesistenti), «in assenza di un adeguato sistema di controlli, possono pertanto aggravarsi i rischi di fenomeni elusivi delle regole poste alla base dei tradizionali rapporti di lavoro», il Governo Monti con l'art. 21, comma 9²⁵⁵, del dl. 6 dicembre 2011, n. 201, ha prorogato l'incarico di Presidente dell'Inps (e dell'Inpdap, che

²⁵⁴ I fatti descritti sono riportati nell'esposto, indirizzato anche alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, depositato in data 10 maggio 2012 n.6125/2012 R.G. notizie di reato presso la Procura della Repubblica di Foggia nei confronti di Antonio Mastrapasqua e di altri, in concorso e in associazione tra di loro, per aver denunciato una situazione di ingiustificato allarme sociale per un presunta gravissima disfunzione del sistema giudiziario presso la Sezione lavoro del Tribunale di Foggia, che sarebbe stato causato da reati di particolare gravità anche per l'elevatissimo numero commessi da avvocati previdenzialisti (truffa e falsità in mandati difensivi) nei confronti dell'Inps, al solo fine - ingannando la magistratura locale inquirente - di costruire immagini e ruoli personali di salvaguardia e tutela di quegli stessi interessi collettivi che invece hanno costantemente violato e danneggiato, attraverso un'associazione a delinquere finalizzata al sovvertimento dell'ordine costituzionale dello Stato, che si sarebbe realizzata attraverso le seguenti operazioni:

- appropriazione indebita da parte di privati cittadini del controllo esclusivo di Pubbliche Amministrazioni (Inps, Ipost, Inpdap) e della gestione del loro patrimonio immobiliare, attraverso un'apposita società, l'I.Ge.I. s.p.a. in liquidazione;
- appropriazione indebita da parte di privati cittadini del controllo esclusivo di Pubbliche Amministrazioni (Inps, Ipost, Inpdap) e delle risorse per quasi 16 miliardi di euro al 31 dicembre 2010, destinate alla previdenza integrativa di decine di migliaia di lavoratori dipendenti privati, che non hanno neanche la possibilità di verificare la posizione assicurativa individuale volutamente mai realizzata, utilizzando la pubblica amministrazione come un'azienda privata di carattere personale, anche avvalendosi di una *Holding* "nascosta", S.I.S.P.I. s.p.a., in grado di controllare "strategicamente" sia l'Inps sia l'Ipost (poi assorbito nell'Inps) nel caso di cambio di "governance" dell'Istituto previdenziale;
- interruzione di pubblico servizio, in particolare paralizzando per oltre un anno la gestione degli affari civili della Sezione lavoro del Tribunale di Foggia; falsamente denunciando alla magistratura inquirente inesistenti situazioni delittuose commesse dall'Avvocatura specializzata, impedendo deliberatamente la decongestione e la risoluzione in via transattiva e amministrativa di decine di migliaia di controversie previdenziali causate da errori gestionali dell'Inps; inducendo altresì il legislatore ad intervenire per assegnare all'Inps risorse finanziarie ingiustificatamente elevate per la composizione coattiva e processuale delle liti, con un'alterazione gravissima della tutela giudiziaria e un palese condizionamento della magistratura giudicante.

In particolare, per quanto riguarda l'intervento del legislatore sui processi in corso a vantaggio dell'Inps si segnalavano le disposizioni retroattive contenute nell'art. 38 del dl. 98/2011 in materia di decadenza delle prestazioni previdenziali, fatte oggetto di questioni di legittimità costituzionale tuttora pendenti. Infatti, con ordinanza n. 123/2012 Reg. Ord. il Giudice del lavoro del Tribunale di Roma (Est. Sordi) ha dichiarato «rilevanti e non manifestamente infondate la questioni di legittimità costituzionale dell'art. 38, comma 4, del decreto-legge n. 98 del 2011, convertito in legge dall'art. 1 della legge n. 111 del 2011, nella parte in cui estende l'applicabilità delle disposizioni di cui al comma 1, lettera d), del medesimo art. 38, ai giudizi pendenti in primo grado alla data di entrata in vigore del dl. n. 98 del 2011, in riferimento all'art. 3 della Costituzione». La questione di legittimità costituzionale è stata trattata davanti alla Corte costituzionale all'udienza pubblica del 25 febbraio 2014. Inoltre, con ordinanza n. 127/2012 Reg. Ord. il Giudice del lavoro del Tribunale di Lucera (Est. De Simone), Tribunale che, come quello di Rossano, sarà soppresso nella incredibile e caotica riorganizzazione degli Uffici giudiziari operata, ha dichiarato «rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3, 24, 97, 38, 102, 111 e 117 della Costituzione, dell'art. 38 comma 1 lett. A del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, nella legge 15 luglio 2011, n. 111». La questione di legittimità costituzionale verrà trattata davanti alla Corte costituzionale all'udienza pubblica del 15 aprile 2014. Si tratta di due norme inserite all'interno dell'art. 38 dl. n. n. 98/2011 e che intervengono con logiche coordinate sull'esito dei processi in corso soltanto in primo grado [comma 1, lettera d), per la decadenza dall'azione previdenziale *ex* art. 47 d.p.r. n. 639/1970 applicabile anche ai giudizi pendenti in 1° grado, nella prospettazione dell'ordinanza del Tribunale di Roma; comma 1, lettera a), per l'estinzione con decreto anche d'ufficio del Giudice del lavoro sulle controversie previdenziali di importo non superiore a euro 500, nella prospettazione del Tribunale di Lucera].

²⁵⁵ L'art. 21, comma 9, dl. n. 201/2011 così dispone: «Per assicurare il conseguimento degli obiettivi di efficienza e di efficacia di cui al comma 1, di razionalizzazione dell'organizzazione amministrativa ai sensi del comma 7, nonché la riduzione dei costi di cui al comma 8,

è stato contestualmente assorbito dall'Inps con decorrenza dal 1° gennaio 2012) per ulteriori due anni e mezzo fino al 31 dicembre 2014 rispetto alla naturale scadenza del mandato "irregolare" (secondo la relazione n. 77/2011 della Corte dei conti, che evidentemente è stata incredibilmente ignorata dai Ministri del lavoro e dello Sviluppo economico, poco "vigilanti").

Ciò ha costituito un segnale inquietante e gravissimo di continuità rispetto alla costruzione di un impero previdenzial-fiscale a mandato monocratico, che è ancora fuori da ogni controllo di legalità e che, piuttosto, è in grado di controllare la parte ancora vitale e reattiva della società civile e democratica italiana.

Attraverso l'informativa presso l'Inps (gestione ex Inpdap) dal 1° gennaio 2012 sul conto assicurativo individuale si può scoprire l'arcano della difficoltà di tutelare con effettività il precariato pubblico, attraverso la stabilità dell'impiego: manca la certificabilità della posizione contributiva per le prestazioni di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni o di imprese pubbliche che operano secondo il sistema previdenziale del lavoro pubblico.

In buona sostanza, i lavoratori precari del personale scolastico (e i precari pubblici in generale), così come i lavoratori a termine di Poste italiane, non hanno una posizione contributiva individuale, come se i contributi non siano stati versati dallo Stato o dalla sua impresa pubblica, salvo trattenere come sostituto d'imposta quella contribuzione a carico dello stesso lavoratore (8,20%), che potrebbe essere servita ad autofinanziare il trattamento di fine rapporto (6,91%) liquidato alla cessazione del periodo di servizio precario.

fl2) La sentenza *Carratù* e la necessità di cambiare lo Stato sociale liberandolo da centri di comando controllati da singoli individui, che condizionano i processi e modificano le regole e la geografia giudiziaria per creare il *caos*

Pare evidente che, anche sulla tutela del precariato pubblico, il problema fondamentale non è giuridico e neanche etico, perché non è possibile parlare di Stato di diritto o di Stato etico in presenza di prassi amministrative di risparmio erariale sulla contribuzione del pubblico impiego "flessibile".

Il problema è di politica statale. Se predominano gli interessi e le deviazioni istituzionali del parastato, la tutela effettiva dei diritti fondamentali dei lavoratori precari verrà sempre considerata eccessiva sotto il profilo finanziario, perché impedirebbe o limiterebbe le rendite di posizione di singoli cittadini o gruppi di interesse che non sono particolarmente interessati al bene comune.

Queste informazioni sono pervenute alla Corte di giustizia e per queste informazioni, non contestate, la sentenza *Carratù* ha voluto decidere innanzitutto la questione della natura pubblica di Poste italiane, per fornire agli interpreti nazionali, innanzitutto alla Corte costituzionale e alla Cassazione, ausili interpretativi utili a fermare questo mostro che paralizza l'economia nazionale e rischia di paralizzare anche quella dell'Unione, oltre che l'effettività della tutela dei diritti fondamentali.

Va ricordato come monito quanto affermava nell'ordinanza n. 21439/2007 la Cassazione²⁵⁶, nel sollevare la questione di legittimità dell'ennesima norma²⁵⁷ interpretativa con efficacia retroattiva sulle pensioni integrative dei dipendenti del Banco di Napoli, che era intervenuta sul giusto processo al dichiarato fine di condizionarlo ("di estinguerlo"), in materia previdenziale, dopo gli infausti precedenti della Corte costituzionale nelle sentenze nn. 274/2006, 291/2003 e 374/2002, in cui la Consulta aveva dichiarato la legittimità della norma di interpretazione autentica ponendo sullo stesso piano da un lato la consolidata giurisprudenza della Suprema Corte e dall'altro la prassi e le circolari degli Enti previdenziali.

Precisava la Corte con ragionamento nel contempo ricostruttivo ed evocativo: «In questa concreta situazione, l'intervento legislativo di oltre tre anni successivo alla pronuncia delle Sezioni Unite ed al conseguente assestamento in senso passabilmente univoco della giurisprudenza, rischia non già di estinguere il contenzioso giudiziario ma di alimentarlo.....Infine, lo stesso ruolo

il Presidente dell'INPS, la cui durata in carica, a tal fine, è differita al 31 dicembre 2014, promuove le più adeguate iniziative, ne verifica l'attuazione, predispose rapporti, con cadenza quadrimestrale, al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, e al Ministero dell'economia e delle finanze in ordine allo stato di avanzamento del processo di riordino conseguente alle disposizioni di cui al comma 1 e redige alla fine del mandato una relazione conclusiva, che attesti i risultati conseguiti».

²⁵⁶ Cass., S.L., Pres. Senese, Est. Di Nubila, ordinanza del 12 ottobre 2007, n. 21439/2007, in *NotGL*, 2008, 1, p. 60.

²⁵⁷ Art. 1, comma 55, della legge 23 agosto 2004, n. 243, sospettata dalla Corte di legittimità di violazione degli artt. 3, 102 e 111 Cost.

nomofilattico della Corte ed il suo coinvolgimento della difficile costruzione della certezza del diritto sono sacrificati in assenza di plausibili ragioni, fornendo esca alle spinte, inevitabili in una società pluralistica e frammentata, a premere sul legislatore per piegarne la funzione, non all'imposizione di regole generali e astratte, ma ad un ruolo di giudice di quarta istanza, con ulteriore alimento ad un contenzioso giudiziario alimentato solo nella speranza di un intervento "ad hoc".

La Corte costituzionale con la sentenza n. 363/2008 non aveva accolto neanche questo invito della Cassazione a recuperare, nel confronto tra le Corti superiori, i propri rispettivi ambiti e le proprie competenze istituzionali, ritenendo ancora una volta legittima la norma di interpretazione autentica²⁵⁸ anche rispetto al parametro dell'art. 111 Cost.

Oggi la Corte costituzionale e la Cassazione si sono ritrovate con voce unica a raccogliere con le pregiudiziali sul precariato pubblico e marittimo le sollecitazioni della ordinanza n. 21437/2007 della Cassazione di limitare le pratiche di *filibustering* normativo-amministrativo dello Stato e del parastato, finalizzate a distruggere la nomofilachia della Suprema Corte e a destabilizzare la certezza dell'interpretazione delle regole interne, grazie anche ai ripetuti inviti della Corte di Strasburgo a ritrovare la dignità perduta e a rispettare le stabilità interpretative del Giudice di legittimità, per evitare una deriva definitiva verso forme di governo non democratico, con la rottura della coesione sociale. La Corte di giustizia con la sentenza *Carratù* chiude finalmente il cerchio dell'antitutele e dell'anti-Stato e offre all'ordinamento interno quegli strumenti per riformare lo Stato sociale che gli stessi interpreti nazionali avevano già individuato e proposto.

Per quanto riguarda gli altri due protagonisti della Trimurti parastatale-antistatale, l'Inps e Equitalia, salvo auspicabili interventi di un "nuovo" legislatore dopo il rinnovo della compagine parlamentare, utili indicazioni potranno venire attraverso la richiesta di attivazione da parte della Commissione europea di procedure di infrazione per aiuti di Stato, da due precedenti decisioni della Corte di giustizia in cause italiane (v. *infra*) in cui è stata affrontata la problematica per un Ente previdenziale (l'Inail) e per una impresa pubblica titolare del potere di riscossione di tributi (AMM, le Aziende di movimentazione merci nei porti).

Un ultimo cenno va fatto sulla soppressione dei Tribunali "minori" nel piano di riorganizzazione della mappa giudiziaria. A parte la soppressione del Tribunale di Lucera anti-Inps, di cui si è già accennato, un caso a parte merita il Tribunale di Rossano Calabro, che, come ricordato, è stato il protagonista del dialogo con la Corte costituzionale e con la Corte di giustizia su numerose problematiche relative alla disciplina del contratto a tempo determinato sia sotto il profilo delle tutele antiabusive (le due ordinanze di legittimità costituzionale sul diritto di precedenza dei lavoratori stagionali, "faticosamente" definite dalla Consulta con l'ordinanza n. 252/2006 e con la sentenza n. 44/2008; l'ordinanza *Affatato* sul precariato pubblico) sia sotto il profilo della tutela previdenziale delle pensioni degli operai agricoli a tempo determinato (definita dalla "inguardabile" sentenza n. 257/2011 della Corte costituzionale anti-Cedu).

Sta di fatto che la Commissione europea nelle linee guida sull'efficienza della giustizia del gruppo Cepej del 21 giugno 2013 interviene a sottolineare la correttezza del comportamento del Governo italiano nella riorganizzazione degli Uffici giudiziari, per aver "salvato" dalla soppressione il Tribunale di Rossano: «As perfectly summarized by the Sciences Po Strasbourg Consulting in their Comparative study of the reforms of the judicial maps in Europe (2012), each country used a variety of criteria to ensure the most pragmatic appreciation of each court situation, but there is no denying that in fact the activity level of the jurisdictions prevailed, even though it was, nonetheless, toned down by other considerations such as geographical/temporal distance or the necessity for justice to be present in some areas. This is the case for three tribunals in Italy, located in the south of the country (the tribunals in Caltagirone, Rossano and Sciacca): although they had been earmarked for closure on the basis of their dimension and performance, they were subsequently 'rescued' because they are in the front line of the battle against Mafia».

Allora, se il Governo italiano ha informato la Commissione europea che il Tribunale di Rossano non era stato soppresso perché serviva un presidio giudiziario su quel territorio calabrese per la lotta contro la mafia, come mai, allora, è stato soppresso? Meno male che ci sono il Vesuvio e la grande scuola giuridica partenopea a proteggere il Tribunale di Napoli, altrimenti i nostri straordinari *civil servants* sarebbero stati capaci di sopprimere anche questa sede giudiziaria (soprattutto dopo la

²⁵⁸ Sul punto cfr. M. MISCIONE, *I poteri della Corte Costituzionale*, in *LG*, 12, 2008, p. 1195.

sentenza *Carratù*) per il reato di lesa maestà.

f13) L'Inps e la rimozione del ruolo monopolistico nella gestione della previdenza obbligatoria ed integrativa, dopo la sentenza *Carratù*

Con la sentenza *Cisal* del 22 gennaio 2002²⁵⁹ su questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Vicenza la Corte di giustizia ha dichiarato, in quella fattispecie, che la nozione di impresa, ai sensi degli artt. 85 e 86 del TCE (divenuti artt. 105 e 106 TFUE), non comprende un ente che è incaricato dalla legge della gestione di un regime di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, quale l'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL).

La Corte non ha accolto, dunque, la prospettazione del Giudice del rinvio, che sosteneva che la normativa in base alla quale l'azienda artigiana era tenuta ad assicurarsi contro i rischi per infortuni sul lavoro presso l'Inail era da ritenersi contraria al diritto comunitario della concorrenza in quanto manteneva ingiustificatamente in favore di detto Ente un monopolio che lo induceva ad abusare della sua posizione dominante. A sostegno della tesi era stato richiamato il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 9 febbraio 1999, secondo il quale l'Inail non presentava elementi di solidarietà tali da escludere, in base alla giurisprudenza comunitaria, la natura economica dell'attività da esso svolta. Il Giudice *a quo* rilevava che l'Inail presentava talune caratteristiche che erano, a suo avviso, difficilmente conciliabili con la nozione di impresa nel senso di cui alle norme comunitarie in materia di concorrenza. Esso si riferiva, in proposito, all'automaticità delle prestazioni, all'iscrizione obbligatoria ed all'assenza di scopo di lucro. Riteneva cionondimeno che altri elementi, caratteristici di enti che esercitano un'attività puramente economica, fossero prevalenti nel caso di specie. Sottolineava, a tal fine, la riscossione di contributi direttamente connessi al rischio assicurato, la ripartizione di questo in 10 classi distinte, secondo un criterio economico e commerciale, nonché l'obbligo legale dell'Inail di esercitare la sua attività secondo criteri di imprenditorialità. Il Giudice del rinvio aggiungeva che nel 1965, dopo l'istituzione dell'obbligo per gli artigiani di assicurarsi contro gli infortuni sul lavoro, il legislatore italiano considerò che l'assicurazione privata obbligatoria potesse provvisoriamente costituire un'alternativa alla copertura assicurativa garantita dall'Inail.

Pertanto, considerando, da un lato, che la normativa italiana potrebbe essere in contrasto con gli artt. 90 e 86 del Trattato in quanto impone agli artigiani autonomi di assicurarsi presso l'Inail anche se già assicurati presso una compagnia privata e, d'altro lato, che l'abolizione dell'obbligatorietà dell'iscrizione per gli artigiani che già si sono assicurati presso privati non distoglierebbe l'Inail dall'adempimento delle altre funzioni assegnategli dalla normativa italiana, il Tribunale di Vicenza ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali: «Se costituisca un'impresa ai sensi degli articoli 81 e seguenti del Trattato un ente assicurativo pubblico senza scopo di lucro, quale l'INAIL, cui è affidata secondo criteri di economicità e di imprenditorialità la gestione monopolistica di un regime di assicurazione contro i rischi derivanti da infortuni sul lavoro e malattie professionali fondato su un sistema di iscrizione obbligatoria, il quale eroga prestazioni secondo un principio di parziale automaticità (che assicura la copertura assicurativa al lavoratore dipendente, ma non anche al lavoratore autonomo - a partire dal 1998), anche in caso di mancato pagamento dei premi da parte del datore di lavoro, e calcola i premi sulla base delle classi di rischio in cui si colloca la lavorazione assicurata. In caso di risposta positiva al primo quesito, se costituisca una violazione degli articoli 86 [CE] e 82 CE il fatto che il suddetto ente pubblico pretenda il pagamento dei premi anche nel caso in cui l'interessato, un lavoratore autonomo (artigiano), sia già assicurato presso una compagnia privata contro gli stessi rischi per cui sarebbe coperto affiliandosi al suddetto ente».

Secondo la Corte, vari elementi consentono di assodare che il regime assicurativo Inail attua il principio della solidarietà. Da una parte, il suddetto regime assicurativo è finanziato mediante contributi la cui aliquota non è sistematicamente proporzionata al rischio assicurato. Così, dal fascicolo risulta che l'aliquota non può superare un massimale, anche se l'attività esercitata comporta un rischio elevatissimo, e il saldo del finanziamento viene sopportato da tutte le imprese che rientrano nella stessa classe per quanto riguarda il rischio corso. Inoltre, i contributi vengono calcolati non solo

²⁵⁹ Corte di giustizia, V Sezione, sentenza del 22 gennaio 2002, causa C-218/00, *Cisal c. Inail*.

in base al rischio connesso all'attività dell'impresa di cui trattasi, ma anche in base ai redditi dell'assicurato (punto 39 della sentenza). D'altra parte, l'importo delle prestazioni versate non è necessariamente proporzionato ai redditi dell'assicurato, in quanto, per il calcolo delle rendite, possono essere prese in considerazione solo le retribuzioni comprese tra un dato minimo ed un dato massimo, in una fascia corrispondente alla retribuzione media nazionale ridotta o maggiorata del 30% (punto 40 della decisione).

Di conseguenza, il versamento di contributi elevati può dar luogo solo all'erogazione di prestazioni fino ad un determinato massimale quando la retribuzione supera il massimo fissato con decreto e, viceversa, dei contributi relativamente bassi, calcolati in base alla retribuzione minima legale, danno diritto a prestazioni calcolate in base ad un reddito superiore a tale limite, corrispondente alla retribuzione media ridotta del 30% (punto 41 della sentenza). La mancanza di un nesso diretto tra i contributi pagati e le prestazioni erogate implica quindi una solidarietà tra i lavoratori più retribuiti e quelli che, tenuto conto dei loro redditi esigui, sarebbero privati di un'adeguata tutela sociale qualora tale nesso esistesse (punto 42). In secondo luogo, dagli atti del fascicolo risulta che l'attività dell'Inail, cui è stata affidata dalla legge la gestione del regime di cui trattasi, è soggetta al controllo dello Stato e che l'importo sia delle prestazioni sia dei contributi è, in definitiva, fissato da quest'ultimo. Da un canto, l'importo delle prestazioni è fissato dalla legge e le prestazioni devono essere erogate indipendentemente dai contributi riscossi e dai risultati finanziari degli investimenti effettuati dall'Inail.

D'altro canto, l'importo dei contributi, che costituisce oggetto di una delibera dell'Inail, deve essere approvato con decreto ministeriale, e il ministro competente dispone effettivamente del potere di respingere le tariffe proposte ed invitare l'Inail a sottoporgli una nuova proposta che tenga conto di talune indicazioni (punto 43).

In sintesi, secondo la Corte, l'importo delle prestazioni e quello dei contributi, che costituiscono i due elementi essenziali del regime gestito dall'Inail, sono soggetti al controllo dello Stato e l'iscrizione obbligatoria che caratterizza un siffatto regime assicurativo è indispensabile per l'equilibrio finanziario di questo e per l'attuazione del principio di solidarietà, il quale implica che le prestazioni erogate all'assicurato non sono proporzionate ai contributi da questo versati. In conclusione, concorrendo in tal modo alla gestione di uno dei rami tradizionali della previdenza sociale, nel caso di specie l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, l'Inail adempie una funzione di carattere esclusivamente sociale. Ne consegue che la sua attività non è un'attività economica ai sensi del diritto della concorrenza e che, quindi, tale Ente non costituisce un'impresa ai sensi degli artt. 85 e 86 del Trattato. (punti 44 e 45 della sentenza).

Questi stessi principi enunciati dalla Corte di giustizia nella sentenza del 22 gennaio 2002 nella causa *Cisal* contro Inail possono essere utilizzati per escludere tassativamente che l'attuale superInps a guida monocratica (seppure con un nuovo Presidente-Commissario al posto del dimissionario Mastrapasqua) adempia ad una funzione di carattere esclusivamente sociale e non sia piuttosto un'impresa con amministratore unico e senza (più) alcun controllo da parte dello Stato neanche nella gestione del patrimonio immobiliare pubblico, anzi in grado di gestire le risorse finanziarie anche della previdenza integrativa senza alcun vincolo di bilancio pubblico e senza rispettare il vincolo di destinazione, nonché di coprire (parzialmente) i vuoti della previdenza nel pubblico impiego statale e postale causati dal mancato versamento dei contributi obbligatori dal 1996 all'attualità attraverso accrediti figurativi diretti per i lavoratori assunti a tempo indeterminato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e attingendo alla contribuzione a carico dei lavoratori precari pubblici privi di copertura assicurativa, nonché alla contribuzione versata dai lavoratori privati con contratti flessibili (co.co.co. e co.co.pro.; *vouchers*) privi di prospettiva pensionistica di lungo periodo.

f14) Equitalia-Inps e la rimozione del ruolo monopolistico nella gestione della riscossione dei tributi, dopo la sentenza *Carratù*

La Corte di giustizia con la sentenza *Enirisorse*²⁶⁰, pronunciandosi sulle questioni sottoposte dalla Corte Suprema di cassazione con ordinanze 12 luglio 2000, ha dichiarato: «1) Una misura mediante la

²⁶⁰ Corte di giustizia, V Sezione, sentenza del 27 novembre 2003, in cause riunite da C-34/01 a C-38/01, *Enirisorse c. Ministero delle Finanze*.

quale uno Stato membro devolve ad un'impresa pubblica una rilevante quota di un tributo, quale la tassa portuale controversa nelle cause principali, deve essere considerata aiuto di Stato ai sensi dell'art. 92, n. 1, del TCE (divenuto, in seguito a modifica, art. 87, n. 1, CE), in quanto incide sugli scambi tra Stati membri, qualora: - la devoluzione del tributo non sia connessa ad una missione di servizio pubblico chiaramente definita, e/o - il calcolo della compensazione che si asserisce necessaria allo svolgimento della detta missione non sia stato effettuato sulla base di parametri previamente definiti in modo obiettivo e trasparente, al fine di evitare che tale compensazione comporti un vantaggio economico atto a favorire l'impresa pubblica interessata rispetto a imprese concorrenti. Non solo la devoluzione di una parte del tributo all'impresa pubblica, ma anche la riscossione in capo agli utenti della parte corrispondente all'importo così attribuito possono costituire un aiuto di Stato incompatibile con il mercato comune. In mancanza di notifica di tale aiuto, spetta al giudice nazionale prendere tutti i provvedimenti necessari, in conformità del suo diritto nazionale, per impedire sia la devoluzione di una parte del tributo alle imprese beneficiarie sia la riscossione dello stesso».

Nella fattispecie della causa principale Enirisorse ha effettuato, con i propri mezzi in termini di manodopera e materiali, operazioni di carico e scarico di merci nazionali ed estere nel porto di Cagliari, senza avvalersi dei servizi dell'Azienda di movimento merci operante in tale porto (AMM, di proprietà pubblica). Dopo aver ricevuto dal Ministero delle Finanze diverse ingiunzioni di pagamento della tassa portuale prevista dalla legge n. 355/76, vi ha proposto opposizione deducendo, tra l'altro, l'illegittimità del decreto del Presidente della Repubblica 12 maggio 1977 in relazione al diritto comunitario. Poiché il Tribunale di Cagliari ha respinto tali opposizioni, la Enirisorse ha proposto appello dinanzi alla Corte d'appello di Cagliari. A seguito del rigetto di tale appello con sentenza di quest'ultima 11 marzo 1998, ha quindi proposto ricorso per cassazione.

Dinanzi alla Corte Suprema di cassazione, la Enirisorse ha fatto valere che la normativa nazionale comporta distorsioni della concorrenza, in quanto la tassa portuale è dovuta anche se l'operatore non fa ricorso alle prestazioni di un'Azienda, nella fattispecie quella del porto di Cagliari. La normativa sarebbe contraria agli artt. 86 e 90 del Trattato. D'altro canto, la percezione, da parte delle Aziende, di una rilevante quota della tassa portuale costituirebbe un aiuto di Stato ai sensi degli artt. 92 e 93 dello stesso Trattato. Nelle ordinanze di rinvio la Corte Suprema di cassazione indica che, secondo il Giudice di merito, l'obiettivo della normativa controversa è di compensare l'amministrazione per le spese e i costi relativi a prestazioni pubblicistiche funzionali al movimento delle merci. Secondo tale Giudice, pertanto, non è necessaria l'effettiva fruizione dei servizi di movimentazione resi dall'impresa pubblica, in quanto dalle attività di quest'ultima conseguirebbero vantaggi generali per l'utente.

La Cassazione nelle ordinanze di rinvio pregiudiziale si è interrogata sulla compatibilità della normativa nazionale non solo con le disposizioni del diritto comunitario citate dalla Enirisorse, bensì anche con gli artt. 12, 13, 30 e 95 del Trattato e ha proposto cinque questioni pregiudiziali²⁶¹.

La Corte europea ha risposto positivamente alle istanze interpretative della Cassazione, dichiarando aiuti di Stato vietati la riscossione di contributi da parte di un'impresa pubblica - come AMM per le tasse portuali di movimentazione merci nella causa principale e come Equitalia-Inps per assimilazione dei principi e maggior gravità della situazione abusiva, estesa a tutto il sistema di riscossione tributi a livello nazionale in regime di monopolio e con imposizione di quote significative

²⁶¹ «1) Se la devoluzione ad un'impresa pubblica - operante nel mercato delle operazioni portuali di scarico e carico merci - di una rilevante quota di un tributo (tassa portuale di carico e scarico merci), pagato allo Stato da operatori i quali non hanno usufruito di alcun servizio o prestazione da parte della stessa impresa, costituisca un diritto speciale ovvero esclusivo o una misura contraria alle regole del Trattato e, in particolare, a quelle sulla concorrenza, ai sensi dell'art. 90, n. 1, del Trattato. 2) Se, indipendentemente dalla questione precedente, la devoluzione alla detta impresa pubblica di una rilevante parte del gettito del tributo dia luogo ad abuso di posizione dominante in conseguenza di una misura normativa statale, e sia quindi contraria al combinato disposto degli artt. 86 e 90 del Trattato. 3) Se la devoluzione a tale impresa di una rilevante parte del detto tributo possa essere definita come aiuto di Stato, ai sensi dell'art. 92 del Trattato, e giustifichi, quindi, in caso di mancata notifica alla Commissione o di decisione d'incompatibilità dell'aiuto col mercato comune resa da quest'ultima, ai sensi dell'art. 93, l'esercizio dei poteri attribuiti al giudice nazionale - secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia - per garantire la non applicazione di un aiuto illegittimo e/o incompatibile. 4) Se l'attribuzione alla predetta impresa pubblica, in via originaria, di una rilevante parte del gettito di un tributo statale percepito per o in occasione dello scarico o del carico di merci nei porti, senza che al pagamento corrisponda alcuna prestazione o servizio da parte dell'azienda stessa, costituisca una tassa di effetto equivalente a un dazio doganale d'importazione (vietato dagli articoli 12 e 13 del Trattato), o un'imposizione interna su prodotti degli altri Stati membri di misura superiore a quelle applicate ai prodotti nazionali simili (art. 95), ovvero un ostacolo alle importazioni, vietato dall'art. 30. 5) Nel caso che la normativa nazionale sia in contrasto con il diritto comunitario, se i profili descritti nei precedenti punti, considerati singolarmente, investano il tributo nella sua interezza ovvero soltanto la quota attribuita all'Azienda Mezzi Meccanici».

delle tasse riscosse attraverso, soprattutto, sanzioni aggiuntive sperequate rispetto all'inadempimento nel versamento dei tributi e strumenti di esecuzione diretta senza garanzie per il contribuente, con ulteriori benefici "fiscali" con efficacia retroattiva quali quello dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con la citata sentenza n. 170/2013 – sulla base delle seguenti considerazioni, che vanno riproposte perchè si attagliano perfettamente alla situazione di illiceità operativa e istituzionale, rispetto alla normativa comunitaria, in cui opera l'impresa pubblica Equitalia, controllata dall'impresa privata Inps di Mastrapasqua.

Secondo la Corte di giustizia, occorre verificare se siano soddisfatte le diverse condizioni afferenti al concetto di aiuto di Stato enunciate all'art. 92, n. 1, del TCE (ora art. 112 TFUE).

In primo luogo, deve trattarsi di un intervento dello Stato, ovvero mediante risorse statali. Nel caso della tassa portuale, tale condizione è soddisfatta, giacché le somme versate alle Aziende, che rappresentano una rilevante quota della tassa, provengono dal bilancio dello Stato e costituiscono quindi risorse statali. In secondo luogo, l'intervento dello Stato deve essere in grado di incidere sul commercio tra gli Stati membri. In terzo luogo, l'aiuto deve potersi considerare come vantaggio accordato all'impresa beneficiaria e, in quarto luogo, tale vantaggio deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza. A tale riguardo, si deve ricordare che vengono considerati aiuti gli interventi che, sotto qualsiasi forma, sono atti a favorire direttamente o indirettamente determinate imprese o che devono ritenersi un vantaggio economico che l'impresa beneficiaria non avrebbe ottenuto in condizioni normali di mercato (sentenza *Altmark Trans* e *Regierungspräsidium Magdeburg*, punto 84). Invece, nei limiti in cui un intervento statale deve essere considerato una compensazione diretta a rappresentare la contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per assolvere determinati obblighi di servizio pubblico, cosicché tali imprese non traggono, in realtà, un vantaggio finanziario e il suddetto intervento non ha quindi l'effetto di collocare tali imprese in una posizione concorrenziale più favorevole rispetto a quelle che fanno loro concorrenza, tale intervento non ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 92, n. 1, del Trattato.

Nel caso di Equitalia, che opera il regime di monopolio nella riscossione dei tributi a livello nazionale ed è finanziato attraverso la partecipazione e il controllo societario dell'Agenzia delle Entrate (e quindi dallo Stato) e dell'Inps, oltre che da scambi di strumenti finanziari con Inps con totale commistione dei ruoli di amministrazione appaltante la riscossione dei tributi e soggetto unico concessionario della riscossione senza alcun controllo "esterno" e contabile della legittimità dell'azione delle suddette pubbliche amministrazioni imprenditrici, la determinazione dei costi dell'attività di impresa e degli utili ai fini dei compensi liquidati ad Equitalia o riscossi direttamente attraverso l'attività di esecuzione coattiva sono affidati al libero arbitrio dell'impresa pubblica monopolista.

Ora, secondo la Corte di giustizia, un simile sistema non soddisfa la condizione che la compensazione non ecceda quanto necessario per coprire tutti o parte dei costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto degli introiti relativi agli stessi nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento (v. sentenza *Altmark Trans* e *Regierungspräsidium Magdeburg*, punto 92) (punto 41 della sentenza *Enirisorse*).

In relazione alla nozione di aiuto di Stato, la Corte ha dichiarato che essa non si estende solo a certe tasse parafiscali, a seconda della destinazione del loro gettito (v., in particolare, sentenza *Lornoy e a.*, cit., punto 28), ma anche alla riscossione stessa di un contributo che costituisce una tassa parafiscale (v. sentenza del 27 ottobre 1993, causa C-72/92, *Scharbatke*, in Raccolta, p. I-5509, punto 20). (sentenza *Enirisorse*, punto 41).

Secondo l'Avvocato generale Stix-Hackl al punto 54 delle conclusioni presentate il 7 novembre 2002 nella causa C-34/01 *Enirisorse* e accolte dalla Corte di giustizia nella sentenza, una soluzione analoga si ritrova nella sentenza *TNT Traco*²⁶², vertente su un diritto postale che doveva essere versato direttamente a Poste italiane in particolare da fornitori di servizi di corriere espresso, anche se di fatto Poste italiane non forniva alcuna prestazione. La Corte ha stabilito che «Poste Italiane deve essere considerata un'impresa alla quale lo Stato membro interessato riconosce diritti speciali o esclusivi ai sensi dell'art. 90, n. 1, del Trattato [divenuto art. 86, n. 1, CE], in quanto le è stato concesso il diritto esclusivo di assicurare la raccolta, il trasporto e la distribuzione della corrispondenza sul territorio di tale Stato membro senza essere obbligata a pagare, come chiunque altro assicuratori gli stessi servizi, un

²⁶² Corte di giustizia, sentenza del 17 maggio 2001, in causa C-340/99, *TNT Traco c. Poste italiane*.

diritto postale (...)). Poco oltre la Corte ha statuito che «è pacifico che Poste Italiane (...) detiene una posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato [divenuto art. 82 CE]», mentre in un altro contesto essa ha parlato di «creazione di una posizione dominante mediante la concessione di diritti speciali o esclusivi».

E' singolare che la sentenza TNT Traco sia stata richiamata da Poste in tutte le memorie davanti ai Giudici nazionali nelle cause di riqualificazione dei contratti a tempo determinato stipulati ai sensi dell'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, per escludere che la norma di favore costituisse aiuti di Stato, sostenendo che nella sentenza TNT Traco la Corte di giustizia avesse detto il contrario di quello che ha affermato e che l'Avvocato generale Stix-Hackl ripropone nelle conclusioni della causa *Enirisorse*, cioè che la Corte aveva denunciato l'abuso di posizione dominante di Poste italiane che, ora, con la sentenza *Carratù*, si è trasformato in aiuto di Stato allo Stato, cioè nella prassi più grave di abuso dello Stato sul mercato concorrenziale.

Si può essere ragionevolmente sicuri che la *mission* erariale di mistificazione e manipolazione delle informazioni e di risposte che provengono dalle Istituzioni europee e, in particolare, dalla giurisprudenza comunitaria continuerà anche con la sentenza *Carratù* della Corte di giustizia, che qualche rigoroso lettore filo-statale indicherà come pronuncia che legittima il Collegato lavoro 2010.

Ma questa volta gli effetti sui giudizi nazionali della deformazione, della distorsione, della falsificazione, dell'interpretazione delle sentenze europee non dovrebbero essere così scontati in favore di uno Stato/antiStato che ha sgretolato e impoverito il sistema di *Welfare* nazionale.

Non è, dunque, l'Europa o l'eccesso di tutela dei diritti fondamentali che ci ha portati sull'orlo del baratro, ma il mostro che è stato creato e si è alimentato trasversalmente e pervasivamente all'interno delle Istituzioni nazionali fino al punto di neutralizzare il consenso popolare e rendere inefficace l'esercizio del diritto di voto per oltre sette anni fino alla declaratoria di illegittimità costituzionale concordata della legge elettorale n. 270/2005, e che occorrerà distruggere senza esitazioni, per riscattarci tutti come persone e come cittadini italiani ed europei, a maggior ragione quando la precarietà lavorativa rende difficile la partecipazione sociale ed economica alla crescita della Nazione.

g) La sentenza *Carratù* e la sanzione antiabusiva interna come condizione di impiego: la risposta alla quarta questione pregiudiziale del Tribunale di Napoli

Dopo aver risposto anticipatamente e positivamente (e con plastica durezza per lo Stato postale-previdenziale) alla settima questione pregiudiziale, la Corte di giustizia affronta e risolve la quarta questione pregiudiziale, con cui il Giudice del rinvio chiede se la nozione di «condizioni di impiego», di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro, comprenda anche «le conseguenze della illegittima interruzione del rapporto di lavoro».

Accogliendo le conclusioni al punto 37 dell'Avvocato generale Wahl, la sentenza *Carratù* ritiene pacifico che una siffatta indennità liquidata al lavoratore a tempo determinato in caso di assunzione illecita a termine è corrisposta ad un lavoratore a causa del rapporto di lavoro che lo lega al suo datore di lavoro, e, dunque, è versata a causa dell'impiego, rientrando così nella nozione di «condizioni di lavoro» (punti 36 e 37 della sentenza).

La Corte di giustizia cita i due precedenti che risolvono in senso positivo la questione sulla nozione di condizioni di impiego, non esplicitata dalla clausola 4, n. 1, dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, cioè la sentenza *Bruno* sulle pensioni dei piloti Alitalia con *part-time* verticale (di cui si è già trattato in precedenza) in cui si è applicata in orizzontale l'equiparazione del trattamento pensionistico-retributivo dei lavoratori a termine con orario parziale nel pubblico impiego della decotta impresa pubblica di trasporto aereo con le stesse condizioni di impiego della pensione-retribuzione differita pubblica assicurata ai piloti a tempo indeterminato comparabili, come prevista dalla corrispondente clausola 4, n. 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, recepito dalla direttiva sociale 97/81/CE, e, soprattutto, la sentenza *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* del 22 dicembre 2010, richiamata due volte nella sentenza *Carratù* ai punti 33 e 40 per risolvere le due questioni pregiudiziali "principali" sollevate dal Tribunale di Napoli sulla clausola 4 dell'accordo quadro, la quarta e la quinta.

La sentenza *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* è contestuale alla prima ordinanza *Vino* e, pur essendo scritta dallo stesso Estensore (che è stato anche componente del Collegio *Carratù*), la II Sezione del Collegio a cinque della decisione “spagnola” risolve la questione in modo diametralmente opposto a quanto deciso nella causa C-20/10 senza processo orale con l’ordinanza di favore postale *Vino*.

g1) La sentenza *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* e il superamento delle ordinanze *Vino*

Ebbene, nella sentenza *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* la Corte di giustizia ricorda, innanzitutto, quali sono i reali obiettivi della direttiva 1999/70/CE ai punti 47 – 57 ed esclude che la natura temporanea del rapporto di lavoro pubblico possa costituire ragione obiettiva per discriminare i lavoratori a tempo determinato nelle condizioni d’impiego rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili, così come lo aveva escluso nella sentenza *Land Tirolo* in relazione alle esigenze del bilancio pubblico e del risparmio economico e organizzativo per i datori di lavoro pubblici.

La Corte affronta e risolve positivamente anche la seconda questione nella causa C-456/09, in cui il Giudice del rinvio ha chiesto, sostanzialmente, se la mera circostanza che una disposizione nazionale quale l’art. 25, n. 2 della LEBEP del 2007 non contenga alcun riferimento alla direttiva 1999/70 escluda che tale disposizione possa essere considerata una misura di recepimento della suddetta direttiva. Ai punti 65-66 nella “nozione” di normativa di recepimento della direttiva 1999/70/CE viene fatto rientrare anche l’art. 25, n. 2, della LEBEP del 2007, del quale, nonostante la disposizione non faccia alcun riferimento all’accordo quadro comunitario, l’obiettivo stesso di intervenire a modificare la normativa che regola il trattamento economico del contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico ne consente il riconoscimento quale disciplina di attuazione della direttiva 1999/70/CE (opposta valutazione aveva fatto la Corte di giustizia nella contestuale ordinanza *Vino* dell’11 novembre 2010, in cui aveva dichiarato legittimo e fuori dell’attuazione dell’accordo quadro la norma acausale in favore di Poste italiane).

La Corte di giustizia nella sentenza *Gavieiro-Iglesias* risolve, riformulandola, la quarta questione nella causa C-456/09 *Iglesias*, con la quale il Giudice del rinvio chiede, sostanzialmente, se, in una controversia come quella oggetto della causa principale, la clausola 4, punto 1, dell’accordo quadro possa essere sollevata dai singoli dinanzi al Giudice nazionale perchè sia loro riconosciuto il beneficio delle indennità triennali per anzianità di servizio per il periodo compreso tra la scadenza del termine impartito agli Stati membri per la trasposizione della direttiva 1999/70 e la data dell’entrata in vigore della legge nazionale che recepisce tale direttiva nel diritto interno dello Stato membro interessato.

La questione era stata già risolta positivamente, come ricordato, dalla Corte nella sentenza *Impact*, ma era stata sostanzialmente contestata da alcuni Stati membri, tra cui la Spagna, in quanto invasiva del potere discrezionale del legislatore interno di regolamentare specificamente la materia.

Peraltro, la soluzione del caso irlandese era stata imputata al diverso sistema giuridico ivi vigente, di tipo giurisprudenziale (infatti il Giudice speciale aveva già dato ragione al sindacato dei lavoratori e il Giudice di 2^a istanza aveva sollevato la questione pregiudiziale solo per garantire maggiore copertura ed effettività alla decisione di 1^o grado), incompatibile con altri ordinamenti nazionali di *civil law*, come quello italiano e quello spagnolo.

La Corte nella decisione del 22 dicembre 2010 ha confermato la sentenza *Impact* ai punti 72 – 83 sull’applicazione diretta della clausola 4, n. 1, dell’accordo quadro, richiamando i più recenti arresti della giurisprudenza comunitaria sulla effettività del diritto dell’Unione europea. Nel contesto della risposta alla domanda pregiudiziale, la Corte ha modo di riprendere il ragionamento sulla responsabilità diretta dei singoli operatori (le due sentenze *Fuß*), soprattutto se enti pubblici, nel dare attuazione alla normativa dell’Unione europea. Infatti, il datore di lavoro della Sig.ra *Iglesias*, l’Ente pubblico per l’Istruzione della Galizia, la Conselleria, nella causa principale aveva eccepito che l’effetto diretto della predetta clausola non poteva essere invocato nei suoi confronti, in quanto essa aveva l’obbligo di rispettare le disposizioni della LFCE e della LEBEP, cioè leggi dello Stato di competenza esclusiva di quest’ultimo.

Per quanto riguarda un’eventuale responsabilità patrimoniale dello Stato per la violazione della direttiva 1999/70/CE, la Conselleria sosteneva che la ripartizione operata dalla Costituzione tra leggi

dello Stato di base e normativa di attuazione adottata dalle comunità autonome non consentiva a queste ultime di eliminare o di interrompere il nesso di causalità tra l'insoddisfacente trasposizione di tale direttiva da parte dello Stato e il pregiudizio causato ai singoli. La problematica era centrale, perchè in fondo riguardava gli strumenti di tutela predisposti dall'ordinamento interno nel caso in cui la violazione della normativa comunitaria provocata da norme cogenti nazionali provocasse, come nel caso di specie anche per la situazione processuale e sostanziale della causa *Carratù*, lesioni di diritti soggettivi dei singoli privati. La Corte ha risposto esaurientemente ai punti 87 – 90, riaffermando la cogenza diretta della clausola 4, n. 1, dell'accordo quadro e l'obbligo di ciascun operatore, pubblico o privato, di applicare nella propria organizzazione e nella propria struttura i principi comunitari.

Dopo aver tolto l'alibi agli operatori economici del rispetto della normativa interna "ostativa" limitativa del diritto al fine di non dare effettiva attuazione al principio di uguaglianza e di parità di trattamento in materia di riconoscimento delle condizioni d'impiego dei lavoratori a tempo determinato, la Corte di giustizia nella sentenza *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* non si sottrae al vero *punctum dolens* della materia, cioè l'esistenza di una norma interna, riconosciuta attuativa della direttiva comunitaria, che contiene una disposizione cogente ostativa all'integrale soddisfazione dei diritti dei lavoratori a termine, che la Corte costituzionale aveva ritenuto legittima rispetto alle norme costituzionali nazionali (come la sentenza n. 303/2011 della Corte costituzionale nella causa *Carratù*; ma la Corte di giustizia, opportunamente, tace sul punto nella sentenza *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, oggetto dell'altra analoga questione pregiudiziale nella causa C-177/10 *Rosado Santana*, così come nulla dirà rispetto alla Corte costituzionale italiana nella sentenza *Carratù*, prendendo atto, peraltro che la Consulta aveva cambiato orientamento nella sentenza n. 107/2013 sul sostitutivo Poste per applicare la sentenza *Sorge* della Corte di giustizia e che, addirittura, aveva sollevato la pregiudiziale sul precariato scolastico).

Con la sua terza questione nella causa C-456/09 *Iglesias Torres*, infatti, il Giudice del rinvio aveva chiesto alla Corte, sostanzialmente, se, alla luce del fatto che la normativa nazionale controversa nella causa principale riconosceva il diritto dei dipendenti temporanei al versamento di indennità per trienni di anzianità di servizio, ma conteneva una clausola che escludeva l'applicazione retroattiva di tale diritto, le Autorità competenti spagnole potevano rifiutare il beneficio di un siffatto diritto o se, al contrario, esse erano obbligate, in forza del diritto dell'Unione, a conferire a tale diritto al versamento delle indennità un effetto retroattivo a decorrere dalla data di scadenza del termine impartito agli Stati membri per trasporre tale direttiva. La Corte risolve la questione ai punti 97-99 rilevando che, nel contrasto tra diritto dell'Unione europea di diretta applicazione e normativa interna di non corretto recepimento della normativa comunitaria, la prima prevale e deve trovare effettiva attuazione.

La sentenza *Rosado Santana* dell'8 settembre 2011 della Corte di giustizia, su conclusioni conformi dell'Avvocato generale Sharpston, confermerà l'applicazione diretta del principio di uguaglianza e non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro comunitario sulla disciplina del contratto a tempo determinato, ribadendo esplicitamente la prevalenza del diritto dell'Unione europea rispetto al diritto interno anche quando la disciplina nazionale sia stata riconosciuta legittima rispetto alla Carta costituzionale dal Giudice delle leggi nazionali.

h) La sentenza *Carratù* e l'equiparazione sistematica delle tutele tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato comparabili: la soluzione della applicazione diretta della clausola 4, n. 1, e della clausola 8, n. 1 dell'accordo quadro comunitario in combinato disposto

La parte più interessante e straordinaria della sentenza *Carratù* risiede, naturalmente, nella soluzione data alla quinta questione pregiudiziale che, come la soluzione alla settima questione con la riconduzione di Poste italiane alla nozione di organismo pubblico o di Stato con conseguente applicazione del decreto legislativo n. 368 del 2001 (e solo di questa normativa) a tutte le pubbliche amministrazioni, avrà effetti dirimpenti e ristrutturanti dell'intero sistema sostanziale e processuale di tutele dei diritti fondamentali non solo per i lavoratori a tempo determinato, oltre che di vera e propria ricostruzione dello Stato sociale in un'Europa di diritti e non solo di economia e di finanza più o meno deviata.

Il ragionamento della Corte è ineccepibile e, ancora una volta, segue il ragionamento nel merito proposto dal Giudice del rinvio, che aveva ammesso l'equiparazione sul piano normativo e giurisprudenziale delle tutele tra lavoratore a tempo determinato assunto irregolarmente a termine e lavoratore a tempo indeterminato licenziato ingiustificatamente nel campo di applicazione dell'art. 18 della legge n. 300/1970, formulando il seguente quesito: se la diversità tra le conseguenze ordinariamente previste nell'ordinamento interno per la illegittima interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed a tempo determinato siano giustificabili ai sensi della clausola 4.

La Corte destruttura il quesito e lo ricostruisce sotto il profilo degli obblighi posti in capo al legislatore di non modificare l'equiparazione della tutela assicurata alle due situazioni distinte di cessazione illegittima del rapporto contrattuale, dopo aver ammesso al punto 20 della sentenza, nel respingere l'istanza di riapertura della fase orale presentata dalla lavoratrice, che il Tribunale di Napoli ha correttamente illustrato il quadro normativo nazionale e che, sul punto, non sarebbe stata sollevata la minima contestazione nelle osservazioni presentate alla Corte. Si tratta di una formula elegante e dissacrante nella sua cruda censura della difesa di Poste italiane, che invece nelle osservazioni scritte aveva ampiamente contestato la ricostruzione del dato normativo proposta dal Giudice del rinvio (al punto da suscitare la reazione dell'Avvocato generale Wahl che aveva lamentato la confusione della situazione rappresentata nell'ordinanza di rinvio) estendendo il confronto addirittura al nuovo testo dell'art. 18 della legge n. 300/1970 introdotto dalla riforma Fornero, palesemente inapplicabile alla fattispecie di causa, salvo poi tacere davanti al Collegio all'udienza del 5 giugno 2013 rispetto alle osservazioni orali e alle precisazioni fornite dalla difesa della Signora *Carratù*.

Infatti, al punto 39 della sentenza si precisa che, con la quinta questione, il Giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro debba essere interpretata nel senso che impone di trattare in maniera identica l'indennità corrisposta in caso di apposizione illecita di un termine ad un contratto di lavoro e quella versata in caso di illecita interruzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Sgombrato il campo da ogni equivoco sulla ricevibilità delle questioni inerenti al primo e unico contratto a tempo determinato privo di ragioni oggettive temporanee che entra irreversibilmente nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE a distanza di oltre otto anni dalla riformata sentenza *Mangold*, ai sensi del combinato disposto della clausola 5, n. 1, lettera a) e n. 2, lettera b) dell'accordo quadro comunitario in relazione alla misura interna di recepimento dell'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001, e dopo aver precisato con la risposta positiva al quarto quesito che le conseguenze sanzionatorie in caso di assunzione illecita a tempo determinato entrano nella nozione di condizioni di impiego di cui alla clausola 4, n. 1, dell'accordo quadro, la Corte si è posta il problema se limitarsi ad una risposta positiva e scontata al quinto quesito, senza lasciare alcun spazio al legislatore nazionale di modificare la disciplina di tutela originariamente prevista e, soprattutto, alla Corte costituzionale di intervenire sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Velletri sull'art. 32, commi 5 e 7, della legge n. 183/2010, oppure fornire agli interpreti e al normopoietista che uscirà dal nuovo sistema elettorale gli strumenti di intervento sulla disciplina attuale che possano eliminare le tante storture e disparità di trattamento create dagli abusi dello Stato postale sulle regole e sui processi.

Il Collegio lussemburghese della sentenza *Carratù* sceglie la seconda soluzione e lo fa dopo aver preso atto dell'assurdità della risposta dell'Avvocatura dello Stato in udienza sul fatto che i processi del lavoro in Italia durano poco ed aver dovuto constatare, accogliendo le precisazioni della difesa della lavoratrice, che la causa principale davanti al Tribunale di Napoli durava ormai da cinque anni (quattro anni fino alla sentenza parziale e al contestuale rinvio pregiudiziale), che l'azione ordinaria di riqualificazione dell'unico rapporto a tempo determinato era iniziata a distanza di quattro anni dalla formale messa in mora perché vi era un contrasto giurisprudenziale di merito molto significativo sulla fondatezza della domanda per un solo contratto a termine poi sanato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 44/2008 e dalla Cassazione con la sentenza n. 12985/2008, che, in buona sostanza, non erano i lavoratori e i loro difensori ad abusare dei processi e a creare l'ingorgo giudiziario e la paralisi della funzione giurisdizionale, ma lo Stato nelle sue forme organizzative pseudo-imprenditoriali.

h1) Gli abusi e l'ingiusta durata dei processi del lavoro dipendono soltanto dagli abusi di Stato sulle regole e sui giudizi, in mancanza di una situazione di uguaglianza delle parti processuali

E' il motivo, questo, in base al quale non si troverà nella sentenza alcun cenno alle ragioni oggettive che potrebbero aver indotto il legislatore a intervenire ancora una volta sui processi addirittura pendenti in Cassazione per cambiare le regole del gioco con l'art. 32, commi 5 e 7, della legge n. 183/2010, perché dalle osservazioni delle parti, come direbbe la Corte, esse non sono emerse, anzi, come ha detto il Collegio europeo riconoscendo come risposta anticipata la natura pubblica di Poste italiane, è lo Stato che ha cambiato le regole per favorire se stesso e intervenire in proprio favore nel contenzioso in corso sulla riqualificazione dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego.

- I 70.000 contratti a termine della durata media di tre mesi stipulati da Poste italiane dal 2003 al 2005 solo per generiche esigenze sostitutive;

- gli oltre 140.000 rapporti a tempo determinato della durata media di tre mesi stipulati da Poste italiane dal 2006 all'attualità con la causale finanziaria dell'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 che era stata giustificata dall'ordinanza *Vino* della Corte di giustizia con un processo affrettato e irregolare che aveva suscitato durissime censure anche in Corte europea dei diritti dell'uomo sul comportamento della Corte comunitaria e uno scontro dialettico altrettanto veemente all'udienza di trattazione orale della causa *Scattolon*;

- gli oltre 125.000 contratti a tempo determinato "successivi" nella scuola pubblica, di lunga durata e irregolari perché privi della cadenza triennale concorsuale prevista per legge, denunciati addirittura dalla Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio, dopo quelle del Tribunale di Napoli;

- gli oltre 200.000 contratti a tempo determinato "successivi" nel pubblico impiego non scolastico, di lunga durata e irregolari perché mai assoggettati per scelta legislativa a procedure concorsuali, come nel caso dei trent'anni di precariato del maestro della banda musicale comunale sulla questione sollevata dal Tribunale di Aosta; le migliaia di lavoratori del settore pubblico marittimo assoggettati ad una situazione di precariato "assistito" da ammortizzatori sociali senza costi per l'impresa pubblica abusante, come risulta dalle ordinanze di rinvio pregiudiziale della Cassazione;

- le due relazioni del Massimario della Cassazione sul Collegato lavoro e sul precariato scolastico allegare agli atti delle tante cause pregiudiziali come manifestazione del disagio della giurisprudenza e degli interpreti nazionali di fronte alle precise responsabilità dello Stato (postale e non) nell'abusare costantemente delle regole e dei processi;

- la posizione assunta dalla Commissione europea sin dalle osservazioni scritte della causa *Papalia* sull'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, con la constatazione dell'assoluta mancanza di tutele effettive contro gli abusi nella successione dei contratti a tempo determinato in tutto il pubblico impiego; le sollecitazioni delle tante difese dei lavoratori costituite con osservazioni scritte nelle cause pregiudiziali ancora pendenti a riunire la trattazione orale delle ordinanze di rinvio della Corte costituzionale, del Tribunale di Aosta e del Tribunale di Napoli, per risolvere una volta per tutte la problematica del precariato pubblico rispetto alla compatibilità con la direttiva 1999/70/CE;

- il non gradito e acclarato comportamento delle difese erariali con i silenzi, le omissioni, le false indicazioni della normativa applicabile, le ipocrite spiegazioni sulle ragioni oggettive di interventi legislativi palesemente provocati per proteggere gli interessi e gli abusi statali;

- infine, le informazioni acquisite dalla relazione del 12 aprile 2013 del Presidente della Corte costituzionale e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sulla illegittimità costituzionale *de iure condendo* della legge elettorale n. 270/2005 e della delegittimazione in corso di causa da parte della Consulta della attuale *governance* istituzionale nazionale;

tutte queste componenti sono sicuramente alla base della articolata e durissima risposta della Corte di giustizia alla quinta questione sollevata dal Tribunale di Napoli che, evidentemente, non poteva limitarsi ad affermare che non vi erano ragioni oggettive per differenziare le tutele già riconosciute ed originariamente equiparate, ma doveva fornire anche indicazioni per il futuro legislatore, rigenerato dalla ricostruzione del consenso popolare liberamente manifestato.

h2) Le indicazioni della BCE nella lettera Trichet-Draghi dell'agosto 2011 nella diversa interpretazione delle parti del processo *Carratù* sulle misure da adottare sulla flessibilità in entrata

L'originale risposta della Corte, di cui si darà conto, è mossa anche dalle osservazioni scritte di Poste italiane, in cui si sottolinea che sia le novità introdotte con l'art. 32 della legge n. 183/2010 sia quelle contenute nella legge n. 92/2012 in materia di contratti a tempo determinato e di licenziamenti individuali e collettivi nel campo di applicazione dell'art. 18 della legge n. 300/1970 siano state adottate per seguire le indicazioni provenienti dall'Unione europea e, in particolare, dalla lettera di Trichet-Draghi dell'agosto 2011 (rispetto alla riforma Fornero), nel pieno della burrasca finanziaria che aveva colpito l'Italia con lo *spread* fuori controllo. Insomma, sostiene lo Stato italiano postale nella sua difesa, le novità legislative introdotte dalle due riforme sarebbero state imposte dall'Europa e seguendo le indicazioni europee sulla necessità di limitare la precarietà lavorativa e quindi rafforzare la tutela della flessibilità in entrata, contemporaneamente riducendo la tutela in uscita dei lavoratori a tempo indeterminato.

Sul punto chi scrive ha avuto modo di precisare altro alla Corte di giustizia sia in termini di valutazione qualitativa delle nuove discipline (anche della riforma Fornero, introdotta surrettiziamente nel giudizio pregiudiziale *Carratù* con la norma interpretativa dell'art. 1, comma 13, della legge n. 92/2012 rispetto all'art. 32, comma 5, del Collegato lavoro) sia in termini di compatibilità comunitaria e di coerenza con le reali indicazioni provenienti dall'Europa.

Ha scritto nell'*abstract* della sua analisi sull'evoluzione e involuzione del mercato del lavoro nazionale autorevole dottrina²⁶³: «Il 2012 sarà, secondo le previsioni, l'anno del cambiamento. Il diritto del lavoro dovrebbe avere un nuovo indirizzo, secondo idee che cambiano in continuazione con volatilità eccezionale. Ripensando agli ultimi vent'anni, in cui si sono cumulate leggi su tutto, viene da chiedersi se sono stati anni utili o addirittura superflui. Il "mercato del lavoro" è stato sempre più al centro dell'attenzione, ma, tentando un primo resoconto, senza buoni risultati ed anzi con la sensazione spesso che le parole non hanno corrisposto alle intenzioni e le intenzioni non sempre erano buone. L'esigenza comunemente sentita è delle liberalizzazioni, ma la previsione di "contratti impossibili", come quelli a termine ed a progetto, ha irrigidito e non liberalizzato il mercato. Dopo parecchi anni di sperimentazione, si può dire veramente che i contratti a termine e quelli a progetto sono "impossibili" e cioè non si può stipularli in modo legittimo, per errori grossolani del legislatore. L'unica liberalizzazione vera è stata per gli appalti, liberati dai vincoli eccessivi della vecchia legislazione. Per il 2012 non resta che sperare».

Chi scrive già dal maggio 2009²⁶⁴ sottolineava che la precarietà è una categoria dello spirito o una condizione connaturale all'umana esistenza, ma, in uno Stato sociale in cui l'obiettivo e la ragion d'essere dell'organizzazione amministrativa democratica è il benessere dei cittadini, non è sostenibile né giustificabile una situazione di precariato diffuso del lavoro, cioè di incertezza e di instabilità delle condizioni di lavoro²⁶⁵.

Se il precariato c'è, e, soprattutto, se nasce e si radica ben prima dell'attuale crisi economica, esso è strettamente connesso con la precarietà delle regole sostanziali e processuali, che potrebbero evitare il diffondersi di quella che è una patologia sociale ed economica. Se c'è una precarietà delle regole, significa che la funzione legislativa è stata alterata dal prevalere degli abusi sulle possibilità del legislatore di prevenire e correggere le disfunzioni del sistema. C'è un solo soggetto in grado di interferire negativamente sulla funzione legislativa, attenuandone o vanificandone le capacità di intervento per la soluzione dei problemi: lo Stato-apparato o Stato-amministrazione, con tutte le sue implicazioni, strutture, ramificazioni, comprese quelle che svolgono attività dichiaratamente imprenditoriali. E' lo Stato che ha creato e mantenuto il precariato sia nel settore pubblico che, in forme dirette o indirette, nell'impiego privato, facendo leva sul diffuso principio di irresponsabilità individuale di chi agisce in nome e per conto della pubblica amministrazione. E' lo Stato che ha abusato e abusa del diritto e del processo, creando meccanismi conservativi e difensivi degli abusi che sono quasi impossibili da eliminare.

Nel mercato del lavoro interno la situazione è ancora più critica, perché, all'interno di una Unione europea che cerca di indirizzare verso modelli forti di *flexicurity*²⁶⁶, sono venuti meno due dei

²⁶³ M. MISCIONE, *Il mercato del lavoro degli anni '2000*, in *LG*, 2012, n. 1, p. 3.

²⁶⁴ Cfr. V. DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, cit., pp. 1-2.

²⁶⁵ Per un'ampia riflessione su cause e rimedi alla precarietà del lavoro, v. A. PICCININI, *Le vie d'uscita dalla precarizzazione*, in *LG*, 12, 2006, p. 1175 ss. e L. MENGHINI, *Clausola generale e ruolo della contrattazione collettiva*, in M. D'ONGHIA, M. RICCI (a cura di), *Contratto a termine tra pubblico e privato*, Milano, 2009, p. 25 ss.

²⁶⁶ Rimando al mio lavoro *La riforma degli ammortizzatori sociali e l'indennità di mobilità*, in *LG*, 9, 2007, p. 863 ss.

tre pilastri su cui si può costruire un efficiente sistema che coniughi flessibilità e sicurezza nel mercato del lavoro²⁶⁷.

Il primo pilastro è costituito da una adeguata organizzazione dei servizi per l'impiego, fondata su strutture pubbliche e private che favoriscano un ottimale incontro tra domanda e offerta di lavoro. Dopo il fallimento del sistema di collocamento pubblico monopolista, la riforma dei servizi per l'impiego, iniziata con il trasferimento delle competenze amministrative a Regioni e Province con il d. lgs. n. 469/1997, non ha portato ad alcun risultato significativo in materia di politiche attive del lavoro.

Il secondo pilastro, cioè un'efficiente sistema di ammortizzatori sociali diffusi, stenta ad affermarsi al di fuori di settori economici più forti e più tutelati, con i soliti interventi straordinari in deroga²⁶⁸ che, soprattutto di recente²⁶⁹, rendono apparentemente inverosimile e ancora irraggiungibile l'obiettivo della riforma strutturale.

Il terzo pilastro della flessicurezza, cioè un sistema di regole certe e organiche sulla qualificazione e sulla gestione dei rapporti di lavoro, pareva un dato acquisito dall'ordinamento interno, anzi il modello italiano è stato sempre considerato un sicuro riferimento anche per la legislazione degli altri Paesi comunitari di *civil law*.

Si è sottolineato anche alla Corte di giustizia che ciò è avvenuto fino all'entrata in vigore della normativa di recepimento della direttiva 1999/70/CE, che regola sul piano comunitario la disciplina del contratto a tempo determinato: il d.lgs. n. 368/2001. La riforma dei rapporti a termine, più della successiva riforma contenuta nel d.lgs. n. 276/2003, ha rappresentato in modo esauriente la crisi della funzione legislativa interna e la perdita di credibilità del nostro ordinamento rispetto agli altri Stati comunitari sul piano dell'inquadramento sistematico e della disciplina dei due principali contratti di lavoro subordinato: quello a tempo indeterminato e, naturalmente, l'omologo e complementare (e contrapposto) a tempo determinato.

Sempre nel maggio 2009, nelle more del faticosissimo processo normativo del c.d. Collegato lavoro (legge n. 183/2010), sono state proposte alcune riflessioni conclusive²⁷⁰ sulla precarietà dei rapporti di lavoro: «In realtà, il problema strutturale più urgente da risolvere è sicuramente quello delle tutele (in uscita) sul contratto a tempo determinato e delle tutele in materia di licenziamenti individuali (e collettivi) dei rapporti a tempo indeterminato. La mancanza di omogeneità e di coordinamento del quadro sanzionatorio, nella confusione ormai cronica tra tutela specifica e tutela civilistica, ha creato troppe situazioni discriminanti sia all'interno della stessa tipologia sia nel rapporto tra tutele del recesso del contratto flessibile e corrispondenti situazioni di tutela del licenziamento dal rapporto a tempo indeterminato. A tal proposito, l'unificazione nella nozione di licenziamento della cessazione del rapporto di lavoro per iniziativa dell'impresa, implicita nel DDL 1167 (art. 67) sulle "decadenze", appare condivisibile. Ma è necessario, ormai, modificare l'art. 18 della legge n. 300/1970. La tutela "reale" è effettivamente eccessiva, in un contesto in cui la riforma "strisciante" degli ammortizzatori sociali va sempre più nella direzione di un'estensione generale e di sostenuto livello economico (a parte il caso di Alitalia, in cui l'intervento finanziario è addirittura eccessivo e destabilizzante) delle forme di tutela previdenziale di sostegno al reddito di chi ha perso il posto di lavoro. L'alibi dei lunghi tempi processuali, lo spettro di un atteggiamento della magistratura del lavoro troppo favorevole ai lavoratori subordinati (si tratta di un mito di un passato ormai lontano: la Giurisprudenza sia di merito che di legittimità da decenni esprime orientamenti molto equilibrati; ma ormai le sentenze vengono lette e riportate solo nei bilanci di Poste) hanno costituito lo specchio per le allodole per abusi di tutti i tipi sui processi e sulle regole, commessi dallo Stato-amministrazione e dallo Stato-imprenditore. Se da un lato occorre eliminare o attenuare questi abusi, con normative differenziate tra lavoro privato, lavoro privato nella impresa pubblica (però l'art. 18 dl. n. 112/2008 costituisce parva materia) e pubblico impiego, per isolare e contestualizzare i fenomeni di abuso sul contenzioso da parte dello

²⁶⁷ Sul tema, v. J. GAUTHÉ, *Gli economisti contro le tutele del mercato del lavoro: dalla regolazione alla flexicurity*, in *DRI*, 2005, 1, p. 5, ma anche le proposte del senatore, Prof. Ichino, sul suo sito www.pietroichino.it.

²⁶⁸ V. M. MISCIONE, *Gli ammortizzatori sociali per l'occupabilità, relazione alle giornate di studio (Venezia, AIDLASS 25-26/5/2007)*, in www.aidlass.org/attivita/convegni.htm. V. per ulteriori approfondimenti, D. GAROFALO, *La riforma degli ammortizzatori sociali: l'ipotesi "neocostituzionalista"*, su *Adapt, Working paper*, n. 63/2008 e, in particolare, la fondamentale monografia dello stesso Autore su *La cassa integrazione guadagni*, 2011, Milano.

²⁶⁹ V., emblematicamente, il caso *Alitalia/Cai/Alitalia*.

²⁷⁰ V. *Ibidem*, pp. 298-299.

Stato, ormai l'art. 18 della legge n. 300/1970 è diventato più un ostacolo indiretto ad una tutela effettiva che un forte strumento deterrente rispetto ai comportamenti illegittimi dei datori di lavoro.

La soluzione "Basilico" (venti mensilità) per i contratti a termine abusivi nel pubblico impiego appare una tecnica sanzionatoria efficace e su quel percorso (risarcitorio di elevato livello economico e non più anche ripristinatorio del rapporto interrotto) si può costruire un buon sistema di tutele differenziate ed effettive. La modifica dell'apparato sanzionatorio in caso di licenziamenti illegittimi va inserita, naturalmente e come condizione imprescindibile per poter operare senza fratture nel sistema di tutele complessive, in un contesto di ammortizzatori sociali omogenei, diffusi e di lungo periodo, oltre che economicamente e finanziariamente adeguati. Altrimenti, la flexicurity²⁷¹ rimarrà per gli italiani solo il sogno "danese".

Hanno scritto Trichet e Draghi nella lettera della BCE del 5 agosto 2011 sul problema della tutela dei licenziamenti e sulla flessibilità e la tutela del lavoro atipico, al punto c) delle indicazioni allo Stato italiano di intervento strutturale: «Dovrebbe essere adottata un accurata revisione delle norme che regolano l'assunzione e il licenziamento dei dipendenti, stabilendo un sistema di assicurazione dalla disoccupazione e un insieme di politiche attive per il mercato del lavoro che siano in grado di facilitare la riallocazione delle risorse verso le aziende e verso i settori più competitivi». Si è sottolineato che la sintesi operativa della Bce è magnifica e chi scrive ha rinunciato volentieri al *copyright*, che del resto risale al Libro bianco di Biagi e ai motivi per cui il giurista è stato "sacrificato" alle Brigate rosse, motivi ben diversi dalle modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, che in quel documento dell'ottobre 2001 non trovava alcuna collocazione.

In conseguenza, il giudizio di valore negativo rispetto sia all'art. 32 del Collegato lavoro 2010 che alla riforma Fornero che, implicitamente, la Corte di giustizia esprime attraverso la risposta al quinto quesito pregiudiziale potrebbe essere interpretato alla luce delle diverse indicazioni provenienti dagli interpreti nazionali sulla idoneità degli interventi legislativi censurati a raggiungere non tanto e non solo gli obiettivi indicati dall'Europa, quanto piuttosto le necessità ed esigenze degli operatori economici di certezza e di chiarezza delle regole e di effettività delle tutele.

Su queste basi e con queste premesse, è forse più agevole comprendere la soluzione adottata dalla Corte di giustizia nella causa *Carratù* sulla quinta questione, dopo aver preso atto con il silenzio delle parti resistenti che non esistevano ragioni oggettive per modificare in modo peggiorativo le tutele riconosciute, addirittura intervenendo sui giudizi in corso.

h3) Non esistevano ragioni oggettive per modificare in *peius* le tutele già riconosciute ai lavoratori a tempo determinato, secondo la sentenza *Carratù-Papalia*

Sostiene la Corte, richiamando ai punti 40 e 41 la sentenza *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* (punto 47) e la sentenza *Del Cerro* (punto 37), che, alla luce degli obiettivi fissati dalla clausola 1, lettera a), dell'accordo quadro e dal 14° considerando della direttiva 1999/70/CE, la clausola 4 dell'accordo quadro mira a dare applicazione al principio di non discriminazione nei confronti dei lavoratori a tempo determinato, al fine di impedire che un rapporto di impiego di tale natura venga utilizzato da un datore di lavoro per privare questi lavoratori di diritti riconosciuti ai lavoratori a tempo determinato.

Tuttavia, precisa la Corte, la parità di trattamento di cui alla clausola 4, n. 1, dell'accordo quadro non si applica fra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato non comparabili (punto 42) e, dunque, occorre preliminarmente valutare se l'indennità corrisposta in caso di illecita apposizione di un termine ad un contratto di lavoro a tempo determinato e quella versata in caso di illecita interruzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato debba essere determinata in modo identico, cioè occorre innanzitutto verificare se sia possibile ritenere che gli interessati si trovino in situazioni comparabili (punto 43), indicando come precedente da applicare in via analogica la sentenza *Valenza* (punto 42 e giurisprudenza ivi citata).

L'indicazione della sentenza *Valenza* come elemento chiarificatore "per analogia" dell'interpretazione comunitaria è estremamente significativa per comprendere, in fatto, la soluzione della Corte di giustizia. Nella fattispecie della causa *Valenza*, così come per i lavoratori pubblici precari

²⁷¹ V. R. DE LUCA TAMAJO, *Flexicurity: un improbabile ossimoro o un'utile mediazione?*, relazione al Convegno *Competitività, flessibilità del mercato e diritti fondamentali dei lavoratori*, Ascoli Piceno, 20-21 marzo 2009.

di Poste italiane assunti senza concorso, erano stati stabilizzati con norma di urgenza neanche convertita in legge lavoratori pubblici assunti a tempo determinato alle dipendenze delle Autorità indipendenti senza concorso, e il Consiglio di Stato si era molto lamentato di questa situazione e della richiesta giudiziale della equiparazione del trattamento economico e della progressione professionale degli *ex* precari dell'AGCM rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili, equiparazione che la stessa disposizione di urgenza aveva "pudicamente" escluso, al punto da sollevare ordinanze di rinvio pregiudiziale sul presupposto della equivalenza della tutela complessiva assicurata, nel caso di specie, dal combinato disposto delle clausole 4 e 5 dell'accordo quadro comunitario e richiamando, a sostegno, l'ordinanza *Affatato* della Corte che avrebbe ribadito, secondo il Collegio amministrativo, il divieto di conversione dei contratti nel pubblico impiego.

La Corte di giustizia nella sentenza *Valenza* ha sconfessato l'interpretazione dell'ordinanza *Affatato* proposta dal Consiglio di Stato (che è identica a quella della Cassazione nella sentenza n. 392/2012) e ha manifestato la irrilevanza della clausola 5 dell'accordo quadro comunitario ai fini della soluzione della controversia, proprio perché la tutela "preventiva" antiabusiva era stata già esercitata e applicata dallo Stato nella riqualificazione del rapporto di lavoro e, quindi, non si potevano mettere in discussione le scelte legislative già adottate (a prescindere dalla loro congruenza etica) e le tutele già assicurate. Poiché, dunque, risultava dagli atti di causa che gli *ex* precari della AGCM durante i periodi di servizio a tempo determinato avevano svolto le stesse mansioni dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili, non vi era motivo di non applicare (soltanto) la clausola 4, n. 1, dell'accordo quadro comunitario con il riconoscimento della piena anzianità professionale e progressione economica.

Ben diverso il caso *Carratù*, in quanto, sostiene giustamente la Corte, si deve constatare che una di queste indennità è corrisposta in una situazione che è considerevolmente diversa da quella che dà luogo al versamento dell'altra indennità. La prima indennità, infatti, riguarda lavoratori il cui contratto è stato stipulato in modo irregolare, mentre la seconda riguarda lavoratori licenziati (punto 44). Ne consegue che la parità di trattamento fra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato comparabili, quale imposta dalla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, non trova applicazione in una controversia come quella oggetto del procedimento principale (punto 45).

Sin qui il ragionamento è estremamente lineare, perché non possono teoricamente equipararsi situazioni che sono oggettivamente diverse, come aveva sostanzialmente evidenziato anche la Commissione europea che era però partita dalla conclamata equiparazione delle tutele e dalla possibilità di individuare ragioni oggettive per non applicare la clausola 4, n. 1, dell'accordo quadro che, *stricto iure*, andava applicata "in fatto" una volta accertato che il Giudice del rinvio aveva correttamente descritto la normativa interna applicabile. Anche l'Avvocato generale Wahl era giunto alle stesse conclusioni, seppure sulla base del giudizio di valore negativo sull'aspettativa impossibile della riqualificazione di un unico contratto a tempo determinato per ragioni sostitutive per ferie alle dipendenze di un datore di lavoro caratterizzato dalla forte stabilità lavorativa e organizzativa come lo Stato (in buona sostanza, le stesse considerazioni che avevano mosso il Consiglio di Stato a proporre le questioni pregiudiziali nella causa *Valenza*).

La Corte di giustizia, invece, sgombra il campo da ogni equivoco e incastra il legislatore statale alle sue responsabilità e alle sue scelte discrezionali nella definizione della tutela preventiva, con un'argomentazione semplice per quanto geniale e inaspettata.

Precisa, infatti, la Corte nella sentenza *Carratù* che esiste la clausola 8, punto 1, dell'accordo quadro (che nessuna delle parti ha invocato e richiamato, neanche la Commissione, e che viene interpretata ed applicata per la prima volta nella giurisprudenza comunitaria), che dispone che «[g]li Stati membri e/o le parti sociali possono mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nel presente accordo» (punto 46). Più specificamente, se la formulazione della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro non consente di ritenere che l'indennità che sanziona l'illecita apposizione di un termine ad un contratto di lavoro e quella corrispondente all'interruzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato si riferiscano a lavoratori che si trovano in situazioni comparabili, dal combinato disposto delle summenzionate clausole 4, punto 1, e 8, punto 1, risulta che queste legittimano gli Stati membri che lo desiderino a introdurre disposizioni più favorevoli ai lavoratori a tempo determinato e, pertanto, ad assimilare, in un'ipotesi come quella in discussione nel procedimento principale, le conseguenze economiche della illecita conclusione di un contratto di

lavoro a tempo determinato a quelle che possono derivare dalla illecita interruzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato (punto 47).

Di conseguenza, la Corte al punto 48 risponde alla quinta questione dichiarando che, sebbene l'accordo quadro non osti a che gli Stati membri introducano un trattamento più favorevole rispetto a quello previsto dall'accordo stesso per i lavoratori a tempo determinato, la clausola 4, punto 1, di detto accordo quadro deve essere interpretata nel senso che non impone di trattare in maniera identica l'indennità corrisposta in caso di illecita apposizione di un termine ad un contratto di lavoro e quella versata in caso di illecita interruzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato.

D'altra parte, la risposta della Corte di giustizia ai quesiti quarto e quinto del Tribunale di Napoli nella sentenza *Carratù* trova simmetrica corrispondenza con la risposta all'unica questione pregiudiziale del Tribunale di Aosta della stessa Corte e nello stesso giorno con l'ordinanza *Papalia*: «L'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretato nel senso che esso osta ai provvedimenti previsti da una normativa nazionale, quale quella oggetto del procedimento principale, la quale nell'ipotesi di utilizzo abusivo, da parte di un datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, preveda soltanto il diritto, per il lavoratore interessato, di ottenere il risarcimento del danno che egli reputi di aver sofferto a causa di ciò, restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, quando il diritto a detto risarcimento è subordinato all'obbligo, gravante su detto lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione. Spetta al giudice del rinvio valutare in che misura le disposizioni di diritto nazionale volte a sanzionare il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato siano conformi a questi principi».

h4) Non esistevano ragioni oggettive per applicare l'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 e per modificare in *peius* le tutele già riconosciute ai lavoratori a tempo determinato alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, secondo la sentenza *Carratù-Papalia*

L'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 non c'è più, era una norma senza sanzione (ma alla grandissima maggioranza degli interpreti nazionali tale evidenza letterale era sfuggita, nell'affanno di cercare come *Godot* un risarcimento dei danni di impossibile quantificazione per un rapporto di lavoro che si autoannulla *ex lege*), la Corte di giustizia finalmente dichiara "OSTA" e così, forse, i dubbi sono definitivamente dissipati.

Scompare anche il famoso «divieto di conversione», di cui non si fa mai menzione nell'ordinanza *Papalia*, così come non se ne trova traccia nelle sentenze Marrosu-Sardino e Vassallo, mentre compare nove volte nell'ordinanza *Affatato*, ma solo all'interno dei quesiti proposti dal Tribunale di Rossano: è un segno evidente che i giuristi nazionali sono andati fuori strada e hanno perso sin dall'inizio le coordinate interpretative, che dovrebbero essere legate, innanzitutto, alla ermeneutica letterale e sistematica delle norme, e non alla *intentio legis*, perché la volontà del legislatore sarà sempre e soltanto quella di favorire se stesso quanto la nuova disciplina da applicare opera anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

Erano già chiare le indicazioni fornite dalle sentenze del 6 settembre 2006 della Corte di giustizia sul precariato sanitario ligure: si applicano a tutti i datori di lavoro pubblici e privati gli artt. 1, 4 e 5 d.lgs. n. 368/2001, norme integralmente trascritte nelle decisioni della Corte europea perché «l'art. 10 del d.lgs. n. 368/2001 contiene una lista di casi in cui è esclusa l'applicazione della nuova regolamentazione relativa ai contratti a durata determinata. Nessuno di tali casi riguarda l'amministrazione pubblica.» (sentenza *Marrosu-Sardino*, punto 13).

La compatibilità *prima facie* dell'art. 36, comma 2 (nel testo originario), d.lgs. n. 165/2001 era soltanto una indicazione molto precisa al legislatore nazionale di accelerare i processi di stabilizzazione del precariato pubblico e a modificare, contestualmente, le regole della flessibilità in entrata (art. 1,

commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001) sia quelle della flessibilità in uscita (art. 18 della legge n. 300/1970) perché il solo risarcimento dei danni come misura equivalente a quella applicata ai lavoratori a termine nel settore privato (assunzione a tempo indeterminato sin dal primo giorno del rapporto a tempo determinato irregolare o illecito perché privo di ragioni oggettive temporanee) era già di impossibile attuazione perché eccessivamente oneroso per le finanze erariali. E' stata data una *chance* all'ordinamento interno per fare ordine nel sistema di tutele contro gli abusi nella successione dei contratti a tempo determinato e nel sistema di tutele discriminatorie in ragione dei requisiti dimensionali delle imprese contro i licenziamenti ingiustificati.

Ma il legislatore, perdendosi dietro gli interessi macroeconomici e poco collettivi delle sue imprese pubbliche, ha fatto finta di aver capito solo in parte con le leggi di stabilizzazione del precariato pubblico n. 296/2006 e n. 244/2007, aggiungendo con il Collegato lavoro 2007 (legge n. 247/2007) e con decorrenza dal 1° aprile 2009 quella ulteriore misura ostativa della durata massima complessiva dei rapporti e contratti a termine successivi di cui alla clausola 5, n. 1, lettera b), dell'accordo quadro comunitario sul lavoro, cioè l'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001.

La Corte di giustizia ha sempre perfettamente compreso quale era il senso della sentenza n. 89/2003 della Corte costituzionale di inventarsi un divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego che nella disciplina di recepimento della normativa comunitaria sul lavoro a tempo determinato non era previsto, e ha cercato di evitare censure e risposte dirette che potevano creare il collasso del sistema finanziario in considerazione della chiara indicazione del legislatore nazionale con il primo testo dell'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 165/2001 di creare tutti i presupposti giuridici per le assunzioni clientelari e dirette senza concorso a tempo determinato nella pubblica amministrazione.

Al punto 10 della sentenza *Marrosu-Sardino*, infatti, è riprodotta la norma "permissiva" dell'art. 36, comma 1, TUPI nella versione originaria, in cui vi era ancora il richiamo alla legge n. 230/1962, che viene sapientemente occultato dietro l'*omissis* creativo "(...)", che avrebbe dovuto consentire ai Giudici nazionali di individuare – riempiendo gli spazi vuoti - la disciplina interna da applicare nel caso (scontato per la Corte di giustizia) non si riuscisse a provare l'effettività della non-sanzione dell'art. 36, comma 2 o 6 o 5, d.lgs. n. 165/2001: «1. 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. I contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo (...)». Solo in Italia non ci si è accorti che la norma sulla flessibilità nel pubblico impiego nell'originaria formulazione era stata inserita nel testo unico in una *sedes materiae* che, distaccata dall'art. 35 d.lgs. n. 165/2001 sul reclutamento a tempo indeterminato e le procedure selettive ivi previste, ha consentito per quasi cinque anni assunzioni a tempo determinato dirette e clientelari delle pubbliche amministrazioni "legittimamente" senza concorso.

Sono risposte criptiche o poco chiare, allora, le risposte fornite dalla sentenza *Carratù-Papalia* della Corte europea? Assolutamente no, anche nelle sue applicazioni pratiche dirette nel processo comunitario, precisando la Corte che, in relazione alla risposta già fornita alla quarta e alla quinta delle sette questioni pregiudiziali dell'ordinanza *Carratù*, non è più necessario rispondere alle altre sul giusto processo, compresa la ottava questione pregiudiziale sull'art. 1, comma 13, della legge n. 92/2012 che è stata sollevata con l'ordinanza *D'Aniello* dallo stesso Tribunale di Napoli.

E' superfluo, dunque, rispondere sull'applicazione della norma primaria del TUE dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e del principio fondamentale del giusto processo di cui all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, su cui peraltro neanche è stata rivolta domanda alle parti all'udienza del 5 giugno 2013 per la evidenza della violazione delle normative predette di cui all'art. 6 del TUE, perché, intervenendo direttamente la clausola 4, n. 1, dell'accordo quadro comunitario a proteggere la norma originaria attuativa della tutela sanzionatoria in caso di abusi nell'utilizzo dei contratti a tempo determinato in regime di equivalenza con la disciplina limitativa dei licenziamenti individuali, la non applicazione dell'intero art. 32 della legge n. 183/2010 sia per quanto riguarda il doppio regime di decadenza sia per quanto riguarda la sanzione prevista dal comma per tutti i contratti a tempo determinato stipulati fino al 24 novembre 2010 (per la nuova sanzione) e fino al 31 dicembre 2011 (per la doppia decadenza) pare un dato scontato.

In realtà, la sentenza *Carratù* della III Sezione “italiana” e l’ordinanza *Papalia* della VIII Sezione “italiana” della Corte di giustizia dell’Unione europea sono destinate a rivoluzionare tutto il sistema di tutela sostanziale e processuale dei diritti fondamentali dei lavoratori pubblici e privati e delle imprese di fronte all’invadenza e all’intervento senza regole dello Stato nell’economia, da dover dar conto, anticipatamente, di quelli che potrebbero essere gli scenari delle novità legislative, giurisdizionali e strutturali sul piano istituzionale, politico, sociale ed economico, non senza aver evidenziato, ancora una volta, che si tratta non di una monade ma di una decisione “concordata” con la Corte costituzionale, con la Cassazione, con la Corte europea dei diritti dell’uomo, con la Commissione europea e con i lavoratori e le imprese italiane che, attraverso la mediazione della libera Avvocatura, sono riusciti finalmente a sfondare il muro dell’omertosa difesa di un apparato amministrativo che solo formalmente rappresenta lo Stato italiano e che invece lo Stato di diritto aveva cercato di distruggere. Proviamo a delineare effetti e scenari che si aprono nell’ordinamento interno dopo questa straordinaria sentenza.

i) La sentenza *Carratù* e l’intervento dello Stato italiano nell’economia.

La decisione, qualificando Poste italiane come organismo pubblico e quindi Stato, costringerà necessariamente il Governo e il Parlamento ad interventi normativi e regolamentari che rendano compatibile la presenza della più grande società a partecipazione pubblica nel mercato concorrenziale bancario, finanziario, assicurativo, del servizio postale universale, della telefonia mobile, dei trasporti aerei, ferroviari e marittimi, della vendita dei pannolini e dei prodotti di contenimento igienico-sanitario, evitando ulteriori pratiche di *dumping* statale che sarebbero *tout court* considerati aiuti di Stato.

La censura della Corte di giustizia sugli abusi dello Stato postale sulle regole e sui processi è stata così dura e così chiara che, evidentemente, dovrà essere ripensato l’intero sistema di intervento dello Stato e del parastato nell’economia, attraverso quantomeno una vendita effettiva parziale o totale del capitale pubblico a privati o almeno un passaggio alla previdenza dei lavoratori del settore privato corrispondente, con versamento della contribuzione obbligatoria in misura identica a quella delle imprese private operanti nel campo merceologico e contrattuale corrispondente.

Contestualmente al deposito all’udienza del 12 dicembre 2013 della sentenza *Carratù* il Governo Letta ha comunicato di aver discusso in Consiglio dei Ministri della privatizzazione di Poste italiane con la vendita del 40% delle azioni dell’impresa pubblica/Stato, riservandone una parte (3-4%) all’azionariato interno dei dipendenti. Qualche giorno dopo, grazie al silenzio comunicazionale (evidentemente) preteso sulla decisione della Corte di giustizia, Poste italiane ha aderito alla partecipazione nella misura di 75 milioni di euro dell’acquisto delle azioni Alitalia, confermando l’indifferenza delle Istituzioni politiche di gestione della cosa pubblica, delegittimate dalla Corte costituzionale con la declaratoria di illegittimità della legge n.270/2005, nei confronti delle indicazioni questa volta inequivoche provenienti dall’Europa sulla necessità di rispettare le regole della concorrenza e degli aiuti di Stato dopo le sistematiche e impunte violazioni che hanno provocato miliardi di euro di costi dell’operazione di “salvataggio” Alitalia (compresa la procedura di infrazione di 300 milioni di euro).

Non casualmente, dopo la sentenza *Carratù* della Corte di giustizia l’ex monarca previdenziale è stato messo a riposo il 1° febbraio 2014 prima della scadenza del mandato dittatoriale al 31 dicembre 2014, per compensare l’assurda proroga dell’incarico rispetto alla data di scadenza originaria del 30 giugno 2012.

l) La sentenza *Carratù-Papalia* e il primo e unico contratto a tempo determinato con causale finanziaria ingiustificata e con ragioni oggettive temporanee di cui all’art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001 e all’art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 nel pubblico impiego

La sentenza ha fatto strame di quella giurisprudenza interna di favore che si era formata sul falso presupposto, in parte avallato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 214/2009, che il primo e unico contratto a tempo determinato non entrasse nel campo di applicazione della clausola 5, n. 1,

lettera a) e n. 2 dell'accordo quadro comunitario, come peraltro affermato erroneamente dalla sentenza *Mangold* nella Corte di giustizia.

La sentenza *Carratù* recepisce sul punto le indicazioni della sentenza *Sorge* della stessa Corte di giustizia, della sentenza n. 107/2013 della Corte costituzionale e dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale *Napolitano* sul precariato scolastico, delle sentenze "comunitarie" nn. 12985/2008, 2279/2010, 10033/2010 e n. 23702/2013 della Cassazione nonché delle ordinanze di rinvio pregiudiziale sul lavoro marittimo della Corte di legittimità che, anche nel 2013 nonostante l'introduzione del contratto a-causale a tempo determinato con la riforma Fornero, attestano che l'art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001 è l'unica misura interna attuativa della clausola 5 dell'accordo quadro comunitario e va applicata indistintamente dai datori di lavoro pubblici e privati e per ogni singolo contratto o rapporto a termine.

In particolare, come già ricordato, il problema dell'applicazione della normativa in materia di reclutamento pubblico è stato affrontato dalla Sezione lavoro della Cassazione anche riguardo agli abusi dei contratti a termine da parte di imprese pubbliche che svolgono servizi pubblici di interesse generale e la decisione del 18 ottobre 2013 n. 23702, allegata alla Corte di giustizia alle osservazioni scritte dei lavoratori sulle questioni pregiudiziali sul lavoro marittimo, ha riconosciuto l'applicazione anche ai datori di lavoro pubblici in forma di impresa della disciplina interna di tutela di diritto privato (nella fattispecie concreta, la legge n. 230/1962), richiamando la sentenza n. 227/2013 della Corte costituzionale.

Ha precisato la Corte di cassazione sui contratti a termine delle imprese a partecipazione pubblica locale (farmacie comunali) che «con sentenza 2 marzo 2006 n. 4588 le Sezioni unite di questa Corte hanno illustrato l'evoluzione legislativa in materia di contratto di lavoro a termine, il quale costituisce sempre eccezione rispetto alla regola costituita dal contratto a tempo indeterminato. Le Sezioni unite hanno così chiarito che, mentre con legge n. 230 del 1962 il legislatore introdusse il sistema della "lista chiusa" dei motivi che permettevano la stipulazione dei contratti temporanei, con la legge n. 56 del 1987 egli ha rinunciato alla previsione di fattispecie tassative ed ha per contro affidato alla contrattazione collettiva, nazionale oppure locale, la possibilità di autorizzare il contratto a termine "per causali di carattere oggettivo ed anche - alla stregua di esigenze riscontrabili a livello nazionale o locale - per ragioni di tipo meramente soggettivo, consentendo (in funzione di promozione dell'occupazione o anche di tutela delle fasce deboli di lavoratori) l'assunzione di speciali categorie di lavoratori. Le Sezioni unite hanno aggiunto che con il d.lgs. n. 368 del 2001 il legislatore ha superato "le forme di assunzioni a termine contrattualizzate" (licet: nella sede collettiva) ed è tornato a chiedere (art. 1) alle parti del contratto individuale le specificazioni in forma scritta delle ragioni giustificatrici del contratto a termine. Questa ricostruzione diacronica del sistema legislativo non significa che nel periodo compreso tra la legge del 1987 ed il decreto legislativo del 2001 le parti che concludevano il contratto individuale di lavoro potessero apporre un termine senza indicarne la ragione giustificativa. Significa, ben diversamente, che esse non erano più libere di individuarla nell'ambito di un'elencazione legislativa ma potevano limitarsi ad applicare la previsione del contratto collettivo, soltanto richiamandola. L'esplicito richiamo era però necessario onde permettere in ogni caso il controllo giudiziario sull'operato delle parti, mentre il loro silenzio in proposito avrebbe permesso il mero arbitrio delle medesime, ed in particolare del datore di lavoro che del termine si giovava sul piano economico. Né questo effetto negativo avrebbe potuto evitarsi permettendo allo stesso datore di lavoro di fornire un'eventuale e successiva giustificazione del termine, in sede giudiziaria, ciò che avrebbe reso eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti del lavoratore, in contrasto con l'art. 24 Cost. In dottrina si è voluta ravvisare un'ipotesi di contratto a tempo determinato "acausale" soltanto nella previsione dell'art. 1, comma 9, l. 28 giugno 2012 n. 92, che, introducendo l'art. 1-bis nel d.lgs. n. 368 del 2001, ha permesso in un caso eccezionale la non indicazione della ragione giustificativa del termine. Ma quell'ipotesi eccezionale dev'essere comunque verificabile».

Sul punto, la Corte di cassazione censura senz'altro, seppure *de relato*, anche la 1^a ordinanza *Vino* della Corte di giustizia, che è stata indicata dalla dottrina²⁷² come *occasio* e causa giustificativa per l'introduzione del primo contratto privo di ragioni oggettive, come aveva già fatto nella descrizione della normativa interna applicabile (eventualmente) anche ai contratti a termine della gente di mare

²⁷² V. L. MENGHINI, *Contratto a termine (art. 1, commi 9-13, L. n. 92/2012)*, cit., pp. 932-933.

nelle tre ordinanze di rinvio pregiudiziale riunite *Fiamingo ed altri*, in cui aveva escluso come corpo estraneo alle misure preventive antiabusivo della disciplina nazionale il contratto acausale.

Quindi, la Corte di giustizia con la sentenza *Carratù*, d'intesa con la più recente giurisprudenza della Cassazione e della Corte costituzionale, ha decretato la fine giuridica della norma di favore della causale finanziaria introdotta dall'art. 1, comma 558, della legge n. 266 del 2005, nello stesso provvedimento normativo che ha causato il caso *Agrati-Scattolon* e che ha creato le premesse per una banca di Stato come la struttura finanziaria di BancoPosta, legittimata dal Tribunale comunitario di 1° grado nella sentenza del 13 settembre 2013 per essere riformata tre mesi dopo dalla durissima censura etica e giuridica della sentenza *Carratù*.

Poiché il legislatore del 2001 (“coscientemente” secondo la *pietas* della Corte di giustizia o “involontariamente” secondo la *dignitas* della necessaria supplenza giurisprudenziale interna della Cassazione e della Corte costituzionale) con l'art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001 ha introdotto come unica misura preventiva di cui alla clausola 5, n. 1, lettera a) dell'accordo quadro comunitario recepito dalla direttiva 1999/70/CE, per ogni singolo rapporto a tempo determinato di durata superiore a dodici giorni, la causalità delle ragioni oggettive temporanee e specificate rigorosamente per iscritto nel contratto di assunzione, e questa tutela già riconosciuta è equiparabile a quella dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili nel campo di applicazione dell'art. 18 della legge n. 300/1970 ai sensi delle clausole 4, n. 1, e 8, n. 1, dello stesso accordo quadro, la norma di favore della causale finanziaria intervenuta a distanza di oltre cinque anni dal recepimento della direttiva comunitaria - con l'“intenzione” di favorire la flessibilità esclusiva dello Stato nella sua organizzazione pseudo-imprenditoriale di Poste italiane - non può essere applicata in contrasto con il livello di tutela “liberamente” assicurato dal legislatore del decreto 368 a tutti i lavoratori a termine in modo più favorevole rispetto alla abrogata legge n. 230/1962.

L'ordinanza *Papalia*, poi, nel trascrivere per le pubbliche amministrazioni l'art. 36, commi 1 e 2, d.lgs. n. 165/2001, come era già avvenuto con l'ordinanza *Affatato*, fa riferimento al testo introdotto dall'art. 49 dl. n. 112/2008 (convertito con modificazioni dalla legge n. 133/2008) e in vigore, per quanto riguarda il comma 2⁷³, fino al 31 agosto 2013, quando con il dl. n. 101/2013 la disposizione è stata integrata, come già anticipato, dall'avverbio “esclusivamente” e dalla sostituzione della congiunzione “e” con la disgiuntiva “o” tra gli aggettivi che qualificano le esigenze necessarie per il legittimo ricorso ai contratti flessibili da parte delle pubbliche amministrazioni: “Per rispondere ad esigenze esclusivamente di carattere temporaneo o eccezionale”.

La Corte di giustizia, al momento della decisione della causa *Papalia*, conosceva perfettamente l'evoluzione normativa interna sull'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 con le modifiche introdotte dal dl. n. 101/2013, già rappresentate dal difensore del lavoratore *Papalia* (nell'istanza di trattazione orale della causa), dai difensori della lavoratrice *Carratù* (nell'istanza di riapertura della fase orale della causa) e dai difensori dei lavoratori *Mascolo*, *Forni* e *Racca* (nell'istanza di trattazione orale delle cause riunite sul precariato scolastico), con il ritorno alla libera flessibilità per tutte le possibili esigenze temporanee e senza procedure selettive per le assunzioni a tempo determinato di un numero non superiore a cinque lavoratori (argomento *ex art.* 35, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 165/2001) salva l'introduzione delle due nuove disposizioni ostative ad ogni tipo di tutela della riqualificazione dei contratti a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato o del risarcimento dei danni, cioè il comma 4-*ter* e il comma 4-*quater* dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001, con l'assurda precisazione in due commi dello stesso articolo 36 Tupi, il comma 2 e il comma 4-*ter*, che il d.lgs. n. 368/2001 si applica a tutte le pubbliche amministrazioni ma non si applicano le tutele antiabusivo ivi previste.

⁷³ L'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, nel testo vigente dal 25 giugno 2008 al 31 agosto 2013, così disponeva: «Per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali le amministrazioni pubbliche possono avvalersi 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, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti. Ferma restando la competenza delle amministrazioni in ordine alla individuazione delle necessità organizzative in coerenza con quanto stabilito dalle vigenti disposizioni di legge, i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della somministrazione di lavoro, in applicazione di quanto previsto dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dall'articolo 3 del decreto-legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, dall'articolo 16 del decreto-legge 16 maggio 1994, n. 299, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1994, n. 451, dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 per quanto riguarda la somministrazione di lavoro, nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina con riferimento alla individuazione dei contingenti di personale utilizzabile. Non è possibile ricorrere alla somministrazione di lavoro per l'esercizio di funzioni direttive e dirigenziali».

Quindi, quando trascrive *ratione temporis* il testo dell'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 invitando i Giudici nazionali a riempire gli spazi lasciati vuoti e ad applicare la normativa attuativa della direttiva 1999/70/CE che in detto comma è espressamente richiamata, cioè il d.lgs. n. 368/2001, la Corte di giustizia nella ordinanza *Papalia* segnala anche il contenuto di specificazione delle ragioni oggettive che devono giustificare l'apposizione del termine nei contratti a tempo determinato alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, compreso l'organismo statale Poste italiane, cioè le "esigenze temporanee ed eccezionali" e, come è già avvenuto con la sentenza *Valenza* (espressamente richiamata nella sentenza *Carratù*), è del tutto indifferente per la Corte di Lussemburgo che il legislatore nazionale abbia voluto consentire l'accesso al pubblico impiego dei dipendenti pubblici di Poste italiane o delle altre pubbliche amministrazioni senza concorso o senza procedure selettive, perché l'abusivo utilizzo dei contratti a termine per un solo contratto o per una pluralità di rapporti è commesso dal datore di lavoro pubblico, che ne deve subire le conseguenze sanzionatorie previste dalle disposizioni di tutela.

Nel caso dei contratti a tempo determinato di Poste italiane stipulati fino al 31 agosto 2013, dunque, sarà sufficiente e necessaria l'interpretazione sistematica adeguatrice alla disciplina comunitaria recepita dagli artt. 1, commi 1 e 2 d.lgs. n. 368/2001 e dall'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 in combinato disposto, per pretendere in sede giudiziale, in caso di impugnativa, la specificazione e la prova delle ragioni oggettive temporanee ed eccezionali per ogni singolo contratto a tempo determinato stipulato dallo Stato-Poste italiane ai sensi della disciplina aggiuntiva dell'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, che non è più causale autonoma ma aggiunge soltanto una condizione *ex lege* di maggiore flessibilità organizzativa nella clausola di contingentamento del 15% dell'organico aziendale, più elevata rispetto a quelle previste dalla contrattazione aziendale statale e dalla contrattazione collettiva nazionale di tutti gli altri settori merceologici.

D'altra parte, come aveva già evidenziato il Massimario della Cassazione nella relazione n. 2 del 12 gennaio 2011, la prima ordinanza *Vino* dell'11 novembre 2010 aveva riferito la clausola di favore finanziario alla previgente disciplina dell'art. 1, comma 2, lettera f), della legge n. 230/1962 (per il settore aereo e aeroportuale), attribuendone l'indicazione interpretativa al Giudice del rinvio (che invece aveva detto ben altro) e decontestualizzandola con "italico" volo pindarico dal nuovo contesto normativo del d.lgs. n. 368/2001 in cui la nuova disposizione era stata inserita e all'interno del quale andava interpretata, togliendo il *favor* erariale.

Allo stato, una valutazione di compatibilità comunitaria sul piano giurisdizionale del singolo contratto a tempo determinato privo di ragioni oggettive temporanee ed eccezionali perché stipulato ai sensi dell'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 provocherebbe una violazione flagrante della normativa comunitaria, come interpretata dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Sorge* e *Carratù* e nell'ordinanza *Papalia*, con la non indifferente precisazione che la Corte europea non consente (più) che lo Stato continui a produrre norme a proprio esclusivo vantaggio e della flessibilità di imprese formalmente private che invece ora sono organismi pubblici.

Viene riabilitato anche sul piano dell'interpretazione comunitaria il principio della parità di trattamento e di non discriminazione tra lavoratori a tempo determinato pubblici e privati in servizio presso differenti datori di lavoro e tra lavoratori a tempo determinato (pubblici e/o privati) in servizio presso lo stesso datore di lavoro Poste italiane, che era stato affermato come astrattamente fondato anche nei due provvedimenti presidenziali di rigetto procedurale del 16 marzo 2010 delle due istanze di giudizio accelerato proposte rispettivamente dal Tribunale di Rossano nella causa *Affatato* e dal Tribunale di Trani nella causa *Vino*, che forse, se accolte, avrebbero aiutato l'ordinamento interno ad uscire prima dal pantano e dalla confusione attuale sulle tutele applicabili.

m) La sentenza *Carratù* e le questioni pregiudiziali pendenti sul precariato pubblico: la fine ingloriosa dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 nella censura dell'ordinanza *Papalia* e nella teoria dell'"imbutto rovesciato" sugli abusi di Stato sui processi

La soluzione della sentenza *Carratù* e dell'ordinanza *Papalia* per Poste italiane/Stato non lascia ombra di dubbio su come la Corte di giustizia deciderà, avendole già risolte anticipatamente, le questioni pregiudiziali sul precariato pubblico sollevate dalla Corte costituzionale e dal Tribunale di

Napoli (ma anche quelle sul lavoro marittimo della Cassazione sull'applicazione dell'art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001 ai rapporti a tempo determinato della "gente di mare"), tutte legate alla applicazione dell'unica misura interna attuativa della direttiva 1999/70/CE, il d.lgs. n. 368/2001 e, in particolare, dell'art. 5, comma 4-*bis* con la misura sanzionatoria aggiunta della riqualificazione dopo i trentasei mesi di servizio, nonché alla inefficacia della sanzione "storica" del risarcimento dei danni dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001.

Basti pensare, a scanso di equivoci, che il Tribunale di Napoli con le ordinanze riunite *Mascolo* C-22/13, *Forni* C-61/13 e *Racca* C-62/13 ha proposto le seguenti questioni pregiudiziali, che corrispondono alla quinta e settima questione già risolte positivamente con la sentenza *Carratù*: «2. quando debba ritenersi che un rapporto di lavoro sia alle dipendenze dello "Stato", ai sensi della clausola 5 della direttiva 1999/70/CE ed, in particolare, anche dell'inciso "settori e/o categorie specifiche di lavoratori" e quindi sia atto a legittimare conseguenze differenti rispetto ai rapporti di lavoro privati; 3. se, tenuto conto delle esplicazioni di cui all'articolo 3, comma 1, lett. c), della direttiva 2000/78/CE ed all'articolo 14, comma 1, lett. c), della direttiva 2006/54/CE, nella nozione di condizioni di impiego di cui alla clausola 4 della direttiva 1999/70/CE siano comprese anche le conseguenze dell'illegittima interruzione del rapporto di lavoro; in ipotesi di risposta positiva al quesito che precede, se la diversità tra le conseguenze ordinariamente previste nell'ordinamento interno per la illegittima interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed a tempo determinato siano giustificabili ai sensi della clausola 4».

Ne consegue che, in base al combinato disposto della clausola 4, punto 1 e della clausola 8, punto 1, dell'accordo quadro comunitario, la necessità di dare attuazione anche (e soprattutto) nei confronti delle pubbliche amministrazioni alla misura interna attuativa della clausola 5, n. 1, lettera b) e n. 2, lettera b), dello stesso accordo quadro invocata nei giudizi principali delle cause pregiudiziali promosse dalla Corte costituzionale, dai Tribunali di Aosta e di Napoli, cioè l'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 sui contratti successivi, consente (obbliga) il Giudice nazionale a non applicare o a disapplicare tutte le disposizioni interne ostative o limitative della tutela già riconosciuta e, in particolare: l'art. 4, comma 14-*bis*, della legge n. 124/1999 (supplenti scuola) e l'art. 10, comma 1, lett. c-*bis* (vigili del fuoco volontari), e commi 4-*bis* (supplenti scuola), 4-*ter* (sanità), d.lgs. n. 368/2001, nonché l'art. 36, commi 5, 5-*ter* e 5-*quater*, d.lgs. n. 165/2001 e qualsivoglia nuova (o vecchia) disposizione che il fantasioso legislatore nazionale vorrà continuare a inventare (ma vi è qualche speranza sul blocco nella produzione di nuove creature giuridiche).

Determinante ai fini della decisione della Corte è, in questo caso, anche la "rilettura" del punto 100 delle conclusioni dell'Avvocato generale Wahl sulla rilevanza della settima questione pregiudiziale e la *confessio iuris et de iure* del Governo italiano, che nelle osservazioni scritte della causa *Carratù* afferma cose diverse dalle osservazioni scritte della causa *Papalia* sull'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 e delle cause riunite *Mascolo* e a. sul precariato scolastico: «Nessuna delle parti contesta infatti la circostanza che il decreto legislativo n. 368/2001 abbia trasposto la direttiva 1999/70 in diritto italiano. Fatta salva l'affermazione che la legge n. 183/2010 è incompatibile con la clausola 4 dell'accordo quadro, non è mai stato sostenuto che la direttiva 1999/70 non sia stata trasposta correttamente nella normativa italiana. Né la formulazione delle questioni, né il tenore letterale del rinvio pregiudiziale fanno riferimento a tale questione e, alla luce della risposta che propongo di dare alla quinta questione, non ritengo che detta legge pregiudichi la trasposizione che l'Italia ha dato a tale direttiva. Inoltre, in risposta a detto quesito, il governo italiano dichiara che esso è privo di rilevanza, in considerazione della portata generale della normativa, che si applica sia al settore pubblico che a quello privato».

Senza dubbio, la "surreale" sentenza n. 392/2012 della Cassazione, impugnata dal Tribunale di Aosta con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale nella causa *Papalia* e dal lavoratore Angileri con il ricorso alla Corte EDU, ha dato il colpo di maglio autodistruttivo alla linea *Maginot* delle tecniche interpretative di non tutela dei diritti fondamentali, obbligando la Corte di giustizia a dare totale credito a quanto affermato dal lavoratore *Papalia* e dal Tribunale di Aosta nella causa principale al punto 23²⁷⁴ e ai punti 28-32²⁷⁵ sulla natura totalmente ostativa della giurisprudenza di legittimità

²⁷⁴ Il punto 23 della ordinanza *Papalia* così precisa: «A questo proposito, il sig. Papalia sostiene che l'unica forma di tutela esistente per i lavoratori del settore pubblico assunti con contratto a durata determinata in Italia sarebbe il risarcimento del danno sofferto, dato che l'articolo 35, quinto comma, del d. lgs. n. 165/2001 prevederebbe un diritto alla riqualificazione di un contratto a durata determinata in

rispetto all'attuazione delle misure di tutela imposte dalla direttiva 1999/70/CE e attuate *ignaro Supremo Iudice* dal legislatore nazionale.

Meritatissimo, poi, è il raffinato sarcasmo nei confronti del Governo italiano e della giurisprudenza di Cassazione censurata, da parte della Corte di giustizia nell'ordinanza *Papalia*, sull'onere della prova dell'esistenza delle presunzioni a carico delle pubbliche amministrazioni (punti 27 e 33 in combinato disposto) e sulla cancellazione di quella parte dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 che, secondo la sentenza n. 392/2012 della Suprema Corte nazionale, costituiva sanzione specifica conforme a punire gli abusi in caso di successione dei contratti a tempo determinato e che, a futura memoria di eventuali nuovi interventi legislativi sulla materia come *guideline* delle norme che non si devono più scrivere, occorre di seguito riprodurre: «...Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286».

Quindi, quando l'ex Ministro della Pubblica Amministrazione e della Trasparenza con le dichiarazioni del 7 gennaio 2014, in risposta alle richieste delle organizzazioni sindacali (CGIL e ANIEF-Confedir) di dare immediata applicazione all'ordinanza *Papalia* e assicurare la tutela effettiva contro gli abusi commessi ai danni dei lavoratori pubblici a tempo determinato, ha affermato che il Governo si è già adeguato alla direttiva 1999/70/CE con il dl. n. 101/2013 (e con la citata circolare ministeriale n. 5 del 21 novembre 2013 sulla "proroga finalizzata" alla stabilizzazione dei contratti a tempo determinato successivi in corso e sulla responsabilità dei Dirigenti pubblici che hanno commesso gli abusi), sappia che la Corte di giustizia del Collegio della causa *Papalia* conosce bene l'effettività dei nuovi provvedimenti adottati nella citata decretazione d'urgenza, pari allo zero assoluto, e che al 20 gennaio 2014 scadranno i due mesi di tempo assegnati dalla Commissione europea allo Stato italiano con il parere motivato del 20 novembre 2013 per adeguarsi alla clausola 5 dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato per tutto il precariato pubblico.

m1) La tesi di Poste italiane sulla peggior tutela per i lavoratori a termine nel pubblico impiego

un contratto a durata indeterminata solo a beneficio dei lavoratori del settore privato. Ebbene, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte suprema di cassazione, per un lavoratore del settore pubblico sarebbe impossibile fornire le prove richieste dal diritto nazionale al fine di ottenere un siffatto risarcimento del danno, poiché gli si imporrebbe di fornire, segnatamente, la prova della perdita di opportunità di lavoro e quella del conseguente lucro cessante. Una prova siffatta non sarebbe imposta dalla giurisprudenza della Corte, la quale preciserebbe soltanto che il danno risarcibile a causa della violazione di una norma contenuta nella direttiva 1999/70/CE deve derivare immediatamente e direttamente dalla violazione delle norme finalizzate alla tutela dei lavoratori precari».

²⁷⁵ I punti da 28 a 32 dell'ordinanza *Papalia* così precisano: «28. Occorre ricordare che la Corte deve prendere in considerazione, nell'ambito della ripartizione delle competenze tra i giudici comunitari e i giudici nazionali, il contesto in fatto e in diritto nel quale si inseriscono le questioni pregiudiziali, come definito dal giudice del rinvio (v., segnatamente, sentenza del 4 dicembre 2008, *Jobra*, C-330/07, in *Raccolta* p. I, 9099, punto 17 e giurisprudenza ivi citata). Di conseguenza, l'esame della presente questione pregiudiziale dev'essere effettuato alla luce dell'interpretazione del diritto nazionale fornita dal giudice del rinvio (v., per analogia, sentenze del 9 novembre 2006, *Chateignier*, C-346/05, in *Raccolta* p. I, 10951, punto 22; *Angelidaki e a.*, cit., punto 51, nonché del 29 ottobre 2009, *Pontin*, C-63/08, in *Raccolta* p. I, 10467, punto 38). 29. Per quanto concerne il rispetto del principio di effettività, che è particolarmente evidenziato dalla questione proposta dal giudice del rinvio, dalla giurisprudenza della Corte si evince che accertare se una norma nazionale di procedura renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti ai cittadini dal diritto dell'Unione implica un'analisi, che tenga conto della collocazione della norma in questione nel complesso della procedura nonché dello svolgimento e delle particolarità che presenta quest'ultima nei diversi gradi di giudizio nazionali. Sotto tale profilo, si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento (v. sentenze del 21 febbraio 2008, *Tele2 Telecommunication*, C-426/05, in *Raccolta* p. I-685, punto 55 e giurisprudenza ivi citata, nonché *Pontin*, cit., punto 47). 30. Peraltro, spetta al giudice del rinvio, l'unico competente a pronunciarsi sull'interpretazione del diritto interno, valutare in che misura le disposizioni di tale diritto miranti a punire il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato rispettino i principi di effettività ed equivalenza (v., in tal senso, citata ordinanza *Affatato*, punto 60). 31. Tuttavia, la Corte, nel pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale, può, se necessario, fornire precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella sua decisione (v. sentenze *Marrosu e Sardino*, cit., punto 54; *Vassallo*, cit., punto 39, nonché ordinanza *Vassilakis e a.*, cit., punto 143). 32. Nel caso di specie, secondo la decisione di rinvio, la prova richiesta in diritto nazionale può rivelarsi difficilissima, se non quasi impossibile da produrre da parte di un lavoratore quale il sig. *Papalia*. Pertanto, non si può escludere che questa prescrizione sia tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte di questo lavoratore, dei diritti attribuitigli dall'ordinamento dell'Unione e, segnatamente, del suo diritto al risarcimento del danno sofferto, a causa dell'utilizzo abusivo, da parte del suo ex datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato».

E' ben chiaro che l'eccezione nelle osservazioni scritte di Poste italiane dell'applicazione, nel caso di riconoscimento della sua natura pubblica, dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 e il divieto di conversione nel pubblico impiego ribadito anche in udienza deve aver avuto un ruolo fondamentale nella reazione stizzita della Corte nel rispondere innanzitutto positivamente alla settima questione pregiudiziale della causa *Carratù* (e all'unico quesito della causa *Papalia*), affermando che il (solo) decreto legislativo n. 368/2001 è normativa attuativa della direttiva 1999/70/CE per tutti i datori di lavoro pubblici e privati.

E' evidente che, mentre il Governo italiano si difende sulla settima questione pregiudiziale sostenendo la tesi che il decreto legislativo n. 368 del 2001 si applica indifferentemente a datori di lavoro pubblici e privati anche per le conseguenze sanzionatorie (modificando per l'ennesima volta la propria posizione nelle cause pregiudiziali sul precariato pubblico), l'ignaro (le osservazioni scritte di Poste appaiono non concordate con quelle dell'Avvocatura erariale "istituzionale", per un legittimo rispetto delle autonomie professionali, che adesso dovranno essere ridefinite perché Poste italiane/Stato può essere difesa solo dall'Avvocatura dello Stato o dall'Avvocatura erariale "interna") Pinocchio postale ha riesumato la tesi del divieto di conversione nel pubblico impiego tanto amata dalla giurisprudenza nazionale, collegandola però non al concorso pubblico (che Poste italiane dalla privatizzazione del novembre 1994 ad oggi non ha mai bandito), ma alla salvaguardia del bilancio dello Stato e delle finanze pubbliche, cioè alle stesse ragioni che erano state richiamate nella prima ordinanza *Vino* dell'11 novembre 2010 della Corte di giustizia per salvare la norma di favore della causale finanziaria dell'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, provvedimento che però Poste italiane si guarda bene dal citare come precedente specifico.

Poste italiane sia nelle osservazioni scritte che in quelle orali in udienza ha insistito sulla chiamata in corresponsabilità o in corresponsabilità della Corte di giustizia sulla questione dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 invocando le sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*, la sentenza *Adeneler* e l'ordinanza *Affatato* (ma la stessa posizione interpretativa era stata espressa dalla Cassazione nella sentenza n. 392/2012 e dal Consiglio di Stato nelle ordinanze di rinvio pregiudiziale definite dalla sentenza *Valenzà*), fiduciosa, ancora una volta, in una risposta "ambigua" della Corte sul punto.

Ma stavolta la Corte di giustizia non è si mostrata disponibile a fare sconti allo Stato italiano, che ha gravemente e sciaguratamente manipolato il chiaro invito della Corte europea nelle sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo* e nell'ordinanza *Vassallo* di procedere alla stabilizzazione effettiva del precariato pubblico con misure preventive e sanzionatorie equivalenti a quelle adottate per il lavoro privato, per cui l'ammissione della non equivalenza delle sanzioni previste per il pubblico impiego a tempo determinato invocata addirittura come elemento probatorio della non natura pubblica di Poste italiane, è suonata come offensiva al Collegio lussemburghese, che ha risposto con il combinato disposto della sentenza *Carratù* e della ordinanza *Papalia*.

m2) La critica dell'Avvocato generale Jääskinen alle sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*

Peraltro, la Corte di giustizia ricordava perfettamente la critica dell'Avvocato Jääskinen nelle conclusioni della causa *Jansen* sul fatto che nelle sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo* non fosse stato espresso alcun motivo sulla differenziazione di trattamento sanzionatorio tra datori di lavoro pubblici e imprese private e che, anzi, lo stesso Avvocato generale (che non aveva potuto esprimere per iscritto il suo punto di vista nelle due ordinanze *Vino*, avendolo già anticipato nelle conclusioni della causa *Sorge* in senso favorevole alla difesa della lavoratrice) al punto 58 ha affermato che le ragioni "finanziarie" per giustificare l'apposizione di un termine contrattuale al lavoro pubblico potrebbero vanificare il principio guida secondo il quale i contratti a tempo indeterminato devono predominare e mettere a repentaglio l'equilibrio tra gli interessi in gioco quale concepito dal diritto dell'Unione, in quanto tali disposizioni concederebbero ai datori di lavoro del settore pubblico una troppo grande facilità di accesso ad una successione di contratti a tempo determinato, considerando che mansioni perfettamente identiche possono essere espletate dai dipendenti del settore pubblico e da quelli che lavorano nel settore privato (punto 59) e che circostanze economiche analoghe a quelle previste dalla norma interna non siano riconosciute come ragioni obiettive relativamente a datori di lavoro appartenenti al settore privato. Si provoca, così, un livello di tutela dei lavoratori abbastanza variabile

tra gli Stati membri, tenuto conto delle differenze esistenti per quanto riguarda segnatamente il ruolo rispettivo dei soggetti pubblici e dei soggetti privati nella prestazione di servizi di interesse generale (punto 60).

m3) La palingenesi della giurisprudenza comunitaria nella riscoperta della teoria dell'“imbuto rovesciato” sugli abusi dello Stato postale sulle regole e sui processi

D'altra parte, a seguito del non processo della causa *Vino* C-20/10 la Corte di giustizia era stata costretta a sostenere le durissime censure all'ordinanza dell'11 novembre 2010²⁷⁶, che erano state poi alla base dei motivi del ricorso *Livorti* ed altri alla Corte EDU contro il provvedimento di favore erariale.

Infatti, risultava documentata alla Corte di giustizia (e alla Corte europea dei diritti dell'uomo) tutta la sequenza di omissioni o sviamenti o violazioni procedurali commessi nella causa pregiudiziale, e che erano iniziati già in data 23 aprile 2010 (venerdì), quando l'ignaro difensore del ricorrente *Vino* nella causa principale, preoccupato per la mancata notifica della domanda di rinvio pregiudiziale e dell'esito dell'istanza di giudizio accelerato, aveva contattato telefonicamente la Cancelleria della CGUE, che aveva precisato: a) che nella causa C-20/10 *Vino* la comunicazione per il deposito delle osservazioni scritte, con contestuale trasmissione dell'ordinanza del Presidente della CGUE del 16 marzo 2010, era stata notificata alle parti del giudizio principale, compreso il difensore del ricorrente *Vino*, in data 17 marzo 2010 e che il termine per il deposito delle osservazioni scritte era a fine maggio 2010. Il difensore del ricorrente segnalava di non aver mai ricevuto la comunicazione per le osservazioni scritte né l'ordinanza del Presidente della CGUE nella causa C-20/10 *Vino* Cosimo Damiano contro Poste italiane s.p.a. Contestualmente, la Cancelleria accertava di non aver ancora ricevuto la cartolina di ritorno e che avrebbe provveduto ad effettuare una seconda spedizione.

Incredibilmente, la 1^a spedizione nella causa C-20/10 della lettera raccomandata di notifica della domanda pregiudiziale n. RR437297146NN, trasmessa da Lussemburgo in data 19 marzo 2010, era pervenuta in data 22 marzo 2010 al Centro di smistamento di Milano, ed era stata consegnata al difensore del ricorrente nella causa principale nel suo studio a Barletta soltanto in data 26 aprile 2010, cioè il lunedì successivo alla telefonata di informazioni presso la Cancelleria della Corte. La circostanza “originale” risultava essere quella che la raccomandata era pervenuta presso la struttura del recapito di Poste italiane s.p.a. di Barletta in data 23 marzo 2010 e aveva impiegato ben 34 giorni per essere recapitata presso uno studio legale allocato nello stesso Comune di Barletta. La ulteriore circostanza “originale” era che la 2^a comunicazione con raccomandata RR434497599NN, partita da Lussemburgo in data 26 aprile 2010, era pervenuta in soli 4 giorni in data 30 aprile 2010 presso lo stesso studio legale.

Già nelle ponderose osservazioni scritte depositate il 30 giugno 2010 la parte ricorrente *Vino* aveva stigmatizzato e documentato alla Corte di giustizia l'anomalia dell'attività di recapito nella delicatissima causa pregiudiziale, ritenendola manifestazione tipica dell'abbassamento del livello generale di tutela dei lavoratori in Italia, causato dalla presenza invasiva sul mercato interno di un'impresa pubblica che sfruttava la doppia veste di impresa e di Stato per alterare e stravolgere sia le regole della concorrenza interna che i principi fondamentali (il principio di uguaglianza e di parità di trattamento; l'effettività delle garanzie processuali) delle tutele nei confronti dei soggetti più deboli, i propri dipendenti.

Segnalava alla CGUE il lavoratore che lo Stato imprenditore, Poste italiane s.p.a., sin dall'inizio del processo di “privatizzazione” e, quindi, sin dal 1° contratto collettivo nazionale di lavoro (26 novembre 1994) per i propri dipendenti, aveva costruito, con un'attenta e raffinata²⁷⁷ strategia, una situazione ben più grave dell'abuso di posizione dominante, prospettato nell'ordinanza del Tribunale di Trani, attraverso decine di interventi normativi di favore che avevano operato:

a- sul piano finanziario, soprattutto attraverso il particolare sistema previdenziale e contributivo del pubblico impiego, non solo attraverso le compensazioni in qualità di gestore del servizio universale postale;

²⁷⁶ Cfr. V. DE MICHELE, *La giurisprudenza della Corte di giustizia nel 2010 e l'interpretazione “infinita” sul contratto a termine*, cit., in particolare pp. 631-636, punti da 623 a 638.

²⁷⁷ Sul piano della simulazione degli obiettivi reali, rispetto a quelli ostentati.

b- sotto il profilo della disciplina sostanziale lavoristica e della tutela (negata) dei rapporti di lavoro flessibili;

c- sotto il profilo della disciplina sostanziale e processuale del lavoro, soprattutto utilizzando in maniera distorta e “possessiva” il sistema di relazioni sindacali “aziendali”, della tutela (negata) anche per i contratti a tempo indeterminato e stabili:

- all'interno dei rapporti di lavoro, attenuando o eliminando la mobilità professionale e la progressione di carriera;

- alla cessazione dei rapporti di lavoro, imponendo una uscita anticipata, senza indennizzo e senza costi per l'impresa pubblica, a tutti i dipendenti che avevano maturato i requisiti per il pensionamento di anzianità;

- all'uscita dai rapporti di lavoro, congelando *ex lege* definitivamente il trattamento di buonuscita maturato al momento della trasformazione da Ente pubblico economico in società per azioni (28 febbraio 1998);

- al momento del *turn over* del personale, attraverso un pesante e complesso sistema di tassazione diretto e indiretto (c.d. “tangente di Stato” o *anti-Robin*²⁷⁸ *tax*) per accedere alla stabilizzazione di rapporti di lavoro, dopo che gli *ex* lavoratori a tempo determinato “tassati” avevano vinto in giudizio la controversia per la riqualificazione dei contratti a termine.

Veniva evidenziato che il descritto “moderno” sistema feudale di lavoro, che trovava sostegno nella debolezza contrattuale delle organizzazioni sindacali di un'azienda pubblica con 150.000 dipendenti e nella forza dello Stato-amministrazione di condizionare il potere legislativo, costituiva il contesto socio-economico nazionale in cui viene era stata la ennesima norma in favore di Poste italiane s.p.a. Infatti, l'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, era stato inserito nella stessa legge finanziaria n. 266/2005 di cui la Commissione dell'Unione europea si era già occupata nella decisione del 16 luglio 2008²⁷⁹, relativa all'aiuto di Stato cui l'Italia ha dato esecuzione per remunerare i conti correnti di Poste italiane presso la Tesoreria dello Stato. La decisione²⁸⁰ della Commissione - che ha constatato che l'Italia ha dato illegalmente esecuzione al regime di aiuti consistente nel pagamento del tasso attivo da parte del Tesoro per le liquidità riversate da Poste italiane a norma della legge finanziaria 2006 e della Convenzione, in violazione dell'articolo 88, paragrafo 3, del Trattato – veniva posta a base delle osservazioni scritte sul punto dell'abuso di posizione dominante.

Aveva rilevato il ricorrente *Vino* nelle osservazioni scritte che la strategia di sviluppo aziendale dello Stato imprenditore (Poste italiane, naturalmente), sin dall'inizio del processo di “privatizzazione” si era fondata su quello che potremmo definire effetto “imbuto” sul contenzioso del lavoro nazionale, di cui aveva sfruttato sistematicamente tutte le caratteristiche, sul piano giuridico, strutturale, etico, culturale e “psicologico”, per costruire rilevanti posizioni di rendita economica e finanziaria a totale carico di una collettività ristretta, i propri dipendenti.

Spiegava il lavoratore anche gli effetti dell’“imbuto” sul processo. E' noto che l'imbuto è uno strumento usato per travasare liquidi in contenitori dall'imboccatura stretta. Ha forma conica, in particolare è formato dall'assemblaggio di due tronchi di cono, uno con imboccatura larga per ricevere e uno molto più stretto per incanalare i liquidi nel contenitore da riempire. Può essere dotato di un piccolo manico, per tenerlo o appenderlo, e di una retina, posta nel punto di congiunzione tra coppa e gambo, che serve da filtro.

Immaginando il processo del lavoro nazionale come un grande imbuto, con il cono dall'imboccatura larga per ricevere le istanze di tutele dei diritti sociali ed economici e il cono molto più stretto per incanalare il contenzioso e farne fuoriuscire il risultato finale in modo controllato – le decisioni giudiziali – attraverso una retina di filtro (costruita su rigorose regole sostanziali e processuali e sulla specializzazione della magistratura che ne garantiva l'applicazione) posta nel punto di congiunzione tra coppa e gambo, il sistema di tutela dei diritti funzionava se il flusso delle cause era regolare e non provocava intasamenti alla bocca del gambo dell'imbuto. Se si intasava, la retina non era più in grado di fare filtro e il liquido processuale riempiva tutto l'imbuto fino a traboccare fuori.

²⁷⁸ In età feudale *Robin Hood* nell'immaginario collettivo rubava ai ricchi per dare ai poveri; lo Stato imprenditore sottrae ai poveri, ai propri neo-dipendenti, per dare a se stesso.

²⁷⁹ Pubblicata in GUUE del 10 marzo 2009, serie L 64/4.

²⁸⁰ Poste italiane ha impugnato la decisione della Commissione con ricorso del 1° dicembre 2008, in causa T-525/08. Come già anticipato, la sentenza del 13 settembre 2013 del Tribunale di 1° grado presso la Corte di giustizia ha annullato la decisione dopo quasi cinque anni di causa.

Evidenziava il ricorrente *Vino* che, nonostante l'attuale situazione di disastro del sistema giudiziario nazionale, il processo del lavoro italiano, nato con la legge n. 533/1973, aveva costituito uno straordinario strumento di tutela dei diritti sociali ed economici (anche delle imprese nei confronti degli Enti previdenziali), garantendo efficienza, rapidità, trasparenza, imparzialità e competenza dei giudicanti, parità processuale delle parti, approfittando di un complesso di regole sostanziali che, fino al 24 ottobre 2001²⁸¹, costituiva un modello giuridico di settore da imitare, non da dileggiare o correggere o cancellare. Non era un caso, peraltro, che, diversamente dagli altri riti processuali²⁸² in materia civile, il processo del lavoro fosse rimasto sostanzialmente inalterato fino all'attualità, e avrebbe potuto resistere ancora per molto al maglio "infedele" (nei confronti degli obblighi verso l'Unione europea) dello Stato sotto l'ombra protettiva della Corte comunitaria.

Il processo del lavoro italiano aveva un unico limite strutturale, che non era certo rappresentato né dai tre gradi di giudizio (ciascuno dei quali è affidato a Giudici specializzati) né dalla gratuità del processo, che garantiva costi bassi e sostenibili ai lavoratori e alle imprese che chiedono la tutela. Il limite strutturale era la mancanza di uno strumento efficace come la *class action*, l'azione collettiva per la tutela dei diritti. Situazioni come quelle dell'azione del sindacato irlandese *Impact*²⁸³, che, con un'unica controversia, era riuscito a garantire la tutela effettiva dell'anzianità di servizio a migliaia di lavoratori precari del pubblico impiego, erano ancora inattuabili nell'ordinamento italiano²⁸⁴, mancando la legittimazione processuale attiva delle organizzazioni sindacali o di altri soggetti rappresentativi.

Rilevava il ricorrente *Vino* che, con sistematicità e costanza degne di migliore causa (e di più giuste cause) dal 1995 lo Stato imprenditore aveva riversato nell'imbuto del processo del lavoro una vera e propria fiumana di controversie di ogni tipo²⁸⁵, che aveva assunto le caratteristiche di una vera e propria strategia del contenzioso:

- decine di migliaia di cause sull'inquadramento contrattuale²⁸⁶ in conseguenza del primo CCNL del novembre 1994;

- migliaia di cause sulla prima forma di esodo coatto dei lavoratori in possesso della massima anzianità contributiva e prima della maturazione dei requisiti della pensione di vecchiaia nel pubblico impiego (65 anni, elevabili, su richiesta dei lavoratori, a 67 anni), sfruttando il risparmio di spesa nel passaggio da una retribuzione in corso di rapporto di lavoro più elevata ad una retribuzione "differita" molto più bassa a carico dell'Ente previdenziale dello Stato imprenditore, l'Ipost;

- migliaia di cause sul ricalcolo del trattamento di buonuscita (al 28 febbraio 1998) nei confronti sia dell'Ipost che di Poste italiane s.p.a., congelata con la legge finanziaria per il 1998²⁸⁷ per i dipendenti a tempo indeterminato e mai più rivalutata fino al momento della cessazione del rapporto, anche a distanza di molti anni;

- migliaia di cause su contratti a termine tutti sbagliati dal 1995 fino al 30 giugno 1997 (vizi condonati dalla sentenza n. 419/00 della Corte costituzionale);

- decine di migliaia di cause sui contratti a termine *ante d.lgs. 368/2001*, in parte condonati o giustificati anche *ex post* da una serie interminabile di accordi sindacali, costringendo le Sezioni Unite della Corte di cassazione a enunciare il principio della "delega in bianco";

- decine di migliaia di cause sui contratti a termine *post 368*, con ben due accordi sindacali del 13 gennaio 2006 e del 10 luglio 2008 a sanatoria del contenzioso (cui seguiranno quelli del 27 luglio 2010 nelle more dell'approvazione del Collegato lavoro e del 18 maggio 2012 nelle more dell'approvazione

²⁸¹ Data di entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001, il classico esempio di italico autolesionismo.

²⁸² Per i quali ormai siamo al livello di "grida manzoniane", vista la velocità di modifiche normative con cadenza quasi mensile e la corrispondente incapacità delle riforme di rendere più rapidi e giusti i processi civili.

²⁸³ Il riferimento è alla questione pregiudiziale analizzata dalla Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 15 aprile 2008, causa C-286/06.

²⁸⁴ Non è un caso che, dopo le sentenze della CGUE *Del Cerro Alonso* e *Impact* lo Stato italiano non solo non si è adeguato agli obblighi di adeguamento dell'ordinamento interno sul riconoscimento dell'anzianità di servizio a decine di migliaia di lavoratori a tempo determinato stabilmente "precari" nel pubblico impiego (nel settore della Scuola, in particolare), ma ha negato la tutela "ufficialmente", come da lettera circolare del Ministero dell'Istruzione, Università e della Ricerca del 25 settembre 2008 prot.n. AOODGPER 15563.

²⁸⁵ Cfr. V. DE MICHELE, *La tutela comunitaria e internazionale salverà il processo del lavoro italiano?*, cit., pp. 145-153.

²⁸⁶ Raro esempio di confusione e indeterminatezza dei profili professionali, finalizzate alla più ampia fungibilità delle mansioni del recapito e della sportelleria.

²⁸⁷ Legge n. 449/1997, art. 53, commi 6 e 8. Anche in questo caso la Corte costituzionale con sentenza n. 366/2006 ha dichiarato legittima la norma di congelamento dell'indennità di buonuscita alla data del 28 febbraio 1998. La Cassazione si è adeguata ed ha escluso ogni meccanismo di rivalutazione.

della riforma Fornero e della introduzione della norma acausale), il primo “legittimante” la norma di favore di cui si controverteva (art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, dichiarata legittima anche dalla Corte costituzionale), il secondo prodromico alla più illegittima delle norme processuali di favore che il normopoieuta interno potesse concepire (art. 4-*bis* d.lgs. n. 368/2001, che la sentenza n. 214/2009 della Consulta ha dichiarato illegittima), intervallati da una serie di altri accordi sindacali di “contrasto” alle novità sulla disciplina del contratto a termine, introdotte dalla legge n. 247/2007 sulla base del c.d. Protocollo *Welfare*;

- Putilizzazione nel dicembre 2001 della procedura di licenziamento collettivo prevista dagli artt. 4 e 24, L. n. 223/1991²⁸⁸ solo per risolvere *ius su legis* il rapporto di lavoro dei dipendenti (circa 900) già in possesso dei requisiti per la pensione di anzianità, nonostante la dichiarata (contraddittoria) necessità - prevista nel solito accordo sindacale - di assumere (con contratti di apprendistato) personale in numero di gran lunga superiore a quello ritenuto eccedentario (perché più costoso e meno produttivo).

Evidenziava, infine, il lavoratore che l'imbuto rovesciato, nel Medioevo, era simbolo di pazzia, come si poteva ammirare nei dipinti del pittore fiammingo Hieronymus Bosch²⁸⁹. Più volte, per causa dello Stato imprenditore, il filtro del collo dell'imbuto si era intasato, i diritti dei lavoratori sono stati trasformati, sul piano culturale, psicologico e dell'intasamento organizzativo del contenzioso, in abusi dei lavoratori sui processi. Più volte l'imbuto è stato rovesciato per eliminare i processi eccedenti e, quindi, per negare i diritti diventati *ius su legis* abusi. Invece, recentemente, grazie alla nuova percezione che i Giudici nazionali avevano dimostrato del rapporto giurisdizionale e strutturale con il diritto dell'Unione europea e con la Corte di giustizia, l'imbuto si rovesciava di meno e, (si sperava), il filtro avrebbe funzionato sempre meglio e senza intasamenti, lasciando scorrere molto liquido processuale.

Si era sottolineato da parte di chi scrive, nel commentare molto negativamente le violazioni procedurali della causa *Vino*, che dall'ordinanza dell'11 novembre 2010 della Corte di giustizia era emerso che le osservazioni scritte del ricorrente nella causa principale, pur ritualmente e tempestivamente acquisite agli atti del processo pregiudiziale, non erano state prese in considerazione dal Collegio a tre della VI Sezione della Corte che aveva deciso la causa C-20/10 senza trattazione orale, o perché non trasmesse ai Giudici o perché, se trasmesse, non tradotte, o, perché, evidentemente, nel caso *Poste* la Corte di giustizia aveva optato (e ciò sarebbe stato inaccettabile) per la soluzione dell'imbuto rovesciato.

m4) La rimozione dalla memoria comunitaria delle precedenti interpretazioni di favore erariale e le cause della palingenesi della giurisprudenza della Corte europea

Ebbene, la Corte di giustizia nella sentenza *Carratù* e nell'ordinanza *Papalia* rimuove dalla memoria il processo *Vino* e l'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 come norma di favore, ridefinisce le risposte troppo “aperte” delle sentenze Marrosu-Sardino e Vassallo e dell'ordinanza *Affatato* e poco adatte a interpreti nazionali non disponibili a recepire i moniti della giurisprudenza europea (che coincidevano con i moniti della giurisprudenza costituzionale) sulla necessità di modificare norme che riguardano interi settori produttivi e interessano centinaia di migliaia di posizioni lavorative, cancellando l'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, ripulisce l'ambiente giudiziario comunitario dai troppi favori fatti ai Pinocchi statali e parastatali fino alla sentenza del 13 settembre 2013 del Tribunale di 1° grado, che cancella prima ancora del formale appello da parte della Commissione europea.

Il Pinocchio è unico, perché Poste è Stato, e la pubblica amministrazione non si potrà più difendere dietro l'ombrello protettivo delle sanzioni che non ci sono del risarcimento dei danni, quello dell'art. 36, comma 5 (già comma 2 e già comma 6), d.lgs. n. 165/2001 o quello della fantastica auto-nullità dei contratti a tempo determinato impugnati giudizialmente in combinato disposto alla ridicola e non provabile responsabilità erariale di dirigenti pubblici, come ora previsto dall'art. 36, commi 5-*ter* e 5-*quater*, d.lgs. n. 165/2001.

²⁸⁸ Senza costi per l'impresa pubblica, non assoggettata, diversamente da altre imprese del settore, al versamento della contribuzione per la disoccupazione involontaria e, quindi, per la cassa integrazione guadagni ordinaria e straordinaria, che verrà introdotta per Poste italiane solo dal 1° gennaio 2009.

²⁸⁹ V. *Concerto nell'nuovo, Trittico delle Tentazioni di Sant'Antonio, L'estrazione della pietra della follia e Allegoria dei piaceri*.

L'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 non c'è più nella giurisprudenza comunitaria, volontariamente, intenzionalmente e punitivamente non trascritto nella sentenza *Carratù* e dichiarato ostativo nella ordinanza *Papalia*, nonostante la precisa eccezione di Poste italiane, nel momento in cui la Corte di giustizia che ha dato credito a chi aveva individuato nello Stato in tutte le sue articolazioni il vero e unico responsabile degli abusi interni sui processi e sulle regole.

Senza dubbio, sono state importanti e probabilmente determinanti le ordinanze pregiudiziali della Corte costituzionale e della Cassazione, la sentenza n. 107/2013 della Consulta, forse anche i ricorsi alla Corte EDU contro l'ordinanza *Vino* della CGUE e contro la sentenza n. 392/2012 della Cassazione a orientare il *revirement* o le "correzioni" della Corte di giustizia o, meglio, il ritorno a quelle decisioni che hanno rafforzato come la tutela contro gli abusi di Stato, tutte non a caso richiamate, dalla *Del Cerro Alonso* alla *Impact*, dalla *Bruno* alla *Gavieiro Gavieiro* e *Iglesias Torres*, per finire alla sentenza *Valenza* degli *ex* precari AGCM.

Forse la Corte di giustizia temeva una nuova evangelizzazione dell'Europa laica e che Papa Francesco si presentasse anche lui a perorare la causa dei precari pubblici italiani, quando verranno discusse (e se verranno discusse) le altre pregiudiziali ancora pendenti della Corte costituzionale e del Tribunale di Napoli, di cui i venti "feroci" avvocati del libero foro costituiti nei giudizi comunitari hanno chiesto la trattazione congiunta.

Certamente tanti fattori possono aver contribuito all'esito eccezionale dello straordinario processo contro un certo tipo di Stato italiano, conclusosi (in realtà solo iniziato nella sua effettività) con la sentenza del 12 dicembre 2013.

Per chi scrive, però, l'elemento determinante e dirimente è stato il riconoscimento della funzione giurisdizionale dell'Avvocatura del libero foro e il rispetto del dialogo paritario tra chi propone le soluzioni giuridiche e chi invece le deve adottare nell'ambito delle proprie competenze.

La sentenza *Carratù* e l'ordinanza *Papalia* esprimono il trionfo del processo nel delicatissimo agone comunitario, perché, come la Corte costituzionale all'udienza del 27 marzo 2013 sul sostitutivo Poste e sul precariato scolastico e come la Cassazione all'udienza del 3 aprile 2013 sul lavoro marittimo, ha voluto ascoltare la difesa dei più deboli e, riprendendosi tutta la sua autorevolezza e competenza interpretativa, ha dato risposte ciclopiche e chiarissime che ora non potranno essere più eluse o nascoste, anche in termini di rappresentanza sindacale degli interessi delle imprese.

Infatti, si ricorda che, già in occasione della conversione in legge del dl. 25 giugno 2008, n. 112, che aveva già introdotto con l'art. 21 norme in grado di paralizzare gli effetti della sentenza n. 12985/2008 della Cassazione sui giudizi di riqualificazione dei contratti a termine di Poste italiane, il 3 luglio 2008 vi era stata l'audizione davanti alle Commissioni riunite Bilancio e Finanze della Camera dei Deputati del Presidente di Confindustria (cui Poste si era associata dopo il primo accordo sindacale del 13 gennaio 2006), che ha dichiarato testualmente: «Per quanto concerne il contratto a termine, il provvedimento conferma esplicitamente la tesi interpretativa da sempre sostenuta da Confindustria, sulla base di quanto definito con l'avviso comune del 2001, vale a dire che le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, che legittimano l'apposizione del termine, riguardano anche l'attività ordinaria del datore di lavoro. Occorre tuttavia prendere atto che esiste un consistente indirizzo giurisprudenziale che non condivide tale impostazione. Sarebbe, pertanto, opportuno intervenire con norme di interpretazione autentica per ottenere l'effetto di far decorrere la corretta interpretazione della volontà del legislatore sin dal momento dell'approvazione del decreto legislativo n. 368 del 2001».

E infatti, le norme di interpretazione autentica furono puntualmente inserite nel *maxi-emendamento* n. 949 all'articolo unico del disegno di legge di conversione presentato alla Camera il 18 luglio 2008 E A, e approvato dallo stesso ramo del Parlamento il 24 luglio 2008, in aperta contrapposizione con il consolidato orientamento giurisprudenziale sulla disciplina del contratto a termine e, soprattutto, con l'interpretazione sistematica e comunitaria affermata da Cass. n. 12985/2008.

Questo strano intreccio tra la più grande azienda pubblica e l'imprenditoria privata, seppure sul piano delle convenienze associative (Poste, con oltre 150 mila dipendenti, ha fornito un apporto economico associativo molto consistente all'Assindustria romana in particolare e nazionale in generale) per la scomparsa delle strutture di rappresentanza sindacale delle imprese pubbliche, ha prodotto danni enormi al sistema delle imprese private e ai mercati concorrenziali in cui Poste italiane

è andata ad operare senza nessuna seria riflessione politica anche associativa sugli effetti negativi della presenza del *Moloch* statale nell'economia.

La Corte di giustizia con la sentenza *Carratù* e con l'ordinanza *Papalia* aiuterà anche le imprese private a ricostruire l'effettività della propria rappresentanza sindacale, dovendo rinunciare ai consistenti aiuti di Stato all'organizzazione amministrativa confindustriale per poter pretendere ai maggiori vantaggi economici di una legislazione del lavoro più certa e semplice nelle regole da applicare e di un mercato economico più libero da monopoli o oligopoli di Stato.

m5) Il ruolo della Cassazione sulla tutela effettiva dei lavoratori precari pubblici dopo la sentenza *Carratù* e l'ordinanza *Papalia* della Corte di giustizia: l'udienza del 9 gennaio 2014 sul "sostitutivo Poste" e sul Collegato lavoro

Come reagirà la giurisprudenza della Cassazione dopo la sentenza *Carratù* e l'ordinanza *Papalia* della Corte di giustizia sul precariato pubblico in generale e sul precariato di Poste italiane in particolare?

Lo sapremo in tempi molto rapidi. All'udienza del 9 gennaio 2014 davanti al Collegio specializzato della Suprema Corte²⁹⁰ nella consueta periodica sessione "postale" (si discuteva soltanto di cause di riqualificazione di contratti a tempo determinato di Poste italiane) la difesa dei lavoratori, su una fattispecie di rapporto a tempo determinato stipulato per ragioni sostitutive dallo Stato postale ai sensi dell'art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001, ha chiesto al Giudice della nomofilachia di rimettere la causa alle Sezioni unite della stessa Corte di legittimità, dopo le pronunce del 12 dicembre 2013 della Corte europea di cui sono stati allegati tutti gli atti processuali (anche della causa *Sorge* C-98/09), comprese le osservazioni scritte delle parti, sia sulla questione dell'applicazione o disapplicazione del Collegato lavoro sia su quella, più generale, sulla causalità necessaria e della specificazione - per il pubblico impiego postale e non postale - sin dal primo ed eventualmente unico contratto delle esigenze "temporanee ed eccezionali" ai sensi del combinato disposto degli artt. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001 e 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001.

Poste italiane si è difesa in udienza dagli effetti della sentenza *Carratù* sostenendo la tesi "ardita" che i Giudici di Lussemburgo siano stati superficiali, che all'udienza del 5 giugno 2013 in Corte di giustizia nella causa sull'art. 32, commi 5 e 7, della legge n. 183/2010 ma anche nelle altre cause discusse davanti ai Giudici di Lussemburgo con parte resistente Poste italiane (per la verità, lo scrivente ricorda soltanto un'altra discussione svoltasi secondo le regole processuali, quella del 1° marzo 2010 nella causa *Sorge*, perché le due cause *Vino* non sono mai state portate in trattazione orale nel contraddittorio delle parti) vi erano stati problemi di traduzione, perché i Giudici comunitari non parlavano e non capivano l'italiano.

Naturalmente, la difesa dei lavoratori ha replicato, per diretta conoscenza dei fatti processuali in Corte di giustizia, che, se qualcosa di completamente sbagliato e non veritiero si poteva sostenere sulla "qualità" del Collegio sovranazionale, era che potessero essere superficiali e non conoscessero il diritto italiano, visto che nel Collegio della *Carratù* il Presidente e la Relatrice parlavano correttamente in italiano e in udienza avevano rivolto alle parti domande in italiano, e che gli altri Giudici conoscevano perfettamente la disciplina interna non solo sul contratto a tempo determinato, per aver composto i Collegi di precedenti pronunzie in *subiecta materia*.

Si è precisato alla Suprema Corte che la Corte di giustizia aveva chiaramente deciso la causa *Carratù* anticipando la risposta sulla settima questione pregiudiziale, dopo aver letto le osservazioni scritte di Poste italiane sulla sesta questione della presunta violazione dell'art. 6 CEDU (punti da 63 a 83, pp. 13-20) e sulla settima questione sulla presunta natura di organismo statale (punti 84-122, p. 20-26), in cui lo Stato postale sostiene: 1) secondo la consolidata giurisprudenza della Corte EDU solo lo Stato può interferire con leggi retroattive sui processi in corso a vantaggio di se stesso e Poste italiane non è Stato, ma impresa privata; 2) non vi sarebbe un'interesse meritevole di tutela della lavoratrice al

²⁹⁰ Nel giudizio n. 23543/2008 R.G.L. il Superiore Collegio era così composto: Presidente Roselli; Consiglieri Di Cerbo, Nobile, Maisano, Bandini. Tre dei cinque componenti del Collegio erano gli stessi dell'ordinanza n. 2112/2011, con cui la Cassazione aveva rinviato alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 32, commi 5 e 7, della legge n. 183/2010, per violazione, in particolare, dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La questione è stata dichiarata infondata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 303/2011.

riconoscimento del datore di lavoro Poste come organismo statale, perché non avrebbe diritto alla “conversione” del rapporto secondo quanto previsto dall’art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 per le pubbliche amministrazioni, ma soltanto al risarcimento del danno, come del resto sarebbe confermato dalla costante giurisprudenza comunitaria.

Si è evidenziato che la Corte di giustizia nella sentenza *Carratù* in coordinato disposto con l’ordinanza *Papalia* aveva disposto, conseguenzialmente, che Poste italiane doveva essere considerato organismo statale, che l’art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 interferiva sui processi in corso di Poste italiane che costituivano il 95% del contenzioso nazionale sulla riqualificazione dei contratti a tempo determinato (come ammesso dall’Avvocato generale nelle sue conclusioni), che a Poste-Stato si applicava e si applica solo l’art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001 in coordinato disposto con l’art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 per quanto riguarda la natura “temporanea ed eccezionale” delle ragioni oggettive giustificative del termine contrattuale e non si applicava l’art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 (norma ignorata nella sentenza *Carratù* e dichiarata in contrasto con l’accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato nella ordinanza *Papalia*).

A sostegno della richiesta di rimessione alle Sezioni unite, è stata depositata l’ordinanza dell’8 gennaio 2014 del Tribunale di Napoli nella causa *D’Aniello* C-89/13, con cui lo stesso Giudice del rinvio pregiudiziale della causa *Carratù* chiede alla Corte di giustizia chiarimenti sul fatto che il collegamento tra la clausola 4, punto 1 e la clausola 8, punto 1, dell’accordo quadro comunitario di cui al punto 47 della sentenza del 12 dicembre 2013 possa consentire la disapplicazione dell’art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010, sottolineando come anche il Giudice partenopeo, che non pare avere molti dubbi sulle conseguenze delle due pronunzie integrate della Corte europea, manifesta la preoccupazione per gli effetti dirimpenti che la sentenza *Carratù-Papalia* possa avere sull’ordinamento interno per quanto riguarda l’intera problematica della tutela di tutto il precariato pubblico, e non solo di quello postale.

m6) La scampagnata dell’Avvocatura del libero foro a Lussemburgo a difesa degli dei nazionali all’udienza del 27 marzo 2014

Se un rimprovero si può muovere al Collegio della sentenza *Carratù* e dell’ordinanza *Papalia* è quello di aver deciso troppo e di aver deciso tutto, togliendo la *suspense* alle questioni pregiudiziali pendenti sul precariato pubblico, già risolte prima ancora di essere discusse.

A chi scrive, ad esempio, ritorna l’eco del periodo di esordio del *De providentia* di L. Anneo Seneca: «Quaesisti a me, Lucili, quid ita, si providentia mundus ageretur, multa bonis viris mala acciderent. Hoc commodius in contextu operis redderetur, cum praeesse universis providentiam probarem et interesse nobis deum; sed quoniam a toto particulam revelli placet et unam contradictionem manente lite integra solvere, faciam rem non difficilem, causam deorum agam²⁹¹».

La Corte di giustizia in un colpo solo ha tolto all’Avvocatura italiana il gusto, il privilegio e l’onore di difendere in trattazione orale davanti ad un Collegio europeo gli dei dell’Olimpo giuridico nazionale, cioè la nostra Corte costituzionale e la nostra Cassazione con le loro rispettive eccezionali ordinanze di rinvio pregiudiziale, che si sono mosse a sostenere i colpi di fioretto del Tribunale di Aosta e a tentare di fermare (invano) la lava vulcanica incandescente delle ordinanze di rinvio sul precariato scolastico del Tribunale di Napoli.

Certamente, il disegno imperscrutabile della “Provvidenza” del grande scrittore latino nelle sue forme di compensazione tra eventi positivi e successi e eventi negativi e disgrazie che capitano a tutta l’umana progenie sembra essersi realizzato nella vicenda altalenante della tutela effettiva dei precari pubblici (e associati, come quelli di Poste italiane).

Non era cominciato neanche sotto i migliori auspici il lungo viaggio dell’armata interretnica dell’Avvocatura partenopea-dauna-meneghina che si apprestava a prendere il volo economico da Roma Ciampino per Bruxelles Charleroi (quanto costa il regime di monopolio della *Luxair* sulla tratta

²⁹¹ La traduzione di L. Chiosi è la seguente: «1. Mi hai chiesto, o Lucilio, per qual motivo, se il mondo è governato dalla provvidenza, ai buoni capitano tante disgrazie. Ciò potrebbe meglio essere esposto nel corso di una trattazione, quando dimostrassi che la provvidenza presiede a tutte le cose e Dio si interessa a noi; ma giacché ho deciso di trar fuori dal contesto generale una piccola parte e risolvere una sola contraddizione, lasciando inalterata la disputa, farò una cosa non difficile: difenderò la causa degli dèi».

aerea diretta Roma – Lussemburgo! Faremo denuncia per abuso di posizione dominante, per *par condicio*) il 4 giugno 2013, per essere presenti a Lussemburgo all'udienza del giorno dopo in Corte di giustizia. Strada bagnata con pioggia costante, triplo testacoda per velocità non adeguata sulla autostrada senza urtare la barriera di contenimento delle due carreggiate, con l'auto che si ferma in senso opposto a quello di marcia sul *guard rail*, in un tratto pieno di curve e con due sole carreggiate in cui era impossibile fare inversione, dopo aver recuperato la corsia di emergenza, senza provocare un gravissimo incidente. Ma anche lì c'era la "Provvidenza", nelle vesti di un carabiniere fuori servizio che con la sua auto privata ha rallentato fino a fermare il traffico e ha consentito con un'abile manovra di affiancamento ai trapezisti del diritto e dell'involontario *motor show* di tornare in assetto di marcia e proseguire indenni verso l'aeroporto per prendere in perfetto orario il volo della speranza (ora certezza) di un processo equo.

In effetti, dopo il 12 dicembre 2013 con il contestuale deposito della sentenza *Carratù* e dell'ordinanza *Papalia* la Corte di giustizia dell'Unione europea sta proseguendo, con l'ausilio delle Alte Corti nazionali, la silenziosa opera di smantellamento dell'apparato amministrativo e burocratico che si era impadronito *manu militari* della cosa pubblica, negando ogni forma di tutela effettiva dei diritti fondamentali in nome di interessi individuali, clientelari e ad alto tasso di bulimia finanziaria fino a provocare il collasso delle risorse pubbliche.

La sentenza *Carratù* ha già determinato l'avvio del processo di (per ora finta) privatizzazione di Poste italiane con decreto legge annunciato il 24 gennaio 2014 in CDM (ma mai pubblicato sulla Gazzetta ufficiale) e così, dopo le vere contestuali e imprevedute dimissioni del finto laureato e finto commercialista ex padrone dell'Inps e dell'Italia Mastrapasqua, gli effetti della giurisprudenza comunitaria hanno subito un'ulteriore e auspicata accelerazione per ricostruire lo Stato democratico di diritto, liberandolo delle catene infernali della Trimurti parastatale di Poste-Inps-Equitalia.

Infatti, il 27 marzo 2014 la III Sezione della Corte europea (stesso Collegio a cinque Giudici della sentenza *Carratù*, Relatore Ó Caoimh, Estensore dell'ordinanza *Papalia* e dell'ordinanza *Affatato*) ha fissato rapidamente a Lussemburgo, come richiesto dall'avvocatura italiana, l'udienza di discussione congiunta delle questioni pregiudiziali sollevate prima dal Tribunale di Napoli e poi dalla Corte costituzionale sul precariato scolastico.

La Corte comunitaria ha invitato i numerosi avvocati dei lavoratori precari della scuola e delle OO.SS. intervenute a coordinarsi nelle osservazioni orali a difesa della posizione assunta sia dal Giudice delle leggi e dal Tribunale di Napoli, limitando le osservazioni orali a due punti: innanzitutto, spiegare perché (se) una normativa nazionale come quella sul reclutamento scolastico (art.4, commi 1 e 2, legge n.124/1999) possa configurare una «ragione obiettiva» ai sensi del punto 1, lettera a), della clausola 5 dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato.

La Commissione europea nelle osservazioni scritte della causa *Napolitano* e a. C-418/13 è stata categorica: «Non può ritenersi obiettivamente giustificata ai sensi della clausola 5, punto 1, lett. a) dell'accordo quadro su lavoro a tempo determinato...una legislazione nazionale, quale quella italiana in causa, che consente il rinnovo di contratti a tempo determinato per la copertura di vacanze nell'organico del personale docente e ausiliario tecnico amministrativo della scuola statale in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo, senza che vi sia alcuna certezza sul momento in cui tali procedure saranno espletate e, pertanto, senza prevedere criteri obiettivi e trasparenti per verificare se il rinnovo dei contratti in questione risponda effettivamente ad un'esigenza temporanea reale, sia atta a raggiungere lo scopo perseguito e necessaria a tal fine. Spetta al giudice nazionale verificare se tali condizioni ricorrano nel caso di specie. Non può ritenersi obiettivamente giustificata ai sensi della clausola 5, punto 1, lett. a) dell'accordo quadro una legislazione nazionale, quale quella italiana in causa, che, nel settore scolastico, non prevede alcuna misura diretta a reprimere il ricorso abusivo a contratti di lavoro a termine successivi.»

La Commissione nelle predette osservazioni scritte ha, inoltre, precisato che al lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni si applica sia l'art. 36 d.lgs. n.165/2001 (punto 6) sia il d.lgs. n.368/2001 (punto 7) e che, però, il personale precario nel settore della scuola pubblica non beneficia neanche delle regole in materia di risarcimento del danno: «L'assunzione di personale a termine nel settore della scuola, essendo espressamente consentita dalla legge senza limiti di sorta, non può infatti dirsi disposta "in violazione di norme imperative" secondo il dettato dell'art. 36, comma 5, del decreto legislativo n. 165/2001. Mancano pertanto, nel caso di specie, gli stessi presupposti per l'applicazione

di tale disposizione.». Ma ciò vale per tutti i contratti a tempo determinato stipulati legittimamente nel pubblico impiego in applicazione di una normativa sulla flessibilità che, deliberatamente, non prevedeva obblighi di assunzione mediante concorso pubblico o di procedura selettiva, salvo che per la scuola pubblica.

D'altra parte, dopo la sentenza *Carratù* e l'*ordinanza* Papalia della Corte di giustizia, la Commissione ha risposto con comunicazione del 10 gennaio 2014 sulla denuncia di infrazione prot.n. CHAP(2013)3018 presentata da un infermiere precario della sanità pubblica, negando i presupposti della infrazione perché l'ordinamento interno ha attuato la clausola 5, n.1, lett.a) dell'accordo quadro comunitario con l'art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n.368/2001, che obbliga i giudici nazionali a trasformare a tempo indeterminato ogni singolo contratto a tempo determinato irregolare o illecito anche nel pubblico impiego, in mancanza di ragioni oggettive temporanee di apposizione del termine: «Se uno Stato membro, nel suo recepimento della direttiva, sceglie di avvalersi dell'opzione a) della clausola 5, punto 1, e richiede "ragioni obiettive" per consentire il rinnovo di un contratto di lavoro a tempo determinato, in tal caso, ai fini dell'implementazione di tale legislazione nazionale, diventa importante la questione se tali ragioni obiettive siano effettivamente presenti nel caso specifico. Se il lavoro in questione configura nella realtà attività permanenti e durevoli vi è un riferimento inappropriato alle ragioni obiettive in relazione a tale rapporto di lavoro individuale. Tuttavia, poiché l'obbligo non deriva direttamente dalla direttiva, ma risulta dalla legislazione nazionale, non è una questione che si possa trattare con procedure d'infrazione. Al contrario, poiché la necessità della presenza di "ragioni obiettive" risulta dalla legislazione nazionale e dalla sua scelta di usare la menzionata opzione a) della clausola 5, punto 1, le autorità nazionali competenti, anche nelle sedi giudiziarie, devono verificare se l'uso del lavoro a tempo determinato sia appropriato o meno.».

La Corte di giustizia, inoltre, ha chiesto alle parti di rispondere all'udienza del 27 marzo 2014 sulla settima questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Napoli, assolutamente dirimente: «7. se i principi generali del vigente diritto comunitario della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, della uguaglianza delle armi del processo, dell'effettiva tutela giurisdizionale, a un tribunale indipendente e, più in generale, a un equo processo,debbono essere interpretati nel senso di ostare, nell'ambito di applicazione della direttiva 1999/70/CE, all'emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco temporale apprezzabile (3 anni e sei mesi), di una disposizione normativa, qualel'art. 10 del d.lgs. n. 368/01 atta ad alterare le conseguenze dei processi in corso danneggiando direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro – Stato ed eliminando la possibilità conferita dall'Ordinamento interno di sanzionare l'abusiva reiterazione di contratti a termine.».

Giova ribadire che la Corte di giustizia sulle norme retroattive che incidono sui diritti già riconosciuti ha già dato la propria risposta nella sentenza *Carratù* al punto 47, precisando che la tutela originariamente assicurata dallo Stato ai propri dipendenti a tempo determinato non può essere modificata successivamente o addirittura negata senza motivi imperativi di interesse generale e la Commissione nelle osservazioni scritte delle cause riunite Mascolo ed altri ha evidenziato che «ragioni di carattere puramente finanziario non costituiscono, di per sé e salvo casi estremi, motivi imperativi di interesse generale sufficienti».

Sarà una scampagnata primaverile, dunque, quella dei difensori dei lavoratori precari scolastici (e non scolastici) a Lussemburgo, per ringraziare la Corte di giustizia, la Corte costituzionale, la Cassazione, il Tribunale di Napoli, la Commissione europea di aver (già) garantito la pienezza della tutela dei diritti fondamentali anche nei confronti di uno Stato occupato da molti uomini rapaci, la cui presenza invasiva nelle strutture portanti delle Istituzioni e delle aziende pubbliche dovrebbe essere arrivata al necessario termine.

Per questo l'udienza pubblica del 27 marzo 2014 a Lussemburgo sul precariato scolastico è comunque importante, non solo per i lavoratori e cittadini italiani, ma per l'intera "comunità" europea, almeno sotto l'aspetto formale e simbolico.

Sul piano giuridico, vale l'immagine del Presidente della Corte costituzionale e del Presidente della Corte di giustizia seduti a fianco a Roma in Cassazione la mattina del 24 gennaio 2014 in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario: era la prima volta che succedeva in tale contesto, a fotografare il dialogo diretto tra le due Corti dopo l'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Giudice delle leggi e dopo la sentenza *Carratù* della Corte europea.

Nella relazione dell'avvocato generale dello Stato De Pace il 24 gennaio 2014 all'inaugurazione dell'anno giudiziario in Cassazione, la difesa erariale ha così precisato sulla questione del precariato scolastico pendente in Corte di giustizia: «è doveroso fare menzione del vastissimo contenzioso instaurato dal personale precario della scuola, e ciò in relazione ad alcune recentissime decisioni della Corte di Giustizia, che prefigurano un quadro non rassicurante in vista della decisione che, quest'anno, la CGUE dovrà prendere sulla specifica problematica italiana. Al riguardo, l'Avvocatura dello Stato non mancherà di sostenere ed evidenziare, in sede comunitaria, le assolute specificità del sistema scolastico nazionale, al fine di evitare una decisione di condanna che potrebbe avere effetti finanziari assai consistenti.»²⁹².

Sarà l'occasione, allora, di godersi la città di Lussemburgo il 27 marzo 2014 come turisti più che come giuristi, senza attingere a bevande alcoliche: perché come sostiene la Corte di giustizia nella sentenza *Carratù*, *in Vino non semper veritas*.

n) La sentenza *Carratù* e la inapplicabilità della doppia decadenza dell'art. 32, comma 4, lettera b) della legge n. 183/2010

Come è noto, l'art. 32, comma 4, lettera b) della legge n. 183/2010 ha esteso il meccanismo della doppia decadenza stragiudiziale e giudiziale previsto per l'impugnativa di licenziamento di cui all'art. 6 della legge n. 604/1966 (nel testo novellato dallo stesso art. 32, comma 1, del Collegato lavoro 2010) ai contratti di lavoro a termine, stipulati anche in applicazione di disposizioni di legge previgenti al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e già conclusi alla data di entrata in vigore della presente legge, con decorrenza dalla medesima data di entrata in vigore della presente legge.

Successivamente, il comma 1-*bis* dell'art. 32 del Collegato lavoro - introdotto dall'art. 1, comma 2, della legge 26 febbraio 2011, n. 10, che ha convertito con modificazioni l'art. 2, comma 54, del dl. 29 dicembre 2010, n. 225, ha disposto che «In sede di prima applicazione, le disposizioni di cui all'art. 6, primo comma, della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, relative al termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento, acquistano efficacia a decorrere dal 31 dicembre 2011».

Secondo la giurisprudenza di merito prevalente, tuttavia, tale differimento dell'efficacia del termine decadenziale per l'impugnativa dei licenziamenti, che sarebbe da ritenersi in realtà applicabile a tutte le ipotesi contrattuali indicate nell'art. 32 della legge n. 183/2010, in considerazione sia degli espressi richiami contenuti nei successivi commi 3 e 4 della medesima legge al riformato art. 6 della legge n. 604/1966, sia della chiara *ratio* della norma stessa, introdotta al solo fine di evitare che, a seguito dell'introduzione di un termine decadenziale mai previsto fino ad ora, un gran numero di soggetti intenzionati a contestare la legittimità della cessazione dei rapporti contrattuali o delle altre tipologie di atti datoriali ivi menzionati incorressero in una decadenza inconsapevole, è stato previsto quando ormai il termine stesso, decorrente dal 24 novembre 2010 e della durata di 60 giorni, era irrimediabilmente scaduto, con conseguente intangibilità di ogni fattispecie decadenziale *medio tempore* verificatasi (in termini, Tribunale di Roma, Est. Forziati, ordinanza del 24 ottobre 2012 di legittimità costituzionale n. 302/2012 Reg.ord.).

La sentenza *Carratù* della Corte di giustizia ha risolto anticipatamente rendendola inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Roma sull'art. 32, comma 4, lettera b), della legge n. 183/2010 per violazione dell'art. 3 della Costituzione (rispetto alle altre ipotesi di contratti flessibili diversi dal contratto a tempo determinato per il quale opera la retroattività anche per quelli già scaduti), in quanto la equiparazione della tutela assicurata ai lavoratori a tempo determinato rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili rende direttamente inapplicabile anche la disposizione sottoposta al vaglio di costituzionalità, a prescindere dallo slittamento o meno al 31 dicembre 2011 e della sua concreta applicabilità anche ai contratti a tempo determinato della entrata in vigore del doppio termine decadenziale di impugnativa.

o) La sentenza *Carratù* e l'applicabilità del rito Fornero di impugnativa dei licenziamenti ex art. 18 della legge n. 300/1970 anche all'azione giudiziaria di riqualificazione dei contratti a tempo determinato. La discriminazione indiretta dei lavoratori a tempo indeterminato

²⁹² Cfr. Rassegna Avvocatura dello Stato, n.4/2013, ottobre – dicembre 2013, p.3.

Si è molto discusso all'udienza del 5 giugno 2013 sulle ragioni della lunghezza e degli abusi quantitativi dei processi del lavoro e il quadro che emerge dalla sentenza *Carratù* e dall'ordinanza *Papalia* è che gli abusi sulle regole e sui processi siano stati commessi esclusivamente e deliberatamente dallo Stato.

Il nuovo rito Fornero introdotto dall'art. 1, commi 47 ss., della legge n. 92/2012 per l'impugnativa dei licenziamenti individuali e collettivi crea, però, un differenziazione sul piano processuale rispetto all'equiparazione sostanziale della tutela tra lavoratori a tempo determinato irregolarmente assunto a termine presso un datore di lavoro cui si applica la tutela "reale" e lavoratori a tempo indeterminato comparabili ingiustificatamente licenziati dalla stessa azienda che opera nel campo di applicazione dell'art. 18 della legge n. 300/1970.

Pare evidente, quindi, che l'ulteriore effetto applicativo della sentenza *Carratù* sarà quello di estendere la più rapida tutela processuale anche ai lavoratori a tempo determinato assunti illecitamente alle dipendenze di datore di lavoro cui si applica l'art. 18 della legge n. 300/1970 nella nuova formulazione²⁹³.

Peraltro, in caso di applicazione anche all'impugnativa dei contratti a termine del rito Fornero, la nuova sanzione prevista in caso di licenziamento illegittimo perché privo di giustificato motivo oggettivo per "manifesta insussistenza del fatto" (che rappresenta l'ipotesi di invalidità della cessazione del rapporto a tempo indeterminato più direttamente assimilabile all'assunzione illecita a termine) consentirebbe da un lato la compatibilità comunitaria sotto il profilo dell'equivalenza dell'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010 della sanzione tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità (da 6 a 12 mensilità di retribuzione è invece la sanzione in caso di licenziamento ingiustificato), dall'altro trasformerebbe in obbligo di legge la facoltà discrezionale del Giudice di assicurare la tutela reintegratoria "attenuata" di cui al novellato art. 18, comma 4, della legge n. 300/1970, se non si vuole correre il rischio di creare una discriminazione indiretta dei lavoratori a tempo indeterminato "comparabili" rispetto alla più forte tutela assicurata ai lavoratori a tempo determinato anche nel caso in cui si ritenga di applicare l'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010²⁹⁴.

Il combinato disposto della clausola 4, punto 1, e della clausola 8, punto 1, dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, nonché degli artt. 30 e 33 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sulla tutela in caso di licenziamenti ingiustificati potrebbe risolvere direttamente con l'applicazione diretta della disposizione di tutela più favorevole (la reintegrazione, anche in caso di violazione solo formale degli obblighi di comunicazione dei motivi o della procedura di cui all'art. 7 della legge n. 604/1966) quella discriminazione indiretta di situazioni che il distratto legislatore della riforma Fornero e il disastroso legislatore del d.lgs. n. 368/2001 hanno generato, dopo la sentenza *Carratù*.

Naturalmente, la discriminazione indiretta è ancora più evidente rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili quando il licenziamento ingiustificato sia stato intimato nel campo di applicazione della tutela "obbligatoria" dell'art. 8 della legge n. 604/1966.

Inoltre, il riconoscimento della natura pubblica di Poste italiane e la certificazione comunitaria dell'equiparazione delle tutele sanzionatorie tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo

²⁹³ Sulle ordinanze del Tribunale di Roma del 21 febbraio 2013 e del 14 gennaio 2013 che ha escluso, prima della sentenza *Carratù*, l'applicabilità del rito Fornero all'impugnativa dei contratti a tempo determinato o dei rapporti flessibili nel campo di applicazione dell'art. 18 della legge n. 300/1970, v. il commento di F. M. GIORGI, *Le questioni di rito nel nuovo processo per l'impugnazione dei licenziamenti*, in *LG*, 2013, 10, p. 928 ss.

²⁹⁴ Per la compatibilità dell'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010 con il nuovo quadro interpretativo della disciplina interna di recepimento della direttiva 1999/70/CE, alla luce della sentenza *Carratù* della Corte di giustizia, rispetto ai contratti a tempo determinato illecitamente stipulati dopo il 24 novembre 2010, v. Trib. Napoli, Est. Coppola, sentenza 18 dicembre 2013, n. 21579, che riqualifica sin dal 1° giorno dell'assunzione irregolare un unico contratto a tempo determinato Poste stipulato nel luglio 2012 con causale finanziaria ai sensi dell'art. 2, comma 1-bis, d.lgs. n. 368/2001 prima dell'entrata in vigore della legge n. 92/2012, condannando lo Stato resistente ad un indennizzo pari a 8 mensilità di retribuzione in applicazione equitativa di quanto previsto dall'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 per il periodo dall'illegittima interruzione del rapporto e fino alla sentenza, oltre alla condanna al pagamento delle retribuzioni maturate dal momento della sentenza fino all'effettivo ripristino del rapporto. Il Giudice del rinvio della ordinanza *Carratù* precisa anche, condivisibilmente, che non pone un problema della regolarizzazione della posizione contributiva dell'intero periodo di ricostruzione del rapporto a tempo indeterminato, per il principio dell'automatismo contributivo, che «trova il suo fondamento nell'art. 38, comma 2, della Costituzione della Repubblica italiana (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 87 del 1970) ed ha l'effetto di rendere indipendente il rapporto contributivo intercorrente tra ente previdenziale e datore di lavoro rispetto all'altro, di tipo prestazionale, tra l'ente e l'assicurato, (Cass. 31.1/20.4.2002, n. 5767/02)».

indeterminato comparabili risolve anche, in senso positivo²⁹⁵, l'applicazione del nuovo testo dell'art. 18 della legge n. 300/1970 ai dipendenti pubblici, accentuando in questo caso la situazione di discriminazione indiretta dei dipendenti privati sia nell'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo con applicazione della procedura di cui all'art. 7 della legge n. 604/1966 sia nell'ipotesi del licenziamento collettivo con tutela solo indennitaria, laddove invece nel pubblico impiego contrattualizzato (o privatizzato, come si potrebbe ora affermare dopo la sentenza *Carratù*) in "rinvio mobile" del combinato disposto degli artt. 2, comma 2 e 51, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 consente comunque l'applicazione degli artt. 33 e 34 d.lgs. n. 165/2001 del collocamento in disponibilità come soluzione comunque alternativa rispetto alla definitiva cessazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Sarà il caso che il legislatore intervenga a modificare nuovamente la disciplina di tutela in caso di licenziamento ingiustificato, evitando una volta per sempre di differenziare le sanzioni tra lavoratori a tempo indeterminato a seconda del numero di dipendenti stabilmente addetti presso il datore di lavoro, pubblico o privato che sia, dopo l'aborto conclamato dalla giurisprudenza comunitaria della riforma Fornero.

p) Le sentenze *Carratù* e *Sibilio* della CGUE e l'applicabilità della tutela della riqualificazione a tempo indeterminato anche ai rapporti di "servizio" a termine dei vigili del fuoco volontari

Con l'ordinanza del 6 dicembre 2012²⁹⁶ il Tribunale di Roma ha dichiarato rilevante, e non manifestamente infondata, la questione di legittimità costituzionale, sollevata d'ufficio, dell'art. 4 commi 11 e 12 l. n. 183 del 2011, nella parte in cui tali norme consentono il richiamo in servizio a tempo determinato del personale volontario dei Vigili del Fuoco in caso di (qualsivoglia) necessità delle strutture centrali e periferiche del Corpo nazionale, al di fuori dell'applicazione dei principi di cui al d.lgs. n. 368 del 2001, e segnatamente di quello contenuto nell'art. 5, così da determinare una successione potenzialmente illimitata di contratti a tempo determinato, e comunque svincolata dall'indicazione di ragioni obiettive o dalla predeterminazione di una durata massima o di un numero certo di rinnovi, in contrasto con l'art. 117 comma 1 Cost., in riferimento alla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato.

Nell'ordinanza il Tribunale ha segnalato che il personale volontario del Corpo nazionale dei Vigili del fuoco, non legato all'Amministrazione da vincolo d'impiego, chiamato a prestare servizio durante i periodi di richiamo previsti dagli artt. 6 e 8 d.lgs. 139/06, integra un sotto-sistema peculiare, inserito nell'organizzazione del Corpo medesimo. I Vigili del fuoco volontari costituiscono un nucleo di persone "qualificate e specificamente addestrate e attrezzate a disposizione dell'Amministrazione, che se ne avvale in caso di emergenza e con la quale esso ha un rapporto di dipendenza funzionale" (Cons. Stato, sez. I, parere 20.6.2001, n. 640). In tale contesto, secondo il Giudice del rinvio, assume diretto rilievo l'art. 10, d.lgs. 139/06 cit., che recita: "1. Al personale volontario richiamato in servizio temporaneo, per l'intera durata di tale richiamo, spetta il trattamento economico iniziale del personale permanente di corrispondente qualifica, il trattamento di missione, i compensi inerenti alle prestazioni di lavoro straordinario. 2. Il personale volontario è assicurato contro gli infortuni in servizio e le infermità contratte per causa diretta ed immediata di servizio (...)".

Ha ricordato il Giudice romano che il Ministero dell'Interno ha avviato le procedure selettive per la stabilizzazione del personale volontario dei Vigili del Fuoco ai sensi dell'art. 1, commi 519 e 526 della legge n. 296/2006, che, riferendosi espressamente al medesimo personale, ha riconosciuto il carattere subordinato del relativo rapporto di lavoro. Né può rilevare in contrario la circostanza che il richiamo in servizio del vigile volontario derivi da atto amministrativo unilaterale, giacché l'esistenza di una fonte negoziale del rapporto non è essenziale ai fini del riconoscimento della subordinazione.

Non osta alla qualificazione del rapporto in termini di subordinazione nemmeno l'ulteriore circostanza che il vigile richiamato in servizio possa essere già un lavoratore alle dipendenze di altro

²⁹⁵ Cfr. sul punto in particolare A. OLIVIERI, *Licenziamento individuale e tutele nel lavoro pubblico dopo la L. n. 92/2012: una passeggiata nel bosco normativo*, in *LaWP*, 2013, pp. 373-405; nonché L. CAVALLARO, *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.: «difficile convivenza» o coesistenza pacifica?*, *ibidem*, 2012, p. 1024 ss.

²⁹⁶ Trib. Roma, Est. Buconi, ordinanza del 6 dicembre 2012, n. 110/2013.

datore (che in tal caso sarà tenuto a consentirgli lo svolgimento del servizio e a conservargli il posto: art. 8, comma 4, d.lgs. 139/06 cit.), giacché la coesistenza, nella specie meramente eventuale e contingente, di diversi rapporti di lavoro non viola alcun limite logico o legale, in presenza di espressa normativa regolatrice, che evidentemente deroga alle previsioni sull'esclusività d'impiego del lavoratore pubblico. Trattasi peraltro di rapporto di lavoro dipendente connotato da assoluta specialità, per la quale è stata espressamente esclusa l'applicazione della disciplina comune sul contratto di lavoro a termine — come ora espressamente enunciato (con disposizione di natura ricognitiva) dall'art. 10, comma 1, lettera *c-bis* d.lgs. 368/01 (lettera inserita dall'art. 4 comma 12 legge n. 183/11) — e retto viceversa da normativa particolare.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 267 del 13 novembre 2013 ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Roma, all'esito della camera di consiglio del 6 novembre 2013 in cui la Consulta si è riservata per la decisione all'esito della mancata costituzione nel giudizio incidentale della difesa dei lavoratori precari.

Secondo la Corte costituzionale il rapporto tra la pubblica amministrazione e il personale volontario del Corpo dei vigili del fuoco, per l'esercizio di funzioni straordinarie e collegate ad eventi di natura eccezionale e di durata ed entità non prevedibili, consiste in una dipendenza di carattere esclusivamente funzionale. I volontari dei vigili del fuoco non ricadono quindi nell'ambito di applicazione dell'accordo quadro allegato alla direttiva n. 1999/70/CE, perché tale accordo si applica «ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge» (clausola 2); nel caso in esame, non vi è un rapporto di lavoro, ma di servizio. La questione, dunque, non è fondata per l'erroneità del presupposto interpretativo da cui muovono le censure prospettate dal Giudice rimettente (*ex multis*, sentenze n. 236 e n. 229 del 2013).

Ci si permette di essere in totale disaccordo con la decisione della Consulta, che ha qualificato diversamente (come rapporto di servizio) un rapporto di lavoro che solo il Giudice di merito può qualificare come tale e considerare di natura subordinata e che comprende in sé, come la gran parte dei contratti di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, anche il rapporto di “servizio”, e che non rientra tra i rapporti esclusi dal campo di applicazione della clausola 2, punto 2, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, che offre agli Stati membri e/o alle parti sociali la facoltà di sottrarre al campo di applicazione di tale accordo quadro soltanto i «rapporti di formazione professionale iniziale e di apprendistato» nonché i «contratti e rapporti di lavoro definiti nel quadro di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici» (sentenza *Adeneler e a.*, punto 57).

Così, invece, ha precisato la sentenza *Sibilio* della Corte di giustizia (Giudice del rinvio, ancora una volta, il Tribunale di Napoli) sui contratti dei lavoratori socialmente utili, al punto 48: «Si deve tuttavia constatare che, a parere del Comune, che si riferisce, al riguardo, ad una giurisprudenza dei giudici nazionali, il diritto italiano non esclude che le prestazioni fornite nel contesto di un progetto di lavori socialmente utili possano, in realtà, presentare concretamente le caratteristiche di una prestazione di lavoro subordinato. Se così è, il legislatore italiano non può rifiutare la qualifica giuridica di rapporto di lavoro subordinato a rapporti che, oggettivamente, rivestono una siffatta natura. Spetta al giudice del rinvio e non alla Corte verificare la fondatezza di tale valutazione del diritto nazionale²⁹⁷».

²⁹⁷ La Corte nella sentenza *Sibilio* in nota 1 trascrive quanto sul punto ha precisato l'ordinanza del Tribunale di Napoli:

«25. Ritiene questo giudice che, la clausola 3, comma 1, della direttiva 1999/70/CE osti a che, nella invarianza di ogni altro elemento, una persona sia qualificabile ai sensi del diritto interno quale lavoratore dipendente, oppure no, esclusivamente in ragione della fonte costitutiva del rapporto di lavoro (iscrizione alle liste di mobilità o di collocamento, ovvero altre modalità automatiche di cui agli artt. 4 e 6 D.lgs. 468/97).

26. Nel caso di specie l'istante svolge la medesima attività di un dipendente a tempo indeterminato del convenuto, inquadrato nella categoria B del Contratto collettivo nazionale di lavoro Regioni enti locali.

27. Il rapporto di lavoro dell'istante è caratterizzato dall'essere connesso ad una durata temporalmente definita (progetto in cui è impegnato) ed al suo rinnovo, per cui è definibile ai sensi della clausola 3 lavoratore a termine.

28. In ragione della fonte costitutiva del suo rapporto di lavoro le sue condizioni di impiego (retribuzione) sono, per le prime 20 ore di lavoro settimanali, diverse e peggiori di quelle di un lavoratore a tempo indeterminato che lavora nel medesimo ente ed addetto a lavoro/occupazione identica ovvero simile, tenuto conto delle qualifiche/competenze come definite dal Contratto collettivo nazionale di lavoro Regioni Enti locali.

29. La ingiustificata differenza e della esclusione dell'istante dal novero dei lavoratori dipendenti appare palese proprio dalla circostanza che le ore ulteriori, rispetto le prime 20 settimanali, sono retribuite nella misura prevista per i lavoratori dipendenti comparabili, di cui al CCNL, pur se sempre al minimo contrattualmente previsto (un importo integrativo corrispondente alla

La Corte di giustizia nella sentenza *Sibilio* non fa altro che riprendere, sul punto, quanto perfettamente argomentato dalla Corte costituzionale venti anni fa sulla riqualificazione in rapporti di lavoro subordinato dei contratti di collaborazione libero professionali stipulati dalle Aziende sanitarie locali sulla base di previsione di legge, come ricorda l'Ufficio del Massimario della Cassazione nella relazione n. 20 del 1° maggio 2011²⁹⁸ su «“Collegato lavoro” e tutela giurisdizionale (artt. 30-33 della legge 4 novembre 2010, n. 183)» a pagina 14, perché la maggior parte delle controversie «qualificatorie» risiede nella discrasia tra il contenuto contrattuale e la successiva fase d'attuazione del rapporto, evidenziandosi in tema che la stessa Corte costituzionale afferma che, allorché il contenuto concreto del rapporto e le sue effettive modalità di svolgimento - eventualmente anche in contrasto con le pattuizioni concordate dalle parti e con il *nomen iuris* da loro prescelto - siano quelli propri del rapporto di lavoro subordinato, solo quest'ultima può essere la qualificazione da dare al rapporto, agli effetti della disciplina ad esso applicabile, sicché un'eventuale norma legislativa che impedisse la riqualificazione giudiziale del contratto sarebbe costituzionalmente illegittima (Corte costituzionale, sentenza del 31 marzo 1994, n. 115).

E' vero che con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale sul precariato scolastico la Corte costituzionale sembra voler rubare al Giudice nazionale il mestiere ingrato di Giudice del merito delle controversie seriali; tuttavia, in questo caso dei vigili del fuoco volontario, la qualificazione del rapporto di lavoro va lasciata al Tribunale di Roma, che l'ha correttamente qualificato come rapporto di impiego subordinato e retribuito (nel rispetto delle indicazioni già date dal Giudice delle leggi nel citato precedente), che implica un delicato servizio pubblico che, se svolto con la professionalità e la competenza richieste dalla specialità del lavoro, merita di essere stabilizzato dopo trentasei mesi di servizio in applicazione dell'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, come precisato nella sentenza *Carratù* (in riferimento ad un solo contratto irregolare di pochi mesi).

Lo Stato ha le risorse per rendere stabili i suoi servitori più operativi e più precari, e non c'è bisogno di inventarsi nuove figure professionali atipiche per negare la tutela, che in questo caso solo il Giudice del lavoro può direttamente assicurare, applicando la normativa comunitaria e interna di recepimento della disciplina europea, come interpretata dalla Corte di giustizia e dalla Corte costituzionale ai sensi dell'art. 117, comma 1, della Costituzione.

q) La sentenza *Carratù* e gli effetti della riconciliazione con la Corte europea dei diritti dell'uomo dopo la sentenza *Scattolon* e il parziale processo sugli abusi dello Stato italiano

Si è ampiamente motivato sul fatto che la sentenza del 12 dicembre 2013 non risolve soltanto i quesiti posti dal Tribunale di Napoli sull'art. 32, commi 5 e 7, della legge n. 183/2010, ma fornisce risposte sistematiche su tutta la disciplina del contratto a tempo determinato, provocando rispetto alle norme interne sopravvenute a regolamentare la normativa in questione un vero e proprio effetto di costituzionalizzazione del decreto legislativo n. 368 del 2001, che lo rende intangibile a modifiche che non siano compatibili con la prima applicazione delle clausole 4, 5 e 8, n. 1 dell'accordo quadro comunitario e che possono essere non applicate o disapplicate dai Giudici nazionali, salvo che il peggioramento della tutela complessiva non venga compensato da nuove misure nell'ambito di azione della clausola di non regressione.

retribuzione oraria relativa al livello retributivo iniziale, calcolato detraendo le ritenute previdenziali ed assistenziali previste per i dipendenti che svolgono attività analoghe presso il soggetto utilizzatore: art. 8, comma 2, D.lgs. n. 468-97).

30. Detto principio pare potersi trarre dalla Sentenza *Adeneler* (Sentenza della Corte di giustizia della Unione europea, Grande Sezione, 4 luglio 2006 procedimento C-212/04 Konstantinos Adeneler, punto 56) e *Gavieiro Gavieiro* di cui in appresso (punto 40). Pur nella libertà per il diritto interno di statuire quali siano gli elementi che consentano di ritenere la sussistenza di un rapporto di lavoro, non sembra possibile escludere dall'ambito di operatività della direttiva 1999/70/CE una categoria di rapporti di lavoro, nella quale rientra il rapporto di lavoro di cui è causa, in ragione solo delle modalità costitutive del rapporto di lavoro.

31. Detta differenziazione ad avviso di questo giudice parrebbe porsi in contrasto con la predetta clausola 4 della direttiva 1999/70/CE, tenuto conto dei principi costantemente espressi dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (da ultimo Seconda Sezione, procedimenti riuniti C-444/09 e C-456/09, Sentenza del 22 dicembre 2010, *Rosa María Gavieiro Gavieiro e Ana María Iglesias Torres c. Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia*).

32. Ne deriva che una disposizione di diritto interno, quale l'art. 8, comma 3, del d.lgs. n. 468-97 deve essere oggetto di non applicazione, come oggetto di non applicazione deve essere il comma 2 del medesimo articolo, dovendosi applicare all'istante il medesimo trattamento retributivo di un lavoratore a tempo indeterminato di pari qualifica. Le sole modalità costitutive di detto rapporto di lavoro non sembrano potere costituire una «ragione oggettiva» ai sensi della Clausola 4, atta a giustificare una disparità di trattamento ai fini della determinazione della retribuzione (cfr. Sentenza *Gavieiro Gavieiro*, punto 55).

²⁹⁸ Est. Buffa.

Si è anticipato, inoltre, che la sentenza *Carratù* rappresenta anche la correzione e la riforma della sentenza *Scattolon* della Corte di giustizia del 6 settembre 2011 in causa C-108/10, discussa davanti alla Grande Sezione all'udienza del 1° febbraio 2011.

Anche lì si è discusso, in realtà, della prassi del legislatore nazionale di intervenire sui processi in corso per alterarne l'esito quando gli arresti consolidati della giurisprudenza interna, anche di Cassazione, tutelano i diritti dei lavoratori contro gli abusi organizzativi e finanziari dello Stato. Anzi, doveva discutere soltanto di principi, di valori, della Carta di Nizza e della CEDU: almeno così era scritto nella comunicazione della Cancelleria della Corte di giustizia del 1° dicembre 2010, che aveva limitato la discussione alla quarta questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Venezia sull'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali UE e sull'art. 6 della CEDU sul giusto processo, che verrà riproposta (con identico esito della non risposta, ma con un risultato complessivo totalmente diverso) dal Tribunale di Napoli con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale della causa *Carratù*.

Completa era stata la relazione di udienza del Giudice Ilešič, che ha sottolineato anche l'esistenza di clausole di maggiore favore per i lavoratori che lo Stato membro può inserire in applicazione della normativa europea sui trasferimenti di azienda, che, *ratione temporis*, sono l'art. 7 della direttiva 77/187 e la direttiva 2001/23/CE.

Tuttavia, prima dell'apertura dell'udienza, la rappresentante italiana della Commissione europea (la stessa della *Carratù*) ha sollecitato i legali della lavoratrice a ribadire alla Corte quanto già precisato nelle osservazioni scritte, cioè il "danno economico", il pregiudizio effettivo che, con il mancato pieno riconoscimento dell'anzianità di servizio, la bidella veneta avrebbe ricevuto.

Dopo le arringhe iniziali, si è passati alle richieste di chiarimenti della Corte sul pregiudizio economico subito dalla lavoratrice. Il Giudice italiano ha contestato la rappresentante della Commissione europea, chiedendole i motivi in base ai quali la Cassazione non aveva sollevato la pregiudiziale comunitaria come Giudice di ultima istanza, se la Corte nazionale era così convinta che la questione rientrava nel campo di applicazione del diritto comunitario e si trattava di trasferimento di azienda.

Si riferiva in tutta evidenza all'ordinanza Senese e alla scelta della Cassazione di sollevare la questione di legittimità costituzionale (che sarebbe stata risolta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 311/2009), seguendo l'orientamento della sentenza n. 677/2008 della Corte di legittimità.

La Commissione europea non ha ceduto di un passo rispetto alle proprie posizioni e ha ribadito che non aveva dubbi sul fatto che si trattasse di trasferimento di azienda e, dunque, di ambito di applicazione del diritto comunitario.

È intervenuto il Giudice ceco Malenovský, il quale ha posto all'Avvocato generale dello Stato italiano la domanda fondamentale per capire la crisi e le capacità di resistenza del sistema di tutele interno e che era l'unica connessa alla 4ª questione pregiudiziale, quella sul principio dell'equo processo: «È una prassi quella del legislatore nazionale di intervenire con norme interpretative con efficacia retroattiva per modificare l'orientamento consolidato della giurisprudenza della Cassazione nel 2005 a favore del riconoscimento dei diritti ai lavoratori?».

Quando l'Avvocatura erariale si è difesa dicendo che la giurisprudenza di Cassazione non si era ancora consolidata nel 2005, il Giudice ceco-comunitario ha precisato che si trattava di 15 sentenze favorevoli e che la norma interpretativa della legge finanziaria per il 2006 aveva alterato la nomofilachia della Corte di legittimità.

Giunti alla fase delle repliche, non avendo nulla da replicare, la difesa della Sig.ra *Scattolon* s'è collegata immediatamente alle domande (rimaste senza risposte) del Giudice Malenovský, e ha affermato che era una prassi costante quella del legislatore nazionale di intervenire con norme interpretative con efficacia retroattiva o con norme di favore sui processi in cui parte sostanziale era lo Stato o Enti pubblici come l'Inps o imprese pubbliche come Poste italiane, quando il contenzioso provocato dagli abusi delle pubbliche amministrazioni acquisiva dimensioni seriali significative.

Si sostiene che tale assunto era confermato, ormai, non da singole posizioni interpretative, ma dall'importantissima relazione del Massimario della Cassazione sul Collegato lavoro n. 2 del 12 gennaio 2011, che segnalava come - per il contenzioso Poste sui contratti a termine - il legislatore fosse intervenuto ancora una volta con norma di favore che andava ad incidere sui processi alterandone il regolare svolgimento.

Non appena nominata la parola magica "Poste italiane", il Presidente Skouris, memore della

vicenda nella causa *Vino* C-20/10, ha interrotto due volte, argomentando: «Lei sta andando fuori tema, questo non è un processo contro lo Stato, si limiti alla questione della Sig.ra Scattolon». S'è replicato che la questione della lavoratrice *Scattolon* riguardava anche decine di migliaia di lavoratori che si trovavano nella stessa posizione, e il Presidente greco ha replicato (terza interruzione) che sapeva benissimo che la causa era importante, altrimenti non sarebbe stata giustificata l'udienza in Grande Sezione.

A questo punto, s'è affrontato il tema su cui la Corte di giustizia aveva chiesto specificamente alle parti di puntualizzare la propria posizione, prima dell'improvviso cambio mattutino di impostazione della discussione, cioè sulla 4^a questione pregiudiziale, sull'applicazione dell'art. 47 della Carta di Nizza e dell'art. 6 CEDU sul giusto processo dalla difesa della lavoratrice.

È stato chiesto alla *Grande Chambre* come si poteva giustificare il fatto che la Corte di giustizia abbia costruito in decenni di giurisprudenza il processo di unificazione di esperienze giuridiche nazionali tanto diverse, puntando sui principi e sulle tradizioni costituzionali comuni e sulla loro applicazione in orizzontale anche nei rapporti tra privati, ed ora, entrato in vigore il Trattato di Lisbona e giuridificati come norme primarie di diretta applicazione le regole della Carta di Nizza e della CEDU, questa straordinaria situazione potesse provocare un improvviso regresso e si volesse limitare ("parcellizzare") l'operatività dei principi al campo di applicazione delle direttive.

Insomma, è stato chiesto che si ripristinasse il metodo comunitario e si lasciasse perdere il metodo intergovernativo, rilevando testualmente: «Come giustamente affermato nelle conclusioni dell'Avvocato generale Bot nella causa C-555/07 *Kücükdeveci*, accolte dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia con la sentenza del 19 gennaio 2010, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e la diretta applicazione della Carta di Nizza deve portare ad un rafforzamento delle tutele dei diritti, se non si vuole arrivare ad una paradossale situazione di doppia tutela, quella dei principi affidata alla Cedu e alle Corti nazionali e quella del diritto comunitario in senso stretto, controllata dalla Corte di Giustizia. Così il sistema giudiziario europeo, faticosamente costruito in decenni di sentenze della Corte di Giustizia, verrebbe a sgretolarsi rispetto alla sua originaria unità. Pertanto, si chiede che alla Repubblica italiana, che è uno degli Stati fondatori della Comunità europea, ora Unione europea, venga riconosciuto formalmente lo status di Stato membro dell'Unione europea, per applicare anche all'Italia il diritto comunitario e i suoi principi».

L'Avvocato generale Bot nelle conclusioni del 5 aprile 2011 nella causa *Scattolon*, nel ricostruire la disciplina comunitaria applicabile alla fattispecie, ha seguito la stessa impostazione della relazione di udienza del Giudice Ilešić, che peraltro era apparso favorevole alla posizione della lavoratrice anche se aveva avuto scarsa possibilità di interloquire per la prevalenza degli altri citati Giudici, e ha precisato che «l'art. 51, n. 1, della Carta prevede che le disposizioni della medesima si rivolgono agli Stati membri soltanto allorché danno attuazione al diritto dell'Unione. Alla luce del tenore di tale disposizione, la questione se l'ambito di applicazione della Carta, come definito all'art. 51, comma 1, della medesima, coincida con quello dei principi generali del diritto dell'Unione è tuttora dibattuta e non trova ancora una risposta certa nella giurisprudenza della Corte.....Dalla giurisprudenza della Corte risulta senza ambiguità che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'Unione s'impone agli Stati se agiscono nel campo di applicazione del diritto dell'Unione. Peraltro, queste stesse spiegazioni concernono la giurisprudenza relativa ai diversi casi di collegamento di una normativa nazionale con il diritto dell'Unione evocati in precedenza. Questi due elementi consentono alla Corte di adottare un'interpretazione estensiva dell'art. 51, par. 1, della Carta senza snaturare l'intenzione dei redattori della stessa. Si potrebbe quindi riconoscere che questo articolo, letto alla luce delle spiegazioni che lo riguardano, debba essere interpretato nel senso che le disposizioni della Carta si rivolgono agli Stati membri quando essi agiscono nel campo di applicazione del diritto dell'Unione. Peraltro, se ci si riferisce al caso particolare delle direttive, è meglio non circoscrivere la nozione di attuazione del diritto dell'Unione alle sole misure di trasposizione delle medesime. Detta nozione deve essere intesa come riguardante le applicazioni ulteriori e concrete enunciate da una direttiva, nonché, in modo generale, tutte le situazioni nelle quali una normativa nazionale "affronta" o "incide su" una materia disciplinata da una direttiva il cui termine di trasposizione è scaduto. Una restrizione del campo di applicazione della Carta rispetto a quello dei diritti fondamentali riconosciuti in quanto principi generali di diritto dell'Unionenon sembra auspicabile. Essa, infatti, finirebbe per creare due regimi diversi di tutela dei diritti fondamentali in

seno all'Unione, a seconda che questi derivino dalla Carta o dai principi generali di diritto. Ciò indebolirebbe il livello di tutela di questi diritti».

Chiarissima l'intenzione dell'Avvocato generale nelle sue conclusioni di estendere la delibazione del giudizio della Corte anche alla 4^a questione pregiudiziale, quella sulla Carta e sulla CEDU, da un lato tacendo sull'esistenza del precedente "negativo" *Crocefissa Savia* della CGUE che si era dichiarata con troppa fretta incompetente, dall'altro riferendo della contestuale pendenza di tre giudizi sulla stessa questione pendenti davanti alla Corte EDU.

La grande mediazione dell'Avvocato generale francese tra la posizione della Corte di giustizia "europea", quella della Corte di giustizia italiana e la Corte EDU (si tratta di trasferimento di azienda e si applica la Carta di Nizza, la cui compatibilità con la norma retroattiva, però, va verificata in concreto dal Giudice di merito), riuscirà solo in parte. Prima della decisione *Scattolon* arriverà la sentenza *Agrati* della Corte di Strasburgo a scompaginare tutto l'impianto interpretativo faticosamente ricostruito.

Finalmente, il 6 settembre 2011 viene depositata la sentenza *Scattolon* della Grande Sezione della Corte di giustizia, che non ha accolto l'istanza del 9 giugno 2011 di riapertura della fase orale presentata dai difensori della lavoratrice, ai sensi dell'art. 61 del vecchio Regolamento di procedura, segnalando appunto la sentenza *Agrati* della Corte europea dei diritti dell'uomo del 7 giugno 2011 sulla stessa questione. Il rigetto dell'istanza di riapertura della fase orale della causa è motivato in modo secco e senza una vera giustificazione, diversamente da quanto avverrà con la sentenza *Carratù* in cui il rigetto dell'istanza rappresenta una vera e propria condivisione delle ragioni che la sostenevano.

I 13 Apostoli comunitari sono diventati 11: due non figurano nella intestazione della premessa, l'ala destra e l'ala sinistra (rispetto al Presidente Skouris), cioè il Giudice italiano e il Giudice ceco.

Non risulta che sia mai successo che, senza decessi o malattie note, due Giudici comunitari che hanno partecipato alla trattazione orale della causa in sede collegiale, intervenendo direttamente e con opposte posizioni nella discussione, non compaiano nella composizione finale della Corte.

È, evidentemente, un chiaro segnale delle tensioni che hanno accompagnato questo anomalo processo, un processo allo Stato italiano e alla prassi del legislatore nazionale di cambiare le regole processuali per favorire gli interessi della pubblica amministrazione e gli abusi impuniti (e, così, impunibili) dello Stato.

La sentenza *Scattolon* è ambigua²⁹⁹ e volutamente omissiva (come dirà la sentenza *Carratù*), come è ambigua la parte finale del contestuale comunicato stampa n. 80/2011 del 6 settembre 2011 della Corte di giustizia sulla decisione, rivelatore dei dissidi interni alla Corte europea: «Visto che il trasferimento aveva portato, in altre cause promosse da diversi colleghi della Sig.ra Scattolon, ad alcune sentenze della Corte Suprema di Cassazione e, successivamente, a una legge che stabilisce, per l'insieme dei lavoratori soggetti a detto trasferimento, le modalità di quest'ultimo in un senso differente da quello enunciato in dette sentenze, il Tribunale di Venezia ha formulato anche una questione in merito alla compatibilità di una legge siffatta con alcuni principi generali del diritto, come quelli dell'effettiva tutela giurisdizionale e della certezza del diritto. Tale questione, affrontata nel frattempo dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza 7 giugno 2011, *Agrati e a. c. Italia*), non è stata risolta dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea. Quest'ultima ha giudicato che, alla luce delle risposte date alle altre questioni pregiudiziali, non occorre più esaminare la causa sotto il profilo dei principi generali del diritto».

Così ha concluso la Corte di giustizia nella sentenza *Scattolon*: «1) La riassunzione, da parte di una pubblica autorità di uno Stato membro, del personale dipendente di un'altra pubblica autorità, addetto alla fornitura, presso le scuole, di servizi ausiliari comprendenti, in particolare, compiti di custodia e assistenza amministrativa, costituisce un trasferimento di impresa ai sensi della direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti, quando detto personale è costituito da un complesso strutturato di impiegati tutelati in qualità di lavoratori in forza dell'ordinamento giuridico nazionale di detto Stato

²⁹⁹ N. ZAMPIERI, *Sulla definitiva condanna della Corte di Giustizia del mancato riconoscimento dell'anzianità maturata dal personale ATA nel Comparto Enti locali*, in *DL*, 2011, 386; A. ALLAMPRESE E G. BRONZINI, *Le Corti europee intervengono sulla vicenda del personale ATA*, in *www.cgil.giuridica.it*; G. BRONZINI, *Le Corti europee rimettono in gioco i diritti del personale ATA*, in *RGLaw*, 2011, 491. Incidentalmente, affrontando il problema del precariato pubblico, è intervenuto efficacemente sulla vicenda anche L. MENGHINI, *La conversione dei rapporti precari con le p.a.: cadono molte barriere*, in *LG*, 2011, pp. 1248-1249.

membro. 2) Quando un trasferimento ai sensi della direttiva 77/187 porta all'applicazione immediata, ai lavoratori trasferiti, del contratto collettivo vigente presso il cessionario e inoltre le condizioni retributive previste da questo contratto sono collegate segnatamente all'anzianità lavorativa, l'art. 3 di detta direttiva osta a che i lavoratori trasferiti subiscano, rispetto alla loro posizione immediatamente precedente al trasferimento, un peggioramento retributivo sostanziale per il mancato riconoscimento dell'anzianità da loro maturata presso il cedente, equivalente a quella maturata da altri lavoratori alle dipendenze del cessionario, all'atto della determinazione della loro posizione retributiva di partenza presso quest'ultimo. È compito del giudice del rinvio esaminare se, all'atto del trasferimento in questione nella causa principale, si sia verificato un siffatto peggioramento retributivo».

La 4ª questione, quella sull'applicazione della Carta di Nizza e della CEDU sul giusto processo, non viene trattata, perché “assorbita” dal riconoscimento che, diversamente dalla *Crocefissa Savia* e delle due ordinanze *Vino*, la Corte di giustizia ha deliberato su materia che entra nel campo di applicazione del diritto comunitario e, in particolare, in quello del trasferimento di azienda ai sensi della direttiva 77/187/CE. In ogni caso, è stata sconfessata la posizione del “precedente” *Crocefissa Savia*, di cui nella sentenza si tace addirittura circa la “esistenza” processuale, nella ricostruzione dei fatti di causa.

q1) La sentenza *Carratù* rivela gli errori interpretativi commessi nella sentenza *Scattolon*

Oggi, con la sentenza *Carratù* scopriamo che la sentenza *Scattolon* è una decisione volutamente omissiva e deliberatamente sbagliata dalla Corte, che ha finto una reazione di orgoglio contro la Corte europea dei diritti dell'uomo per coprire in realtà soltanto il precedente errore interpretativo commesso con la *Crocefissa Savia*, con l'unica giustificazione del particolare momento di crisi economica che stava attraversando l'intera Europa e soprattutto l'Italia, nei cui confronti l'Istituzione giudiziaria comunitaria non era in grado di intervenire con la necessaria coerenza interpretativa.

Manca, infatti, nella ricostruzione della normativa utile ai fini della decisione della controversia l'art. 7 della direttiva 77/187 sul trasferimento di azienda come condizione di maggior favore che, come è avvenuto con la clausola 8, n. 1, dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato nella sentenza *Carratù*, avrebbe consentito alla Corte di giustizia di dare effettività e coerenza alle scelte legislative fatte dallo Stato italiano in attuazione della direttiva competente, ammesso ma non concesso che l'art. 8, comma 2, della legge n. 124/1999 costituisse condizione di maggior favore che la pubblica amministrazione, avendola prevista, non poteva più disattendere e non applicare, come accaduto invece con la norma interpretativa retroattiva del “maturato economico” dell'art. 1, comma 218, della legge finanziaria n. 266/2005.

Purtroppo, la Cassazione con la sentenza n. 12023/2012³⁰⁰ ha vanificato l'apertura della precedente decisione n. 20980/2011 e il rinvio alle Corti di appello per “applicare” i principi fissati dalla sentenza *Scattolon* della Corte di giustizia, senza tener conto (e senza “applicare”) la sentenza *Agrati*, sconfessando addirittura le “risultanze” istruttorie del giudizio in Corte europea, con una non troppo velata accusa al difensore dei lavoratori in Corte EDU di aver rappresentato falsamente (punti 18-20) al Giudice sovranazionale che il personale ATA transitato avrebbe perso “tutti gli elementi accessori della retribuzione”, mentre sarebbe stato provato in un singolo giudizio (punto 20, con riferimento a Cass. 19 marzo 2012, n. 4316) che le competenze accessorie del CCNL degli Enti locali sarebbero state confermate nel “maturato economico”.

In Corte europea dei diritti dell'uomo nel giudizio *Agrati* lo Stato italiano è stato degnamente assistito e rappresentato dall'Avvocatura generale dello Stato, fortemente interessata a lucrare la enorme rendita di posizione economica derivante dalle ormai troppe situazioni di contenzioso “seriale” delle pubbliche amministrazioni, la cui definizione sfavorevole ai lavoratori pubblici è dipesa unicamente dall'intervento di norme interpretative e retroattive in favore dello Stato e della sua difesa erariale, che presenta sempre il conto (allo Stato) degli esiti favorevoli dei giudizi con (inevitabile) compensazione alle spese³⁰¹.

³⁰⁰ Cass., S.L., sentenza del 13 luglio 2012, n. 12023.

³⁰¹ Con notevoli capacità mistificatorie del dato normativo e di condizionamento del giudizio delle Alte Corti nazionali, come in C. GERARDIS, *Brevi note in tema di trasferimento allo Stato del personale ATA degli enti locali*, in *GC*, 2006, p. 538. L'ira funesta e il giudizio critico autoreferenziale dell'Avvocato dello Stato si sono indirizzati contro il monolitico orientamento della Cassazione nel 2005, che aveva accolto sotto i due distinti profili della chiarezza interpretativa della norma da applicare (l'art. 8, comma 2, della legge n. 124/1999: Cass.,

Se l'Avvocatura generale dello Stato non è riuscita ad evidenziare il presunto assorbimento delle competenze accessorie nel trasferimento del personale ATA è solo perché, davanti ad un Giudice veramente terzo quale necessariamente deve essere una Corte internazionale dei diritti, l'assorbimento non c'è mai stato e, peraltro, non è mai stato oggetto specifico del contenzioso ATA se non dopo la sentenza *Scattolon*.

Nella sentenza *Scattolon* la disposizione comunitaria sulle clausole normative o contrattuali di maggior favore non è stata trascritta, nonostante il riconoscimento della piena anzianità professionale ai collaboratori scolastici potesse essere considerata, in ogni caso, una condizione di maggiore favore senza costringere i difensori dei lavoratori trasferiti a calcoli inutili sull'effettività del peggioramento economico. Evidentemente, il Relatore della *Scattolon* non è stato l'Estensore della sentenza e questo spiega come mai, in occasione della discussione della causa *Carratù*, le parti non abbiano avuto a disposizione la relazione di udienza della Signora Toader e spiega anche la diversa e trasparente decisione che la Corte di giustizia adotterà nella sentenza *Carratù*, applicando la disposizione di maggior favore nella equiparazione delle tutele tra lavoratore a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato comparabili in caso di illecita o ingiustificata cessazione del rapporto di lavoro.

In ogni caso, se analizziamo la *ratio* contributiva che ha determinato il legislatore con la l. n. 124/1999 a trasferire il personale ATA dagli Enti locali allo Stato, essa consiste, come già precisato, in un risparmio del 23,80% della retribuzione quale quota contributiva a carico dell'amministrazione statale, che i contributi non li ha versati all'Inpdap, rispetto allo stesso gettito finanziario che invece gli Enti locali erano (e sono) obbligati ad assolvere. E, quindi, era sì compito del Giudice del rinvio esaminare se, all'atto del trasferimento in questione nella causa principale, si fosse verificato un siffatto peggioramento retributivo (lo scenario dell'onere probatorio a carico del lavoratore è cambiato totalmente alla luce della sentenza *Carratù*, per le considerazioni già accennate) – così conclude la Corte di giustizia nella sentenza *Scattolon* -; ma questo compito risultava semplice *per tabulas*.

Gli Enti locali prima del passaggio pagavano i “propri” dipendenti, versando anche i contributi, e chiedevano il rimborso del costo del lavoro allo Stato, che beneficiava nelle scuole pubbliche delle prestazioni del personale ATA. Riappropriandosi della titolarità “piena” del rapporto di lavoro del personale, lo Stato dal 1° gennaio 2001 può permettersi un risparmio del 23,80% sul costo del lavoro. Geniale e tendenzialmente perverso.

Si potrebbero usare altri aggettivi e altre qualificazioni più puntuali di queste pratiche di *filibustering* dello Stato e della classe dirigente politica e amministrativa dell'era *pre-Porcillum* e dell'era *Porcellum* fino all'attualità. Ma, in tempi di grande disagio sociale ed economico e di “forconi” che si aggirano senza chiari obiettivi, è il caso di regolare pubblicamente i conti (pubblici) dopo l'effettivo ripristino della legalità democratica e nuove libere elezioni.

Non è quindi troppo tardi per riconoscere una tutela fino ad ora sostanzialmente negata al personale ATA trasferito dagli Enti locali allo Stato.

Lo afferma la nuova Corte di giustizia della sentenza *Carratù*, correggendo il passato per proiettare la giurisprudenza comunitaria al futuro del superamento delle resistenze degli Stati membri alla non applicazione o parziale applicazione nei confronti di se stessi delle direttive comunitarie, che si applicano direttamente e in verticale sulle norme che impediscono o ostacolano la tutela dei diritti fondamentali, quando sono le stesse pubbliche amministrazioni a promuoverle per coprire gli abusi commessi «senza ragioni imperiose di carattere generale», ma con tante ragioni urgenti di interesse individuale.

Del resto, come già ricordato, lo Stato italiano ha comunicato in data 12 marzo 2013 al Segretariato generale del Comitato dei Ministri presso il Consiglio d'Europa che non erano state adottate misure generali per l'applicazione della sentenza *Agrati*, perché la giurisprudenza nazionale già

S.L., sentenza del 18 febbraio 2005, n. 3356, Est. Curcuruto; è la tesi cui chi scrive ha sempre aderito) e dell'applicazione dell'art. 2112 c.c. in materia di trasferimento di azienda (Cass., S.L., sentenza del 17 febbraio 2005, n. 3224, Est. Picone) le domande dei lavoratori tendenti al pieno riconoscimento dell'anzianità di servizio nel passaggio del personale ATA dagli Enti locali allo Stato. L'argomento censorio della giurisprudenza di legittimità e di difesa della norma interpretativa con efficacia retroattiva dell'art. 1, comma 218, della legge n. 266/2005, da parte della difesa erariale era la mancanza di copertura finanziaria che potesse legittimare il riconoscimento dei diritti dei lavoratori, che la norma originaria riconosceva, senza però verificare se sussisteva la copertura finanziaria “compensativa” delle centinaia di milioni di euro che l'Avvocatura dello Stato avrebbe ottenuto e continua ad incassare dallo Stato, quando presenta le parcelle delle cause vinte con compensazione delle spese di lite in primo grado, in secondo grado, in Cassazione e nei giudizi di rinvio da cassazione, soltanto grazie all'intervento della norma interpretativa censurata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nelle due sentenze *Agrati* e che ha negato la tutela effettiva dei diritti a 80.000 dipendenti pubblici.

stava dando esecuzione alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, dopo la sentenza *Scattolon* della Corte di giustizia, e ha indicato la sentenza del Tribunale di Treviso e la sentenza n. 78/2012 della Corte costituzionale sull'anatocismo bancario come misure specifiche di attuazione, che hanno disapplicato (nel caso del Giudice di 1° grado) e dichiarata illegittima (nel caso della Consulta) la norma interna interpretativa con efficacia retroattiva che aveva, nei rispettivi giudizi, violato l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Se la giurisprudenza nazionale dovesse ancora continuare ad operare in contrasto con quanto individuato dal Governo italiano come misura idonea ad applicare la sentenza *Agrati* della Corte EDU, cioè la disapplicazione dell'art. 1, comma 218, della legge n. 266/2005, negando la tutela effettiva al personale ATA trasferito dagli Enti locali allo Stato, il rischio serissimo è di una proliferazione esponenziale del contenzioso davanti al Giudice nazionale non specializzato per il risarcimento dei danni conseguenti alla manifesta violazione della normativa comunitaria, come interpretata dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Scattolon* e *Carratù*, e di quella convenzionale, come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Agrati*, commessa da quegli stessi Giudici che tale normativa dovrebbero applicare e che non la applicano per salvaguardare le presunte esigenze di bilancio di quello Stato che li ha già "traditi", accreditando falsamente alle Istituzioni sovranazionali di aver dato già corretta esecuzione ad obblighi comunitari e/o convenzionali, come nel caso del precariato pubblico, del personale ATA trasferito e del Tribunale di Rossano "non" soppresso.

r) La sentenza *Carratù* e la causa *Mascellani* in Corte di giustizia sul *part-time* nel pubblico impiego: la necessità organizzativa del giusto processo in Corte costituzionale nei giudizi seriali in cui è parte processuale lo Stato

Il Tribunale di Trento con ordinanza del 25 aprile 2013 in causa C-221/13³⁰² *Mascellani* ha sollevato due questioni di pregiudizialità del diritto dell'Unione europea con specifico riferimento alla clausola 5, punto 2, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, allegato alla direttiva del Consiglio delle Comunità europee 97/81 del 15 dicembre 1997, secondo cui «il rifiuto di un lavoratore di essere trasferito da un lavoro a tempo pieno ad uno a tempo parziale, o viceversa, non dovrebbe, in quanto tale, costituire motivo valido per il licenziamento, senza pregiudizio per la possibilità di procedere, conformemente alle leggi, ai contratti collettivi e alle prassi nazionali, a licenziamenti per altre ragioni, come quelle che possono risultare da necessità di funzionamento dello stabilimento considerato».

La causa principale pendente davanti al Tribunale di Trento riguarda il controverso diritto della ricorrente alla conservazione del rapporto di lavoro part-time che la pubblica amministrazione convenuta (Ministero di Giustizia) aveva sottoposto a rivalutazione in forza dell'art. 16 della legge n. 183 del 2010, a tenore del quale «in sede di prima applicazione delle disposizioni introdotte dall'articolo 73 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze della amministrazioni pubbliche), e successive modificazioni, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede, possono sottoporre a nuova valutazione i provvedimenti di concessione della trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale già adottati prima della data di entrata in vigore del citato decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008».

³⁰² I quesiti posti dal Tribunale di Trento alla Corte di giustizia sono i seguenti: «Se la clausola n. 5, punto n. 2, dell'accordo recepito dalla direttiva 97/81/CE (laddove essa dispone che «il rifiuto di un lavoratore di essere trasferito da un lavoro a tempo pieno ad uno a tempo parziale, o viceversa, non dovrebbe, in quanto tale, costituire motivo valido per il licenziamento, senza pregiudizio per la possibilità di procedere, conformemente alle leggi, ai contratti collettivi e alle prassi nazionali, a licenziamenti per altre ragioni, come quelle che possono risultare da necessità di funzionamento dello stabilimento considerato»), debba essere interpretata nel senso che non è permesso alle legislazioni nazionali degli Stati membri di prevedere la possibilità – per il datore di lavoro – di disporre la trasformazione del rapporto di lavoro da *part-time* a tempo pieno, anche contro la volontà del lavoratore.».

Infatti, la ricorrente *Mascellani* aveva ricevuto comunicazione dal Ministero della Giustizia che il suo rapporto di lavoro era stato sottoposto a revisione ai sensi del citato art. 16 e ricostituito a tempo pieno».

Pendendo la questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Trento sulla compatibilità comunitaria dell'art. 16 del Collegato lavoro e nella camera di consiglio del 5 giugno 2013 - ancora una volta senza la costituzione dell'Avvocatura del libero foro che assisteva i lavoratori nel giudizio principale e con una decisione adottata in tempi straordinariamente rapidi - con la sentenza n. 224³⁰³ del 19 luglio 2013 la Corte costituzionale ha proposto la seguente interpretazione adeguatrice della clausola 5, punto 2, dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo parziale, recepito dalla direttiva 97/81/CE, dell'art. 16 della legge n. 183/2010, sottoposto a scrutinio di costituzionalità dal Tribunale di Forlì con ordinanza n. 14/2013 Reg. Ord.: «alla luce di un'interpretazione sistematica della normativa europea evocata dal rimettente (che, accanto alla protezione del lavoratore dalla trasformazione unilaterale del proprio rapporto ad iniziativa del datore di lavoro, prende pure in considerazione le esigenze organizzative di quest'ultimo), la norma censurata, rettammente inserita nello specifico contesto del diritto interno, non collide con la direttiva 97/81/CE. Diversamente da quanto opinato dal giudice *a quo*, infatti, il potere di rivalutazione dei rapporti di lavoro *part-time* a suo tempo concessi automaticamente, in applicazione della normativa dell'epoca, non è arbitrario, né indiscriminato, ma saldamente ancorato alla presenza obiettiva di verificabili esigenze di funzionalità dell'organizzazione amministrativa e condizionato a modalità di esercizio scrupolosamente rispettose dei canoni generali di correttezza e di buona fede. Ne sono espressione, a titolo esemplificativo, la tutela delle peculiari situazioni personali e familiari consolidate in capo ai singoli lavoratori, da valutarsi in contraddittorio con gli stessi, il vaglio della fattibilità di soluzioni alternative alla revoca del *part-time*, la concessione di un congruo periodo di preavviso prima che la trasformazione (ciò nonostante disposta) divenga operativa. In tal modo, i criteri di correttezza e di buona fede cui le pubbliche amministrazioni devono attenersi nell'esercizio della suddetta "rivalutazione" si prestano ad esaltare, in una prospettiva costituzionalmente orientata di stampo solidaristico, proprio la salvaguardia delle ragioni della controparte, senza comportare un apprezzabile sacrificio».

Lo scrivente, diversamente dalle immediate critiche della dottrina³⁰⁴ alla sentenza della Consulta n. 224/2013, ha condiviso *prima facie* l'intervento rapido e interpretativo della Corte costituzionale su una questione già sottoposta alla Corte di giustizia.

Tuttavia, la soluzione adottata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Carratù* sulla valutazione complessiva dell'applicazione diretta nei confronti dello Stato come datore di lavoro delle direttive sociali in materia di lavoro a tempo determinato, di trasferimento di azienda e, come nel caso di specie, di lavoro a tempo parziale, induce a rivedere quella originaria posizione di condivisione della opzione di interpretazione adeguatrice, perché l'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale prevede alla clausola 6, punto 1, la stessa possibilità per gli Stati membri di inserire condizioni di maggior favore per i lavoratori interessati al campo di applicazione della direttiva, e quindi la pubblica amministrazione (in questo caso il Ministero della Giustizia che ben dovrebbe conoscere la normativa comunitaria) non può modificare con norme retroattive e senza alcuna ragione oggettiva diritti già acquisiti dai propri dipendenti sulla base di norme interne più favorevoli che recepiscono discipline comunitarie.

Anche in questo caso di "mancato coordinamento" tra le pronunce della Corte costituzionale e i giudizi di compatibilità comunitaria delle norme interne già espressi o in via di definizione da parte della Corte di giustizia, come per la questione degli abusi nella successione dei contratti a termine dei vigili del fuoco volontari, si deve segnalare, purtroppo, l'assenza nei giudizi incidentali di costituzionalità dei difensori dei lavoratori nei giudizi principali.

Ritiene chi scrive che sarebbe sufficiente, come avviene nei giudizi pregiudiziali in Corte di giustizia, una modifica del Regolamento dei giudizi incidentali in Corte costituzionale prevedendo una comunicazione obbligatoria amministrativa degli Uffici di segreteria della Consulta, anche via *pec* o via *fax*, alle parti costituite nel giudizio principale sospeso, sulla iscrizione a ruolo dell'ordinanza di rimessione con facoltà di costituirsi davanti al Giudice delle leggi entro venti giorni (non dalla

³⁰³ Pres. Gallo, Est. Mazzella.

³⁰⁴ N. ZAMPIERI, *Sull'obbligo della Corte Costituzionale di effettuare anche nei giudizi in via incidentale il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e sulla dubbia conformità della normativa nazionale sul precariato pubblico all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato*, cit., p. 134.

pubblicazione dell'ordinanza sulla Gazzetta ufficiale - 1^a serie speciale, come avviene ora) dalla ricezione della comunicazione, per evitare quella che, troppo spesso, finisce per determinare situazioni di sostanziale violazione del contraddittorio e del giusto processo costituzionale; soprattutto quando, come nei casi esaminati, il datore di lavoro sia lo Stato, che ha sempre la possibilità di effettuare l'intervento volontario come Presidenza del Consiglio dei Ministri con l'Avvocatura generale dello Stato anche quando, come nei casi esaminati, le pubbliche amministrazioni interessate (Ministero dell'Interno per i vigili del fuoco volontari; Ministero della Giustizia per la violazione della normativa comunitaria sul lavoro a tempo parziale) non si siano costituite in giudizio "per opportunità", cioè sperando nella mancata costituzione nei giudizi incidentali dei lavoratori.

Non sempre si può ricorrere alla "Provvidenza", come quella del carabiniere fuori servizio che rimette in circolazione in direzione nord verso Lussemburgo, con una manovra coraggiosa e di grande senso civile - anche se forse eccessivamente dannosa per lo Stato, o meglio per un certo tipo di Stato; è il motivo per cui si mantiene la riservatezza sul *nomen* del servitore del "vero" Stato, anche per evitargli una probabile azione disciplinare, che ben difficilmente dovrebbe colpire il Tribunale di Napoli per aver accusato di slealtà processuale "l'altro Stato" nelle pregiudiziali europee, dopo che l'accusa è stata ampiamente confermata dalla Corte europea nella sentenza del 12 dicembre 2013 - gli "sbandati" avvocati della causa *Carratù* (che si erano fermati con l'auto in direzione sud), per consentirgli almeno di discutere in Corte di giustizia il 5 giugno 2013 la importantissima questione pregiudiziale.

O come la "Provvidenza" che ha "illuminato" della luce della conoscenza informatica (e della prudenza di chi sospetta sempre ossessivamente e ingiustamente l'esistenza di eventi "complotistici" o metafisici di alterazione delle ordinarie vicende processuali sul contenzioso seriale dello Stato) i difensori di uno dei docenti precari costituiti in Corte costituzionale nel giudizio incidentale n. 31/2012 Reg. ord. su una delle sei questioni di legittimità in materia di tutele del precariato scolastico sollevate dal Tribunale di Trento.

Infatti, successivamente alla costituzione del docente precario nel giudizio incidentale n. 31/2012 è stata pubblicata sulla G.U. del 23 maggio 2012, n. 21 l'ordinanza del 17 gennaio 2012 n. 91/2012 Reg. ord., con cui il Tribunale di Trento ha sollevato analoga questione di legittimità costituzionale sospettando di illegittimità costituzionale rispetto agli stessi parametri (artt.11 e 117 Cost. in relazione alla clausola 5 dell'accordo quadro comunitario sulla disciplina del contratto a tempo determinato) la norma speciale sul reclutamento dei docenti dei Conservatori di musica (dell'art. 2 comma 6 Legge n. 508 del 21.12.1999).

A settembre 2012, dopo la sentenza n. 10127/2012 della Cassazione che aveva negato ai precari della scuola ogni forma di tutela antiabusiva, i difensori del docente trentino costituito nel giudizio incidentale n. 31/2012 hanno scoperto sull'ottimo sito *internet* della Corte costituzionale che per la 5^a ordinanza di rimessione del Tribunale di Trento n. 91/2012 Reg. ord. era stata già fissata la camera di consiglio del 10 ottobre 2012, mentre per le analoghe precedenti questioni di legittimità costituzionale sollevate dallo stesso Tribunale di Trento nn. 283 e 284/2011 Reg. ord. e n. 31 e 32/2012 Reg. ord. non era stata ancora fissata alcuna udienza né di discussione né in Camera di Consiglio.

A questo punto, i difensori del professore precario "pretermesso" hanno presentato in data 4 settembre 2012 istanza al Presidente della Corte costituzionale per chiedere di disporre la riunione dei procedimenti incidentali nn. 283 e 284/2011 Reg. ord. e n. 31, 32 e 91/2012 Reg. ord., revocando il decreto di fissazione all'udienza camerale del 10 ottobre 2012 relativamente al giudizio n. 91/2012 Reg.ord. oppure fissando l'udienza del 9 ottobre 2012 per la discussione dei procedimenti incidentali nn. 283 e 284/2011 Reg. ord. e n. 31 e 32/2012 Reg. ord., onde consentire la discussione unitaria di tutte le analoghe questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Trento, sulla base delle seguenti considerazioni:

- la delicatezza delle identiche questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Giudice di 1° grado, che attenevano ai complessi rapporti tra diverse fonti normative sopranazionali e nazionali e al già rilevato contrasto (seppure in sede di procedura di infrazione n. 2010/2124 da parte della Commissione europea) delle disposizioni interne sul reclutamento scolastico sospettate di illegittimità costituzionale (art. 4 della legge n. 124/1999 per i docenti e personale ATA supplenti in generale; art. 2, comma 6, della legge n. 508/1999 per i docenti dei conservatori di musica) con lo stesso parametro

intermedio individuato dal Tribunale di Trento (clausola 5 dell'accordo quadro comunitario sulla disciplina del contratto a tempo determinato, recepito dalla direttiva 1999/70/CE);

- l'opportunità di una trattazione unitaria di tutte le questioni analoghe, con argomentazioni sovrapponibili e con identici riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia anche in considerazione del fatto che nel procedimento n. 91/2012 non risultava costituita la parte lavoratrice, e che appariva sicuramente necessario che la questione di costituzionalità, identica in tutti gli altri procedimenti pendenti, venga decisa sentendo anche le ragioni del contraente "debole" del rapporto di lavoro pubblico (mentre il MIUR, parte resistente nel giudizio principale perché datore di lavoro pubblico, non si è costituito nel giudizio n. 91/2012 Reg. ord. ma era ben rappresentato dalla difesa tecnica dell'Avvocatura generale dello Stato, con il suo atto di intervento e deduzioni in rappresentanza della Presidenza del Consiglio dei Ministri), peraltro regolarmente costituito in tutti gli altri giudizi iscritti a ruolo in data precedente.

Il Presidente della Corte costituzionale ha effettivamente accolto l'istanza e ha provveduto a rinviare a nuovo ruolo l'ordinanza n. 91/2012, e tutte le questioni sollevate dal Tribunale di Trento sono state poi discusse unitariamente all'udienza pubblica del 27 marzo 2013 e decise con l'ordinanza "gemella" n. 206/2013 della Consulta, contestualmente al rinvio pregiudiziale dell'ordinanza *Napolitano*.

Certamente, la "Provvidenza" può essere salvifica per la piena tutela dei diritti fondamentali.

Tuttavia, piccole correzioni delle regole procedurali, in giudizi contro lo Stato così importanti come quello davanti al Giudice delle leggi nazionali e quello davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea, potrebbero evitare il ricorso alla sorte e assicurare sempre la pienezza del contraddittorio e la parità delle armi nel processo.

La causa pregiudiziale *Carratù* è stata infatti un grande processo comunitario davanti ad un grande Collegio della Corte europea di Lussemburgo, perché gli avvocati della parte più debole hanno potuto discutere la causa e interloquire con i Giudici rispondendo a tutti i quesiti e proponendo le soluzioni più opportune, e i magistrati europei, nella loro competenza, autonomia e imparzialità, hanno deciso, a prescindere dalla complessità degli effetti che la decisione avrebbe potuto provocare sull'ordinamento interno. Così è avvenuto il 27 marzo 2013 in Corte costituzionale, così è accaduto il 5 giugno 2013 in Corte di giustizia. Così dovrebbe avvenire, sempre.

s) La sentenza *Carratù* "rilegge" la sentenza *Della Rocca* della Corte di giustizia sul lavoro a tempo determinato in somministrazione irregolare: l'equiparazione delle tutele dei lavoratori "temporanei"

Si è segnalata³⁰⁵ la tendenza della legge n. 92/2012 ad equiparare i periodi di lavoro subordinato a tempo determinato con la "missione" del lavoratore a termine utilizzato in virtù di contratto di somministrazione.

Tre sono i fattori che hanno spinto il legislatore della riforma Fornero ad assimilare o a cercare di rendere "compatibili" la disciplina del contratto a tempo determinato con il rapporto di servizio tra lavoratore "somministrato" a tempo determinato e l'impresa utilizzatrice.

Innanzitutto, la giurisprudenza europea ha già ampiamente maturato l'orientamento ad unificare nell'ambito di applicazione delle clausole 4 e 5 dell'accordo quadro comunitario sul contratto a tempo determinato il complesso delle tutele minime contro gli abusi nella successione anche delle altre tipologie di lavoro flessibile a termine, compreso il lavoro alle dipendenze delle agenzie interinali (ordinanza *Briot* della Corte di giustizia e art. 5, comma 1, della dir. 2008/104/CE), inducendo il legislatore della novella a uniformare, in termini di regolamentazione dei casi di flessibilità e delle tutele antiabusive e anche di applicazione "integrale" del principio di non discriminazione (argomento dall'abrogazione dell'art. 23, comma 2, d.lgs. n. 276/2003), le due tipologie di rapporto contrattuale temporaneo, con un processo di osmosi tra le due discipline molto evidente.

In secondo luogo, ci si deve rapportare all'orientamento già espresso dalla Cassazione (cfr. sent. n. 15610/2011) sul fatto che l'art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003 abbia introdotto una causale ampia (mutuata dall'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001), non legata a specifiche situazioni tipizzate dal

³⁰⁵ Cfr. V. DE MICHELE, *Il contratto a tempo determinato*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, a cura di M. CINELLI-G. FERRARO-O. MAZZOTTA, Torino, 2013, p. 36 ss.

legislatore o dal contratto collettivo, e che ciò comporta la necessità di una verifica diretta ad accertare, non la temporaneità o la eccezionalità delle esigenze organizzative richieste per la somministrazione a termine, quanto, piuttosto, la effettiva esistenza delle esigenze alle quali si ricollega l'assunzione del singolo dipendente. Lo scopo dell'indagine giurisprudenziale, secondo la Suprema Corte, deve essere solo quello di escludere il rischio di ricorso abusivo a forme sistematiche di sostituzione del personale atte a mascherare situazioni niente affatto rispondenti a quelle contemplate dalla norma (somministrazione cd. "irregolare", ex art. 27, comma 1, d.lgs. n. 267/2003), o, addirittura, di evitare il rischio del superamento del limite rappresentato dalla necessità che non siano perseguite finalità elusive delle norme inderogabili di legge o di contratto collettivo atte ad integrare l'ipotesi, sanzionata, della somministrazione fraudolenta (art. 28 d.lgs. n. 276/2003).

Sotto questo profilo, pare ragionevole che il legislatore del 2012 abbia preso atto che la giurisprudenza di legittimità ha riscritto la disciplina antiabusiva del lavoratore alle dipendenze a tempo determinato di agenzie interinali, trasferendo il rischio dell'abuso contrattuale sul soggetto utilizzatore, per cui le "ragioni" di apposizione del termine contrattuale vanno specificate nel contratto tra agenzia e lavoratore temporaneo³⁰⁶, come previsto dal combinato disposto dell'art. 22, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 e del citato art. 5, comma 1, della direttiva 2008/104/CE.

In conseguenza, la mancata specificazione delle ragioni (anche sotto il profilo della mancanza delle condizioni per la legittimità delle missioni acasali sia nella ipotesi oggettiva che in quelle soggettive) o la mancanza della effettività delle stesse ragioni "causali" o "acasali" finisce per far confluire tutti i profili di tutela del lavoratore nell'ambito della somministrazione irregolare. Si ritiene che il legislatore della riforma del 2012 ha ben operato nell'uniformare e coordinare le due normative novellate (contratto a tempo determinato e contratto di somministrazione a tempo determinato) in funzione della tutela applicabile in caso di abusi, che riguarda sempre e soltanto il datore di lavoro "effettivo", sia esso il titolare diretto del rapporto contrattuale sia esso l'impresa utilizzatrice del lavoratore "missionario".

In terzo luogo, l'assimilazione tra lavoro alle dipendenze di "agenzie interinali" e lavoro a tempo determinato sui casi in cui non è necessaria la specificazione dei motivi e il contestuale aggravamento del costo del lavoro per chi assume a termine anche in somministrazione [la maggiorazione contributiva dell'1,40% di cui all'art. 2, comma 28, l. n. 92/2012, al di fuori delle ipotesi canoniche della sostituzione di personale o del lavoro stagionale o di quella *extra ordinem* di evasione contributiva "totale" *ope legis* per i precari pubblici, previste rispettivamente dalle lettere a), b) e d) del comma 29 dello stesso art. 2 della riforma] costituisce una chiara indicazione per le imprese a privilegiare il contratto di somministrazione a tempo determinato, sia in un logica di risparmio sul costo del lavoro sia come maggiore opportunità di più rapido reinserimento dei lavoratori "svantaggiati", in particolare, dalla perdita del posto di lavoro per riduzione di personale o per giustificato motivo oggettivo.

L'equiparazione tra le tutele sembrava essere confermata dalla giurisprudenza della Cassazione³⁰⁷ anche in ordine all'applicazione ai contratti di somministrazione a tempo determinato della sanzione introdotta dall'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010, prima dell'intervento censorio della Corte di giustizia nella sentenza *Carratù*.

Tuttavia, la sentenza *Della Rocca* della Corte di giustizia dell'11 aprile 2013³⁰⁸ aveva messo in discussione la correttezza del legislatore del 2012 di equiparare le tutele antiabusive tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori con contratto di somministrazione irregolare a termine alle dipendenze di agenzie interinali, nel momento in cui la Corte europea, sempre su ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli, aveva così concluso: «La direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, e l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che compare in allegato a tale direttiva, devono essere interpretati nel senso che non si applicano né al

³⁰⁶ Cfr. G. FALASCA, *La nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *Riforma del lavoro – Legge 28 giugno 2012, n. 92, cit.*, pp. 28-29, che critica la formulazione incerta della norma e la mancanza di coordinamento con le ipotesi acasali soggettive di somministrazioni commerciali previste dall'art. 4, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 142/2012.

³⁰⁷ Cfr. Cass., Sez. lav., 17 gennaio 2013, n. 1148, in *RIDL*, 2013, II, p. 331 ss., con nota di L. FIORILLO, *Il regime sanzionatorio forfezzato si applica al lavoro temporaneo illegittimo e alla somministrazione a termine irregolare: la Cassazione risolve la querelle*.

³⁰⁸ Per un primo commento v. P. COPPOLA, *Somministrazione e direttiva 2008/104/CE: il (non) adeguamento dell'ordinamento interno*, in *LG*, 2013, 10, p.879 ss.

rapporto di lavoro a tempo determinato tra un lavoratore interinale e un'agenzia di lavoro interinale né al rapporto di lavoro a tempo determinato tra tale lavoratore e un'impresa utilizzatrice».

La sentenza *Carratù* della Corte di giustizia consente di "rileggere" anche la sentenza *Della Rocca* sulla somministrazione irregolare a tempo determinato, peraltro adottata dalla VIII Sezione della Corte di Lussemburgo con un Collegio a tre composto dagli stessi Giudici (tranne il Presidente e la Relatrice) della decisione del 12 dicembre 2013 sul Collegato lavoro.

E' evidente che l'art. 9, comma 1, della direttiva 2008/104/CE sui requisiti minimi, prevede la stessa clausola di favore della direttiva 1999/70/CE in materia di lavoro a tempo determinato: «1. La presente direttiva lascia impregiudicato il diritto degli Stati membri di applicare o introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori, o di agevolare o consentire contratti collettivi o accordi conclusi tra le parti sociali più favorevoli ai lavoratori».

Quindi, l'apparente contraddizione tra l'ordinanza *Briot* della Corte di giustizia, che al punto 36 aveva prefigurato la possibilità di estendere ai lavoratori alle dipendenze di agenzie interinali le stesse tutele previste dall'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, e la sentenza *Della Rocca* che al punto 43 aveva escluso l'applicazione della direttiva 1999/70/CE agli interinali negando ogni contrasto interpretativo con l'ordinanza *Briot*, è risolto alla luce della sentenza *Carratù* perché la disposizione di maggior favore inserita nell'art. 9, comma 1, della direttiva 2008/104/CE, come recepita dall'ordinamento interno anche con le modifiche introdotte dalla legge n. 92/2012 sul contratto di lavoro somministrato a tempo determinato, legittima l'equiparazione normativa tra le due forme di flessibilità in entrata di lavoro temporaneo senza creare alcuna incongruenza nella giurisprudenza comunitaria.

t) I poteri dei Tribunali di Aosta e di Napoli e di tutti i Giudici nazionali (compresa la Cassazione) dopo la sentenza *Carratù* e l'ordinanza *Papalia* rispetto alle norme retroattive che impediscono o limitano l'applicazione del d.lgs. n. 368/2001 a tutti i lavoratori a tempo determinato al livello di tutela equiparato con i lavoratori a t.i. comparabili

Nella ordinanza di rinvio della causa *Carratù* il Tribunale di Napoli non ha posto alcun quesito riguardante i poteri del Giudice nazionale nel caso in cui la Corte di giustizia (né lo ha fatto il Tribunale di Aosta nell'ordinanza pregiudiziale della causa *Papalia*), come è poi avvenuto, rispondesse positivamente al quesito sull'applicazione della clausola 4, n. 1, dell'accordo quadro comunitario in particolare nei confronti di un organismo pubblico. Peraltro, citando la sentenza *Foster*, ai punti 55-56 dell'ordinanza di rinvio il magistrato partenopeo ha precisato: ««55. La Corte di giustizia ha esteso progressivamente il concetto di Stato ai fini di una applicazione diretta del diritto comunitario dei Trattati o derivato alla P.A. con la sentenza resa nella causa C-103/88 (la pubblica amministrazione, ivi compresa quella comunale, ha l'obbligo di applicare l'art. 29, n. 5, della direttiva, e di disapplicare le norme nazionali che siano con esso in contrasto). 56. Con la sentenza *Foster* (sentenza della Corte del 12 luglio 1990, *A. Foster e altri contro British Gas plc*, resa nella causa C-188/89) la CGCE ha preliminarmente affermato di essere essa «competente a determinare in via pregiudiziale le categorie di soggetti nei cui confronti possono venire invocate le disposizioni di una direttiva. Spetta invece ai giudici nazionali stabilire se una parte in una causa di cui sono investiti rientri in una delle categorie così definite ... Gli amministrati, qualora siano in grado di far valere una direttiva nei confronti dello Stato, possono farlo indipendentemente dalla veste nella quale questo agisce, come datore di lavoro o come pubblica autorità, e quindi ... nei confronti di organismi o di enti che erano soggetti all' autorità o al controllo dello Stato o che disponevano di poteri che eccedevano i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli.» (punti 16, 18 e 20).»».

La Corte di giustizia ha confermato la natura pubblica di Poste italiane e, quindi, non vi è dubbio che il Giudice nazionale abbia il potere di non applicare o disapplicare l'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010 non solo ai giudizi in corso, ma anche a tutte le controversie in cui si controverte di contratti a tempo determinato stipulati dopo il 24 novembre 2010 in cui l'equiparabilità in concreto della tutela assicurata dal d.lgs. n. 368/2001 rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili non possa essere assicurata dall'applicazione del nuovo regime sanzionatorio.

In ogni caso la Corte di giustizia nella sentenza *Carratù* ha richiamato, non a caso, il precedente della sentenza *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* sulla diretta applicazione della clausola 4, n. 1,

dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato nei confronti delle pubbliche amministrazioni. Precisa, infatti, la Corte di giustizia nella sentenza *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* ai punti 72, 73 e 75: «72. L'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di raggiungere il risultato previsto da quest'ultima nonché il loro dovere, ai sensi dell'art. 4, n. 3, TUE, di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo valgono per tutti gli organi dei detti Stati, ivi compresi, nell'ambito della loro competenza, quelli giurisdizionali. Obblighi siffatti gravano su tali autorità, ivi compreso, se del caso, nella loro qualità di datore di lavoro pubblico (sentenza *Impact*, cit., punti 41 e 85 nonché giurisprudenza ivi citata). 73 Qualora non possano procedere ad un'interpretazione e ad un'applicazione della normativa nazionale conformi alle prescrizioni del diritto dell'Unione, i giudici nazionali e gli organi dell'amministrazione hanno l'obbligo di applicare integralmente quest'ultimo e di tutelare i diritti che esso attribuisce ai singoli, disapplicando, se necessario, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno (v., in tal senso, sentenze 22 giugno 1989, causa 103/88, *Costanzo*, Raccolta p. 1839, punto 33, e 14 ottobre 2010, causa C-243/09, *Fuß*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 63). 75 Poiché il principio di tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale di diritto dell'Unione riconosciuto, peraltro, nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, spetta in particolare ai giudici nazionali, in assenza di una misura che trasponga correttamente la direttiva 1999/70 nel diritto spagnolo per il citato periodo, assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle norme del diritto dell'Unione e garantirne la piena efficacia (v., in tal senso, sentenza *Impact*, cit., punti 42 e 43 nonché giurisprudenza ivi citata). 76 Risulta da una giurisprudenza costante che, in tutti i casi in cui disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono essere invocate dai singoli nei confronti dello Stato, anche in qualità di datore di lavoro (v., in tal senso, segnatamente, sentenze 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, Raccolta p. 723, punti 46 e 49; 20 marzo 2003, causa C-187/00, *Kutz-Bauer*, Raccolta p. I-2741, punti 69 e 71, nonché *Impact*, cit., punto 57)».

E' evidente, dunque, che, mentre nel caso spagnolo non vi era una misura diretta che trasponesse correttamente la direttiva 1999/70 nel periodo in questione, l'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 368/2001 ha previsto misure attuative efficaci per quanto riguarda le sanzioni in caso di utilizzo illecito o irregolare del contratto a tempo determinato e sin dal primo ed eventualmente unico rapporto, come l'art. 1, commi 1 e 2, del decreto legislativo attuativo dell'accordo quadro comunitario, per cui il Giudice nazionale dovrà limitarsi a disapplicare sui contratti a termine stipulati prima dell'entrata in vigore del Collegato lavoro 2010 le norme modificative della tutela contenute nell'art. 32 della legge n. 183/2010 (comprese quelle sulla decadenza) e, per i contratti a termine stipulati dal 24 novembre 2010 in poi potrà disapplicare l'art. 32, comma 5, del Collegato, a meno che, come ha già fatto il Tribunale di Napoli con la citata sentenza del 18 dicembre 2013, non vi sia la possibilità di un'applicazione adeguatrice della nuova sanzione.

In claris non fit interpretatio. Almeno si spera.

27. L'asse italo-francese sul rafforzamento sinergico della tutela dei diritti fondamentali attraverso la costituzionalizzazione interna del diritto derivato europeo e della Carta di Nizza: la nuova Corte di giustizia dei diritti sociali nella sentenza *Association de médiation sociale*

La sacralità laica della legge ordinaria, e quindi la necessità per gli operatori del diritto di applicarla sempre e comunque nell'ordinamento interno ricorrendo a tutte le tecniche interpretative per conformarne i precetti ai principi costituzionali, è stata fortemente ridimensionata dal nuovo assetto del sistema delle fonti del diritto, sovranazionali e nazionali, soprattutto alla luce dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della promozione della Carta di Nizza al rango di complesso di norme primarie dell'Unione europea, con una conseguente notevole accentuazione delle procedure di dialogo e di confronto istituzionale e informale tra le Corti (giudici di merito, Cassazione, Corte costituzionale e Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo) per la individuazione, definizione e applicazione di regole sostanziali e processuali "condivise" negli obiettivi e omogenee nelle soluzioni.

Come è stato esaustivamente sottolineato³⁰⁹, il processo di «internalizzazione e «europeizzazione» della Costituzione o di costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario» innesta un fenomeno circolare³¹⁰ e orizzontale di formazione di un diritto eurounitario, con interazione ed osmosi sui principi tra Carte (CEDU e Carta di Nizza) e Costituzioni interne, che costringe le Corti nazionali e le Corti sovranazionali ad interagire in un sistema non più gerarchico e verticale di fonti del diritto.

La sentenza *Kücükdeveci* della Grande Sezione³¹¹ della Corte di giustizia è stata la rappresentazione perfetta del nuovo quadro costituzionale europeo che si era andato delineando prima dell'attuale crisi del sistema economico e sociale dell'Unione europea e della contestuale crisi della giurisprudenza comunitaria con il caso *Agrati-Scattolon* e il rifiuto del Collegio di Lussemburgo nella sentenza del settembre 2011 di applicare anche l'art. 47 della Carta di Nizza alla fattispecie del personale ATA transitato allo Stato italiano che entrava nel campo di applicazione della direttiva sul trasferimento di azienda.

Eppure, l'Avvocato generale francese Yves Bot nelle limpide e belle (per intelligibilità e chiarezza espositive, per lucidità dell'approfondimento e dell'analisi critica fatta rispetto all'evoluzione della giurisprudenza comunitaria) conclusioni presentate il 7 luglio 2009³¹² era riuscito anche a riabilitare la sentenza *Mangold* (invitando gli altri Avvocati generali ad attenuare le critiche) e a costruire il cambio di orientamento della Corte di giustizia sulla possibilità strutturale di applicare «in orizzontale» e tra privati, attraverso il principio comunitario di uguaglianza e di non discriminazione: «desidero fare osservare che, riguardo all'intromissione sempre maggiore del diritto comunitario nei rapporti tra privati, la Corte sarà, a mio parere, inevitabilmente confrontata ad altre ipotesi che sollevano il problema dell'invocabilità di direttive che contribuiscono a garantire i diritti fondamentali nell'ambito di controversie tra singoli. Tali ipotesi aumenteranno verosimilmente se la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea acquisirà in futuro una forza giuridica vincolante, poiché tra i diritti fondamentali ripresi in tale Carta, un determinato numero compare nell'esperienza comunitaria sotto forma di direttive. In tale prospettiva, la Corte deve, a mio avviso, riflettere fin da oggi se l'identificazione di diritti garantiti da direttive come costituenti dei diritti fondamentali permetta o meno di rafforzare l'invocabilità di questi nell'ambito di controversie tra singoli. La presente causa offre alla Corte l'occasione per precisare la risposta che essa desidera apportare a tale importante questione» (punto 90).

La Grande Sezione, nella sentenza del 19 gennaio 2010³¹³ ai punti 52 – 56, aveva accolto l'invito dell'Avvocato generale, chiarendo che spetta al Giudice nazionale disapplicare tale normativa nazionale, anche nell'ambito di una controversia tra singoli³¹⁴, quando sia stata violata la normativa antidiscriminatoria.

Con l'applicazione dei principi fondamentali comunitari³¹⁵ (anche ed eventualmente) attraverso lo strumento della disapplicazione (o non applicazione³¹⁶) la Corte di giustizia da un lato *apertis verbis*

³⁰⁹ A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internalizzazione (ed «europeizzazione») della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, Relazione all'incontro di studio su *L'internalizzazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele*, organizzato dal C. S. M., Agrigento 17-18 settembre 2010, su www.associazionedeicostituzionalisti.it.

³¹⁰ N. PARISI, *Considerazioni sulla natura giuridica dell'Unione europea alla luce dei rapporti fra gli Stati membri e fra questi e l'organizzazione*, in U. DRAETTA, A. SANTINI (a cura di), *L'Unione europea in cerca di identità*, Milano, 2008, p. 15.

³¹¹ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 19 gennaio 2010, in causa C-555/07, *Kücükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*.

³¹² Causa C-555/07, *Kücükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*.

³¹³ Sulla sentenza v. V. SCIARABBA, *La sentenza Kücükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea*, relazione in occasione del Convegno del Gruppo di Pisa del 4-5 giugno 2010, dattiloscritto; R. COSIO, *La sentenza Kücükdeveci: le nuove frontiere del diritto dell'Unione europea sul potere di disapplicazione del giudice nazionale*, in LG, 2010, 11, p. 1079; N. DI LEO, *Il Trattato di Lisbona, la disapplicazione e un ordine sistemico delle fonti nel sistema multilevel*, su LG, 2010, 8, 759. Sul rapporto tra Corte di giustizia e tutela dei diritti fondamentali, v. R. COSIO, *I diritti fondamentali nella tutela dei diritti fondamentali*, in RIDL, 2012, I, p. 311 ss.

³¹⁴ Il lavoratore aveva promosso la causa principale nei confronti dell'ex datore di lavoro, per il riconoscimento del periodo di attività lavorativa subordinata maturato prima del compimento del venticinquesimo anno di età, ai fini del calcolo dei termini di preavviso di licenziamento. La norma nazionale ostativa era l'art. 622 del codice civile tedesco (Bürgerliches Gesetzbuch), dichiarata in contrasto con l'art. 6, n. 1, della direttiva 2000/78/CE, contenente i divieti di discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento.

³¹⁵ V. sulla Corte di giustizia come Corte dei principi le riflessioni di A.M. PERRINO, *I principi di diritto comunitario e le piroette del legislatore italiano*, in FI, 2009, IV, p. 496 ss.

³¹⁶ Infatti, una settimana prima, la Corte di giustizia, sempre Grande Sezione, con sentenza del 12 gennaio 2010, nella causa C-341/08 *Petersen* aveva anticipato l'esito della sentenza del 19 gennaio 2010, precisando che spetta al giudice nazionale investito di una

aveva indebolito il formale giudizio di costituzionalità “interno” di norma nazionale in contrasto con il diritto dell’Unione europea, dall’altro, aveva rafforzato il ruolo del Giudice comune nazionale sulla non necessità di sollevare la questione pregiudiziale e di risolvere direttamente il contrasto, invitandolo ad un giudizio di costituzionalità diffusa sulle norme interne, così come ha sollecitato le Corti costituzionali a ridefinire il proprio ruolo e a dialogare con pari dignità e sul piano orizzontale dell’interazione tra le Carte fondamentali nel nuovo sistema delle fonti.

D’altra parte, l’uguaglianza (art. 20) e la non discriminazione (art. 21) rappresentano principi cardine della Carta di Nizza, ed era fondamentale che la Corte di giustizia avesse ricostruito un principio unico comunitario di uguaglianza e di non discriminazione, su cui aveva tentato di applicare in via diretta e in orizzontale anche nelle controversie tra privati il diritto comunitario “derivato”, prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Ci era riuscita efficacemente con la sentenza *Cordero Alonso*³¹⁷, imponendo al Giudice nazionale di disapplicare «qualsiasi disposizione nazionale discriminatoria, senza doverne chiedere o attendere la rimozione da parte del legislatore, e deve applicare ai componenti del gruppo sfavorito lo stesso regime che viene riservato agli altri lavoratori.... Tale obbligo incombe ad esso indipendentemente dall’esistenza, nel diritto interno, di disposizioni che gli attribuiscono la competenza al riguardo»³¹⁸.

Dopo la risposta apparentemente *soft* della Corte di giustizia nella sentenza *Küçükdeveci*, la Corte costituzionale tedesca si è accorta che il dialogo circolare e sul piano orizzontale (o quasi) con la Corte di giustizia (e la pretesa, all’epoca non del tutto infondata, di essere il più accreditato degli interlocutori con le Corti sovranazionali rispetto a tutti gli altri Giudici delle leggi nazionali) potesse riprendere solo con il reciproco riconoscimento di competenze, attraverso il “perdono giudiziale” alla CGUE per gli errori della *Mangold* e un formale (in parte anche sostanziale) riconoscimento della superiorità del diritto dell’Unione europea nella tutela dei diritti fondamentali e della esclusività e pregiudizialità logica e temporale dell’interpretazione comunitaria rispetto all’applicazione dei principi e delle norme europee nell’ordinamento interno.

Infatti, la Corte di Karlsruhe – Seconda Sezione, con ordinanza del 6 luglio 2010 nella causa *Mangold c. Urteil*³¹⁹, depositata il 26 agosto 2010 e dopo aver atteso quattro anni per decidere del ricorso n. 2661/06, lo ha dichiarato ricevibile ma lo ha respinto, ritenendo sostanzialmente che il problema della compatibilità del diritto dell’Unione europea con i principi fondamentali dello Stato nazionale tedesco si ponesse solo in caso di grave violazione delle competenze attribuite.

La Corte costituzionale tedesca riafferma l’obbligo di interpretare il diritto interno alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia. E’ molto significativo il richiamo nella parte motiva di tutte le sentenze – successive alla proposizione della questione di costituzionalità – in cui la Corte di giustizia si è occupata nuovamente del divieto di discriminazione per motivi di età, superando gli eccessi interpretativi della *Mangold*, nei casi di *Palacios de la Villa*³²⁰, *Bartsch*³²¹ e *Küçükdeveci*.

Il Tribunale costituzionale tedesco, peraltro, in continuità con la sentenza *Lissabon*, nel caso *Mangold* dichiara l’ammissibilità del ricorso principale, riaffermando così il potere del BVG di sindacare gli atti *ultra vires*, su cui nella fattispecie concreta esercita effettivamente il controllo, e la propria competenza a «sindacare gli atti di istituzioni, organi ed organismi europei, per verificare se questi eccedano evidentemente le competenze attribuite o se esercitino le loro competenze in modo da ledere l’ambito intrasferibile dell’identità costituzionale» (punto 55 dell’ordinanza).

controversia tra un singolo e un organismo amministrativo, lasciare inapplicata tale normativa, anche se quest’ultima è precedente alla direttiva e il diritto nazionale non ne prevede la disapplicazione.

³¹⁷ Corte di giustizia, I Sezione, sentenza *Anacleto Cordero Alonso* del 7 settembre 2006 in causa C-81/05 relativa alla direttiva sociale 80/1987/CE in caso di insolvenza del datore di lavoro.

³¹⁸ Esattamente in termini, Corte di giustizia, Sezione VII, ordinanza del 16 gennaio 2008 nelle cause riunite *Molinari* e a. da C-128/07 a C-131/07. Ancora una volta, la Corte utilizza lo strumento dell’ordinanza *ex art. 104, n. 3, primo comma, del regolamento*, ritenendo il principio interpretativo ormai consolidato nella giurisprudenza comunitaria, anche per quanto attiene il potere di disapplicazione del giudice interno rispetto ad una normativa nazionale contrastante con il principio di parità di trattamento nell’ambito di applicazione del diritto comunitario (nel caso di specie, direttiva 76/207/CE, relativa all’attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne).

³¹⁹ Per un primo commento, v. P. FARAGUNA, *Germania: il Mangold-Urteil del BVerfG. Controllo ultra-vires sì, ma da maneggiare europarechtsfreundlich*, su www.associazionedeicostituzionalisti.it. Sul controverso rapporto tra Corte costituzionale tedesca e Corte di giustizia v. F. CURCURUTO, *L’integrazione europea nel rapporto tra il Bundesverfassungsgericht e la Corte di giustizia*, in *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, di R. COSIO e R. FOGLIA (a cura di), p. 15 ss., Milano, 2013.

³²⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 16 Ottobre 2007, causa C-411/05, in *Raccolta*, 2007, p. I-8531.

³²¹ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 23 settembre 2008, causa C-427/06, in *Raccolta*, 2008, p. I-7245.

Tuttavia, sul potenziale conflitto di competenze tra giurisprudenza nazionale (e della Corte costituzionale, in particolare) e giurisprudenza della Corte di giustizia, il Tribunale costituzionale tedesco nell'ordinanza del 6 luglio 2010 precisa che «le decisioni della Corte di giustizia devono essere considerate come interpretazione vincolante del diritto dell'Unione» (punto 60), e che «finché non vi sia stata occasione per la Corte di giustizia di pronunciarsi attraverso il sistema del rinvio pregiudiziale, sulla interpretazione o sulla validità dell'atto in questione, il BVG non potrà accertare l'inapplicabilità di quel determinato diritto dell'Unione per la Germania» (ivi).

In conseguenza di questo riconoscimento in capo alla CGUE della nomofilachia autentica e pregiudiziale del diritto dell'Unione europea che costituisce il parametro di applicazione del diritto quesito nell'ordinamento nazionale, la Corte di Karlsruhe precisa ancora che «il controllo *ultra vires* esercitato dal BVG viene in considerazione soltanto quando sia evidente che gli atti di istituzioni, organi ed organismi europei abbiano ecceduto le competenze loro attribuite. La lesione del principio delle competenze attribuite è evidente soltanto quando istituzioni, organi ed organismi europei abbiano esorbitato i limiti delle loro competenze in un modo specificamente lesivo del principio delle competenze attribuite, o in altre parole, quando l'infrazione delle competenze è sufficientemente qualificata» (punto 61).

Avendo tracciato i confini (molto meno rigidi rispetto alla sentenza *Lissabon*) della verifica di compatibilità degli atti istituzionali dell'Unione europea con l'ordinamento costituzionale interno, il BVG conclude che la sentenza *Mangold* non ha travalicato questi limiti, in quanto «né l'ampliamento dell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78/CE a casi che dovrebbero tendere al riassorbimento di disoccupati di lungo periodo; né l'anticipazione degli effetti delle direttiva 2000/78/CE, ancora non recepita in Germania, che la Corte di giustizia ha inteso riconoscere; né la derivazione di un principio generale di divieto di discriminazione in base all'età, hanno condotto ad uno spostamento significativo e strutturale delle competenze a danno degli Stati membri». (punto 71).

E' il definitivo superamento dell'alibi *Mangold*: gli errori della Grande Sezione della CGUE, superati dalla stessa Corte di Lussemburgo con la successiva giurisprudenza, non costituiscono più un elemento ostativo per la Corte di Karlsruhe a riprendere il dialogo con la Corte di giustizia.

Del resto, riconosce il Giudice delle leggi tedesche nell'accettare le statuizioni della sentenza *Kükükdeveci*, «il diritto dell'Unione europea può trovare attuazione efficace solo se si sostituisce alle eventuali disposizioni contrastanti in vigore negli Stati membri. Il primato del diritto dell'Unione non determina però la nullità del diritto nazionale degli Stati membri, che anzi può continuare ad essere valido se e nella misura in cui, al di là dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, mantiene un obiettivo campo di applicazione. Per contro, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione le disposizioni contrastanti previste dal diritto degli Stati membri sono in linea di principio inapplicabili.

Il primato di applicazione scaturisce dal diritto dell'Unione, in quanto l'Unione come comunità di diritto non potrebbe esistere se non fosse garantita l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri (cfr. fondamentalmente CGCE, sentenza del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. ENEL*, in Raccolta, 1964, p. 1251, punto 12)» (punto 53).

La Corte di Karlsruhe, come aveva anticipato il suo Presidente agli inizi del 2010, comprende il rischio per l'integrazione europea di non collaborazione o di scarsa di collaborazione tra Corti costituzionali e Corte di giustizia e rilancia la cooperazione responsabile. Fondamentale, dopo aver ritrovato lo "spirito di amicizia e di collaborazione", è il riconoscimento dichiarato (e non richiesto) di un ruolo più forte delle competenze interpretative della Corte di giustizia. Una vera e propria *lectio iuris* appare anche la definizione e delimitazione del nuovo diritto giurisprudenziale europeo, interordinamentale e infraordinamentale nel contempo, che nasce dalla cooperazione tra le Corti: «Il diritto di natura giurisprudenziale, tuttavia, non rappresenta una legislazione che gode di margini di libertà politici, ma si attiene alle disposizioni della legge o dei trattati internazionali, in cui esso trova i propri fondamenti e i propri limiti. L'integrazione del diritto per via giurisprudenziale deve scaturire essenzialmente dalla necessità di adempiere programmi, colmare lacune, risolvere divergenze di valutazione, oppure di prendere in considerazione circostanze particolari. Il diritto di natura giurisprudenziale eccede questi limiti, quando modifica decisioni in materia di diritto (contrattuale) documentate, ben riconoscibili e addirittura esplicite nella formulazione, oppure quando crea nuove norme senza sufficienti collegamenti con disposizioni giuridiche. Il diritto di natura giurisprudenziale rappresenta un fenomeno inaccettabile soprattutto quando, al di là del singolo caso, tocca decisioni

politiche fondamentali o determina una modifica strutturale nel quadro costituzionale di distribuzione dei poteri».

Nel complesso, l'ordinanza *Mangold-Urteil* della Corte costituzionale federale tedesca rappresentava il riconoscimento più autorevole e più importante che «la missione impossibile cui i padri fondatori dell'edificio europeo avevano chiamato i giudici della Corte di giustizia è riuscito»³²².

Tuttavia, la crisi recessiva europea scoppiata nel 2011 con particolare drammaticità in Grecia e anche in Italia ha determinato effetti non previsti nel dialogo tra le Corti costituzionali e la Corte di giustizia e le stesse posizioni assunte dalla Corte di Karlsruhe prima nella sentenza *Lisbona* e poi nell'ordinanza *Mangold-Urteil* hanno indebolito fortemente sia il ruolo della Corte di giustizia rispetto alla Germania sia la collaborazione costruttiva e paritaria del sistema giuridico europeo da parte della poco attiva Corte costituzionale italiana e della inattiva Corte costituzionale francese, le uniche che potessero bilanciare in autorevolezza l'interventismo teutonico attraverso il controllo di legalità interno degli atti europei *ultra vires*.

Per la verità, in Francia la *Cour de cassation* con ordinanza del 16 aprile 2010 nella causa C-188/10 ha "impugnato" davanti alla Corte di giustizia le disposizioni della legge organica n. 2009-1523 del 10 dicembre 2009, relativa all'applicazione dell'art. 61-1 della Costituzione, che impongono alla Corte di cassazione o al Consiglio di Stato, in caso di doppia pregiudiziale costituzionale e comunitaria, di adire preventivamente e obbligatoriamente la Corte costituzionale, allo scopo di verificare la compatibilità della norma interna francese con l'art. 267 del Trattato per il funzionamento dell'Unione (*ex art. 234 TCE*).

Il 22 giugno 2010 la Corte di giustizia³²³, con giudizio acceleratissimo ai sensi dell'art. 104 *bis* del Regolamento di procedura, ha accolto l'invito della Cassazione francese a rafforzare il processo di integrazione europea rendendo facoltativo il ricorso alla pregiudizialità costituzionale interna, rilevando che l'articolo 267 TFUE contrasta con la legislazione di uno Stato membro che introduce una procedura incidentale di controllo di costituzionalità delle leggi nazionali, per quanto riguarda il carattere prioritario di costituzionalità delle leggi nazionali, per il fatto che il carattere prioritario di tale procedura ha l'effetto di impedire, obbligando a presentare per prima la questione di costituzionalità al Giudice nazionale che esercita il controllo di costituzionalità delle leggi, fino a quando non intervenga la decisione del Giudice costituzionale in materia, che tutti gli altri tribunali nazionali possano esercitare la facoltà o soddisfare il proprio obbligo di proporre alla Corte di giustizia questioni pregiudiziali.

La sentenza *Scattolon* e la crisi recessiva del 2011-2012 hanno però bloccato lo sforzo di creare un sistema costituzionale europeo che si sostituisse alla inesistenza del livello politico unitario, fino al rilancio del progetto comunitario giurisdizionale grazie, ancora una volta, alla Cassazione francese che ha proposto con l'ordinanza del 16 aprile 2012 in causa C-176/12 *Association de médiation sociale* due importanti questioni³²⁴, la prima già proposta (invano, per la mancata risposta della Corte di giustizia) nella causa *Scattolon* e ora riprodotta dal Tribunale di Napoli sia nella causa *Carratù* sul Collegato lavoro (su cui la Corte di giustizia ha risposto anche per la mancata risposta della *Scattolon*, affermando l'applicazione diretta e in orizzontale della direttiva senza necessità di delibare e applicare le norme primarie), cioè se la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea possa essere invocata nei rapporti tra privati nel caso in cui il suo contenuto sia stato concretizzato mediante una direttiva; la seconda, in caso di risposta affermativa alla prima, su quali conseguenze derivino dal fatto che si tratta di una controversia tra due privati, qualora l'atto dell'Unione europea che dà attuazione e concretezza immediata al «principio» enunciato nella Carta di Nizza (nella fattispecie, l'art. 27) sia una direttiva,

³²² Cfr. C. CONSOLO, relazione al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, *Corti europee e giudici nazionali*, Verona, 25-26 settembre 2009.

³²³ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 22 giugno 2010, causa C-188/10, *Melki e Abdeli*.

³²⁴ «1) Se il diritto fondamentale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori, riconosciuto dall'articolo 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, come precisato dalle disposizioni della direttiva 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori, possa essere invocato in una controversia tra singoli al fine di verificare la conformità [con il diritto dell'Unione] di una misura nazionale di trasposizione della direttiva. 2) In caso di risposta affermativa, se le medesime disposizioni debbano essere interpretate nel senso che ostano a una disposizione legislativa nazionale che esclude dal computo dell'organico dell'impresa, segnatamente per stabilire le soglie legali per la creazione delle istituzioni rappresentative del personale, i lavoratori titolari dei seguenti contratti: apprendistato, *contrat initiative-emploi* (contratto iniziativa-impiego), *contrat d'accompagnement dans l'emploi* (contratto di accompagnamento nell'impiego), *contrat de professionnalisation* (contratto di professionalizzazione)».

ponendo «nuovamente in evidenza i limiti dell'efficacia diretta orizzontale delle direttive, collocando la presente causa, al termine di questo lungo percorso, sull'inevitabile scia delle cause Mangold e Küçükdeveci, tra altre»³²⁵.

La causa pregiudiziale trae origine dai dubbi della *Cour de cassation* quanto alla compatibilità di una disposizione di legge nazionale con il diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione, come concretizzato dalla direttiva 2002/14/CE, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori. Tale direttiva ha infatti dato attuazione dettagliata al diritto ora sancito dall'articolo 27 della Carta, in relazione al quale, secondo l'Avvocato generale Villanon al punto 2 delle conclusioni, occorrerà stabilire se esso costituisca un «diritto» oppure un «principio» (è quest'ultima la soluzione preferita dallo spagnolo Villanon), ai sensi delle disposizioni generali della Carta (articoli 51, paragrafo 1, e 52, paragrafo 5). Va rilevato, inoltre, che i dubbi della *Cour de cassation* si collocano sullo sfondo di una controversia tra un sindacato e un datore di lavoro, il che induce ad interrogare la Corte sull'efficacia sia del diritto di cui trattasi, sia della sua concretizzazione risultante dalla direttiva 2002/14 nell'ambito dei rapporti tra privati.

C'è una singolare coincidenza nella sequenza temporale tra le conclusioni dell'Avvocato generale Bot nella causa *Küçükdeveci* (luglio 2009) e la sentenza della Grande Sezione (gennaio 2010, rispetto a quanto è accaduto con le citate conclusioni dell'Avvocato generale Villanon nella causa *Association de médiation sociale* (luglio 2013, appunto) e la sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia del 15 gennaio 2014, che rilancia il lento processo di costituzionalizzazione interna, con il controllo e la condivisione delle Alte Corti nazionali, del diritto dell'Unione europea e della sua Carta fondamentale.

L'avvocato generale Villanon, seguendo il percorso interpretativo tracciato dalla sentenza *Küçükdeveci*, ha proposto alla Corte di giustizia la disapplicazione della norma interna incompatibile con l'art. 27 della Carta di Nizza e con l'art. 3, par.1, della direttiva 2002/14/CE che ha attuato tale disposizione primaria: «1) L'articolo 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, concretizzato in modo essenziale ed immediato dall'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori, può essere invocato direttamente nell'ambito di una controversia tra privati, con eventuale conseguente disapplicazione della normativa nazionale. 2) L'articolo 27 della Carta, concretizzato in modo essenziale ed immediato dall'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2002/14, deve, considerata l'impossibilità di effettuare un'interpretazione conforme del diritto nazionale, essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che escluda una determinata categoria di lavoratori, nello specifico i titolari dei «contratti di accompagnamento nell'impiego», dal computo del numero di lavoratori impiegati ai fini della suddetta disposizione, di modo che il giudice nazionale può, in forza dell'articolo 52, paragrafo 5, della Carta, disapplicare le norme nazionali incompatibili con le menzionate disposizioni del diritto dell'Unione.».

L'Avvocato generale Villanon aveva evidenziato ai punti 78 e 79 che le sue conclusioni non devono provocare una situazione di incertezza giuridica (ipotizzata dalla Germania nelle osservazioni scritte), affidando il controllo di effettività dell'attuazione della normativa europea, appunto, alle Corti superiori di ogni Stato membro. «Al contrario, ciò che potrebbe causare una situazione di incertezza è la possibilità che il legislatore modifichi unilateralmente l'efficacia delle disposizioni generali della Carta. Il processo di concretizzazione del contenuto dei «principi» rientra in una prima fase di consolidamento della Carta, come avviene in modo del tutto naturale nei primi anni di vita di una dichiarazione di diritti in un ordinamento costituzionale. Con il passare del tempo detto contenuto si consoliderà e delimiterà la giustiziabilità dei «principi» della Carta, indicando sia ai pubblici poteri che ai cittadini quale tipo di controllo possa essere effettuato dai giudici, ed entro quali limiti. Tale risultato non può che contribuire a rafforzare la certezza del diritto nell'attuazione di uno strumento fondamentale per l'ordinamento dell'Unione quale è la Carta, e in particolare nell'attuazione dei «principi» enunciati al suo articolo 52, paragrafo 5. Tutto ciò premesso, è innegabile che nel caso di una controversia tra privati, quand'anche il giudice si limiti a invalidare o a disapplicare un atto illegittimo, vi sarà sempre una parte alla quale verrà imposto un obbligo che essa inizialmente non pensava di dover assumere. in un caso come quello di specie, nel quale la norma dell'Unione è costituita da un «principio» della Carta, il cui contenuto è stato violato da un atto della cui legittimità si

³²⁵ Cfr. Conclusioni del 18 luglio 2013 dell'Avvocato generale Villanon nella causa C-176/12, punto 7.

discute in una controversia tra privati, è ragionevole che l'onere del risarcimento ricada su colui che ha beneficiato del comportamento illegittimo, e non sul titolare del diritto derivante dalla concretizzazione del contenuto del «principio»».

La Corte di giustizia in Grande Sezione con la recentissima decisione del 15 gennaio 2014 ha risposto ai quesiti posti dalla Cassazione francese, andando al di là della proposta di conclusioni formulata dall'Avvocato generale, basata sulla distinzione tra principi e diritti e sulla disapplicazione della norma interna ostativa: «L'articolo 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, concretizzato in modo essenziale ed immediato dall'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nella Comunità europea, deve essere interpretato nel senso che esso – ove una norma nazionale di trasposizione di detta direttiva, come l'articolo L. 1111-3 del *code du travail* francese, sia incompatibile con il diritto dell'Unione – non può essere invocato in una controversia tra privati al fine di disapplicare tale norma nazionale».

Sembrerebbe una posizione interpretativa regressiva rispetto alla posizione assunta dalla Corte nella sentenza *Kücükdeveci*, peraltro espressamente richiamata ma non applicata perché, secondo il Collegio della decisione del 15 gennaio 2014, le circostanze del procedimento principale si differenziano da quelle all'origine della sentenza del gennaio 2010, nella misura in cui il principio di non discriminazione in base all'età, in esame in quella causa, sancito dall'articolo 21, paragrafo 1, della Carta, è di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale (punto 47 della sentenza *Association de médiation sociale*).

Senza dubbio l'art. 27 della Carta riconosce un diritto fondamentale (punti da 42 a 44 della sentenza *Association de médiation sociale*) e non è norma di principi, ma, per produrre pienamente i suoi effetti, deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale (punto 45 della sentenza *Association de médiation sociale*).

Pertanto, l'articolo 27 della Carta non può, in quanto tale, essere invocato in una controversia, come quella oggetto del procedimento principale, al fine di concludere che la norma nazionale non conforme alla direttiva 2002/14 deve essere disapplicata (punto 48) e tale constatazione non può essere infirmata da una lettura dell'articolo 27 della Carta in combinazione con le norme della direttiva 2002/14, posto che, non essendo detto articolo di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale, a diverso risultato non porterebbe neppure una sua lettura in combinato disposto con le norme della direttiva sopra citata (punto 49).

Peraltro, conclude la Corte nella sentenza *Association de médiation sociale*, «da parte lesa dalla non conformità del diritto nazionale al diritto dell'Unione potrebbe far valere la giurisprudenza risultante dalla sentenza del 19 novembre 1991, *Francovich e a.* (C-6/90 e C-9/90, in Raccolta, p. I-5357), per ottenere, se del caso, il risarcimento del danno subito (v. sentenza *Dominguez*, cit., punto 43)» (punto 50).

Il ragionamento della Corte di giustizia è perfettamente coerente con quanto deciso nella sentenza *Carratù* ed è totalmente condivisibile, perché consente, tra l'altro, alla Corte di cassazione francese di rimettere nuovamente la questione alla Corte costituzionale transalpina per un nuovo vaglio di costituzionalità della norma interna, dichiarata comunque in contrasto con l'art. 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e con l'art. 3, par.1, della direttiva 2002/14/CE in combinato disposto, disposizioni comunitarie applicabili direttamente nei confronti degli Stati (come Poste italiane nella sentenza *Carratù*) ma non nei confronti dei privati, non essendo in discussione il principio costituzionale europeo di uguaglianza e non discriminazione applicato in orizzontale nella sentenza *Kücükdeveci* (punti da 33 a 35 della sentenza *Association de médiation sociale*).

Peraltro, la Corte di giustizia approfitta anche della situazione processuale venutasi già a determinare nel giudizio principale, in cui il Tribunale di Marsiglia aveva già riconosciuto il diritto alla rappresentanza sindacale dell'Unione dipartimentale CGT, e il ricorso per cassazione era stato proposto dal datore di lavoro. Pertanto, la facoltà dell'associazione sindacale di agire nei confronti dello Stato francese per mancata attuazione della normativa comunitaria diventa, nel caso di specie, una mera petizione di principio: la Cassazione francese solleverà nuovamente la questione di legittimità costituzionale della norma interna e la Corte costituzionale dichiarerà illegittimo l'articolo L. 1111-3 del codice del lavoro nella parte in cui al punto 6 esclude i titolari di un contratto di

qualificazione professionale ai fini del computo del numero minimo dei dipendenti utili per la costituzione delle rappresentanze sindacali nell'unità produttiva (n. 11).

Dunque, il protagonismo della Cassazione francese nel 2012, che ha obbligato il Giudice delle leggi nazionali a proporre nel 2013 la 1^a citata questione pregiudiziale in sede incidentale sul mandato di arresto europeo, si coordina perfettamente con l'iniziativa contestuale proveniente dalla penisola nostrana della Corte costituzionale sul precariato scolastico e della Cassazione sul lavoro marittimo a termine, che hanno chiesto opportunamente alla Corte di giustizia di fare chiarezza interpretativa, anche rispetto ai precedenti giurisprudenziali della Corte europea nei confronti dell'Italia, perché la situazione normativa interna è diventata insostenibilmente precaria e confusa sul piano applicativo, in particolare ma non soltanto nel pubblico impiego.

Con il grande vantaggio per le Corti superiori italiane di aver operato contestualmente e con un orientamento condiviso sul piano del rapporto del diritto europeo con le fonti del diritto costituzionale nazionale, mentre la Cassazione francese si è mossa in contrasto con la Corte costituzionale transalpina, in quanto con la sentenza del 29 aprile 2011 il *Conseil constitutionnel* aveva, appunto, dichiarato di non ravvisare profili di illegittimità costituzionale dall'esclusione dal computo dell'organico dell'impresa dei «contratti di accompagnamento nell'impiego», esclusione invece ritenuta incompatibile con l'art. 27 della Carta di Nizza dal Giudice di ultima istanza del rinvio pregiudiziale.

Tuttavia, diversamente da quanto potrà mai avvenire con il Governo italiano che non ha collaborato in nessuna causa pregiudiziale con il Giudice nazionale del rinvio e con la Corte di giustizia nell'individuazione della corretta disciplina interna sul contratto a tempo determinato applicabile alla fattispecie, per la Francia, dove la pubblica amministrazione è efficiente e rispetta la giurisdizione nazionale soprattutto quando è espressa dalle sue Alte Corti, l'Avvocato generale Villanon al punto 93 delle conclusioni evidenzia «che quando un giudice nazionale (che rappresenta peraltro il massimo interprete del diritto interno) e il governo del medesimo Stato concordano nell'affermare che il loro ordinamento interno non consente un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione, la Corte è tenuta, in forza del principio di leale cooperazione, a prendere atto di tale valutazione e a rispondere alla specifica questione che le è stata sottoposta. Se così non fosse, si metterebbe in dubbio non solo lo spirito di cooperazione tra giurisdizioni che informa il meccanismo pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFUE, ma anche l'effetto utile di tale procedimento».

L'asse italo-francese delle giurisdizioni superiori, dunque, ha spinto decisamente nella direzione di sostenere la Corte di giustizia a rendere effettiva e concordata la primazia del diritto dell'Unione in applicazione della Carta dei diritti fondamentali, in una situazione molto diversa dalla causa *Melloni*, C-399/11, proposta dal Tribunale costituzionale spagnolo, in cui la Corte di giustizia con la sentenza della Grande Sezione del 26 febbraio 2013 si è limitata su un piano troppo generale ad affermare sul mandato di arresto europeo che l'interpretazione dell'articolo 53 della Carta di Nizza proposta dal Giudice costituzionale nazionale sarebbe lesiva del principio del primato del diritto dell'Unione, in quanto permetterebbe a uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato.

Nelle fattispecie di causa, invece, sono la nostra Corte costituzionale e la nostra cassazione, oltre alla Cassazione francese, cioè le Magistrature superiori dei più importanti Stati membri a ordinamento civile (con la Germania), a chiedere alla Corte di giustizia di far penetrare i principi europei negli ordinamenti costituzionali interni attraverso la normativa derivata e le discipline di attuazione, per rafforzare l'effettività della tutela dei diritti fondamentali.

La Grande Sezione della Corte di giustizia con la sentenza del 15 gennaio 2014 nella causa C-176/12 *Association de médiation sociale* ha segnato, pertanto, una svolta epocale dell'integrazione europea sul piano giurisdizionale attraverso la cooperazione e il ruolo attivo e propulsore delle più importanti Alte Corti nazionali.

Non è casuale, allora, che anche la Corte costituzionale tedesca con ordinanza del 7 febbraio 2014 n.9/2014 sia stata costretta, per uscire dall'isolamento, a privilegiare il dialogo diretto con la Corte di giustizia con il rinvio pregiudiziale sulla compatibilità comunitaria della decisione OMT del Direttorio della Banca centrale europea del 6 settembre 2012 rispetto a soluzioni nazionalistiche di diretta bocciatura e illegittimità costituzionale del fondo salva-Stati, che avrebbero distrutto l'impianto giuridico e finanziario della già fragile Unione europea.

Speriamo che non sia troppo tardi, poi, per ricostruire anche solo sul piano interpretativo una legislazione interna di tutela che o non esiste più, o, se ancora vigente, sarebbe meglio modificare con un prodotto qualitativamente sostenibile e comprensibile sul piano giuridico e della “linguistica” normativa, approfittando della nuova classe dirigente che dovrà necessariamente emergere dalle rovine della precedente e dopo la palingenesi del sistema di selezione elettiva dei rappresentanti delle Istituzioni politiche.

A meno che non si vada - constatando la totale mancanza di uno Stato efficiente nella sua macchina amministrativa e la paralisi delle condizioni di governabilità gestionale e normativa della *Res publica* - verso una forma strisciante e diffusa di *common law*³²⁶ all'italiana, con il controllo del Giudice delle leggi per quanto riguarda il rispetto e l'applicazione della normativa europea, oltre che di quella costituzionale. Un paio di millenni or sono, pare che nel territorio italiano questo sistema funzionasse bene, fino alla codificazione giustiniana.

³²⁶ Sui poteri del Giudice nazionale, v. P. COPPOLA, *Collegato lavoro, ordinamento comunitario e poteri del giudice*, in *RGLav*, 2011, I, p. 88.