

I recenti interventi legislativi sul contratto a termine. A forte rischio la tenuta eurounitaria del sistema interno*

Paolo Coppola

1. Dove eravamo: il d.lgs. n.368/01 nella originaria formulazione	80
2. La Corte costituzionale ed il d.lgs. n.368/01 ovvero la sentenza n.44/08: il vizio originario.	85
3. Le altre due misure ostative	88
4. Le misure dell'emergenza; l'art. 32 commi 5/7 della l. 183/10.	91
5. Le misure dell'emergenza: la a-causalità del contratto a termine.	100
6. Il precariato pubblico in genere. Il risarcimento del danno	104
7. Il superamento dei 36 mesi.	112
8. L'abrogazione del risarcimento del danno.	115
9. La costituzione del rapporto di lavoro oggi: che fine hanno fatto le misure ostative?	118
10. Il settore scuola	124
11. La soluzione interna (come cambia il reclutamento).	129
12. Conclusioni.	135

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 198/2014

1. Dove eravamo: il d.lgs. n.368/01 nella originaria formulazione

Discutere di un tema tanto vasto impone una scelta di campo. In questo scritto sono oggetto di esame le nuove tendenze legislative, con cause ed effetti, voluti e non voluti, sul tessuto normativo.

La linea di tendenza è ancora una volta quella della flessibilizzazione in entrata, o meglio della eliminazione nella pratica quotidiana, per alcune categorie di lavoratori, del contratto a tempo indeterminato.

È stato efficacemente sottolineato che *sia l'evidenza empirica, sia la maggior parte della letteratura economica in materia, dai classici ai keynesiani, dai neokeynesiani agli economisti istituzionalisti, eccezion fatta per la letteratura strettamente neoclassica all'interno della quale esistono tuttavia numerose eccezioni quali Solow, Modigliani e altri, non sembrano orientati ad affermare una relazione positiva e sostenibile nel lungo periodo tra maggiore flessibilità e crescita dell'occupazione e soprattutto crescita della produttività (Tronti e Ceccato, 2005; Kleinknecht et al., 2005; Lucidi, 2006; Dymarsky, 2008; Stirati, 2008; Tridico, 2009). Diversi contributi hanno evidenziato come la riforma italiana del mercato del lavoro abbia prodotto dei risultati distorti rispetto agli obiettivi che la stessa si era posta..i regimi di protezione dell'impiego possono svolgere un ruolo di natura assicurativa e in questo modo possono aumentare il benessere collettivo.*²⁹⁵

È interessante vedere la fotografia del mercato del lavoro nel momento in cui è stato varato di d.lgs. n. 368/01: è d'uopo riferirsi ad uno studio relativo all'anno 2002. La quota di lavoratori autonomi era del 26% a fronte del 10% europeo (studio OEC), mentre la quota di lavoratori dipendenti era tra le più basse d'Europa.

Il dato si riferisce a momento storico in cui la disciplina della l. n. 230/62 era stata bypassata con l'introduzione di contratti a termine a-causali per effetto di accordi sindacali in deroga, resi legittimi dalla l. n. 56/87²⁹⁶.

Il dato statistico è rimasto stabile, pur con oscillazioni, fino ad oggi, come risulta da molteplici studi²⁹⁷.

²⁹⁵ Flessibilità e produttività: il caso del lavoro in somministrazione; articolo presentato alla Conferenza Annuale AIEL, Pescara 9-10 Settembre 2010, Sessione: Istituzioni e politiche del lavoro, versione non definitiva, di Fadda S., Mennella A., Tridico P. Università di Roma Tre.

²⁹⁶ Art. 23 Disposizioni in materia di contratto a termine. - 1. L'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro, oltre che nelle ipotesi di cui all'articolo 1 della legge 18 aprile 1962, n. 230, e successive modificazioni ed integrazioni, nonché all'articolo 8-bis del decreto-legge 29 gennaio 1983, n. 17, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 marzo 1983, n. 79, è consentita nelle ipotesi individuate nei contratti collettivi di lavoro stipulati con i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. I contratti collettivi stabiliscono il numero in percentuale dei lavoratori che possono essere assunti con contratto di lavoro a termine rispetto al numero dei lavoratori impegnati a tempo indeterminato.

²⁹⁷Cfr. ad esempio [http://noiitalia2010.istat.it/index.php?id=7&user_100ind_pi1\[id_pagina\]=11&cHash=7dbdbcd634](http://noiitalia2010.istat.it/index.php?id=7&user_100ind_pi1[id_pagina]=11&cHash=7dbdbcd634).

Al 2010 l'Italia è il Paese europeo di gran lunga a più alta vocazione imprenditoriale con oltre il 30 per cento di lavoratori in proprio, seguita da Slovacchia, Repubblica Ceca e Polonia. All'estremo opposto Romania, Lussemburgo, Estonia e Lettonia in cui il valore dell'indicatore non raggiunge il 5 per cento. Tra le maggiori economie la Germania e il Regno Unito si collocano nella parte bassa della graduatoria (8,6 e 7,1 rispettivamente).

Appare dunque evidente che le difficoltà della imprenditoria italiana non dipendono dalla rigidità del mercato del lavoro, già molto flessibile, sul fronte del contratto a termine, in ragione dei possibili accordi in deroga, ma, più probabilmente, dalla assenza di un mercato delle merci.

Le esigenze di flessibilità del mercato del lavoro possono essere soddisfatte con diversi strumenti²⁹⁸, senza addossare i relativi costi sociali sempre e solo sui lavoratori²⁹⁹. Detta affermazione non vuol dire conservazione del preesistente ma solo che, ove siano necessari interventi, essi dovrebbero essere mantenuti nel solco di istituti noti e nel rispetto, si consenta dirlo, del canone di buona fede. A fronte di modifiche normative che paiono consentire tutto, senza tener conto di resistenze ordinamentali superiori (anche di diritto interno), il risultato è il *caos* che viene ricondotto a *ratio* solo dopo tempo e quando i danni sono stati fatti.

Il d.lgs. n. 368/01, nella formulazione originaria, opta per la scelta del c.d. causalone, estremamente vago, posto che nelle *esigenze tecniche organizzative o produttive* è possibile far rientrare tutto ed il contrario di tutto. Ecco che la giurisprudenza nel tempo viene a specificare che si debba trattare di esigenze temporanee, con conversione della gran parte dei contratti a termine sottoposti al suo esame, fondati su dette esigenze.

È chiaro il perché, pur inespresso. Vi è o non vi è in Italia la regola della indisponibilità del tipo negoziale in relazione al rapporto di lavoro? Quando l'esigenza è permanente non si può derogare al "tipo" contratto a tempo indeterminato (C. cost. n. 121/1993 e n. 115/1994). Detta regola, pur non sufficientemente espressa nei provvedimenti giudiziali, sembra intuita dalla giurisprudenza lavoristica.

Nel frattempo però lo Stato continua a ricorrere ai contratti a termine in misura massiccia. Si pensi all'esempio della S.p.a. Poste italiane³⁰⁰.

Dopo le prime discipline eccezionali *pro Stato*³⁰¹, deliberate favorevolmente dalla Corte costituzionale³⁰² in un contesto che la pone francamente in un ambito extraconvenzionale (Convenzione e.d.u.), appare chiaro che la eccezionalità della soluzione non può essere riproposta indefinitamente, ed infatti la Consulta ha dichiarato incostituzionale l'art. 4-bis³⁰³ del d.lgs. n. 368/01,

²⁹⁸ Si pensi, per non andar lontano, all'istituto tedesco della Kurzarbeit; cfr. Il ruolo del diritto del lavoro e della sicurezza sociale nella crisi economica - L'esperienza tedesca, M. Fuchs, relazione AIDLASS, Bologna 16/17 maggio 2013. Si pensi alla necessità di modificare l'art 19 dello Statuto dei lavoratori per consentire a tutti i lavoratori di partecipare, non discriminati, alla firma degli accordi di prossimità.

²⁹⁹ Per un'ampia riflessione su cause e rimedi alla precarietà del lavoro, v. A. Piccinini, Le vie d'uscita dalla precarizzazione, su Lav. giur., 12, 2006, p. 1175 ss. e L. Menghini, Clausola generale e ruolo della contrattazione collettiva, in M. D'Onghia e M. Ricci (a cura di), Contratto a termine tra pubblico e privato, Giuffrè, 2009.

³⁰⁰ La predetta società è Stato ai fini della applicazione del diritto euorunitario, per come accertato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza 12 dicembre 2013, causa C-361/12, Carratù, punti da 27 a 31.

³⁰¹ Cfr. il comma 21 dell'art. 9 del d.l. 1 ottobre 1996, n. 510, convertito in legge n. 608 del 1996: "le assunzioni di personale con contratto di lavoro a tempo determinato effettuate dall'Ente Poste italiane a decorrere dalla data della sua costituzione e comunque non oltre il 30 giugno 1997 non possono dare luogo a rapporti di lavoro a tempo indeterminato, e decadono allo scadere del termine finale di ciascun contratto".

³⁰² Cfr. Corte costituzionale, sentenza 13 ottobre 2000, n.419, ha ritenuto legittima la norma, che per trenta mesi non consentiva la riqualificazione dei contratti a termine, senza alcuna sanzione, per il carattere "eccezionale" e temporaneo del processo di trasformazione di Poste Italiane in impresa privata.

³⁰³ Art. 4-bis introdotto con la Legge 6 agosto 2008, n. 133: Disposizione transitoria concernente l'indennizzo per la violazione delle norme in materia di apposizione e di proroga del termine.

norma che aveva l'oggettivo effetto di limitare le conseguenze della conversione della stragrande maggioranza dei contratti a termine dello Stato/imprenditore.

Due le ulteriori linee di intervento del legislatore interno (in favore dello Stato):

- causale postale³⁰⁴;
- indennità risarcitoria del Collegato lavoro³⁰⁵, che interviene sui processi in corso.

La applicazione della prima³⁰⁶, da parte della società/Stato per cui la norma è stata pensata, ha dato adito a numerosi dubbi e problemi interpretativi.

Giurisprudenza minoritaria, ma pur ben presente, tenuto conto dell'arresto della Corte costituzionale (sentenza n. 214/09)³⁰⁷ e della testuale dizione della clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce (che consente di differenziare le misure ostative in relazione alle attività o a categorie specifiche

Con riferimento ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, e fatte salve le sentenze passate in giudicato, in caso di violazione delle disposizioni di cui agli articoli 1, 2 e 4, il datore di lavoro è tenuto unicamente a indennizzare il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni.

La disposizione è stata dichiarata incostituzionale dalla Consulta con sentenza n.214/2009.

³⁰⁴ Art 2, comma 1-bis, d.lgs. n.368/01: Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche quando l'assunzione sia effettuata da imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste per un periodo massimo complessivo di sei mesi, compresi tra aprile ed ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti e nella percentuale non superiore al 15 per cento dell'organico aziendale, riferito al 1° gennaio dell'anno cui le assunzioni si riferiscono. Le organizzazioni sindacali provinciali di categoria ricevono comunicazione delle richieste di assunzione da parte delle aziende di cui al presente comma". Il comma 1 cui si rimanda prevede: "È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato quando l'assunzione sia effettuata da aziende di trasporto aereo o da aziende esercenti i servizi aeroportuali ed abbia luogo per lo svolgimento dei servizi operativi di terra e di volo, di assistenza a bordo ai passeggeri e merci, per un periodo massimo complessivo di sei mesi, compresi tra aprile ed ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti e nella percentuale non superiore al quindici per cento dell'organico aziendale che, al 1° gennaio dell'anno a cui le assunzioni si riferiscono, risulti complessivamente adibito ai servizi sopra indicati. Negli aeroporti minori detta percentuale può essere aumentata da parte delle aziende esercenti i servizi aeroportuali, previa autorizzazione della direzione provinciale del lavoro, su istanza documentata delle aziende stesse. In ogni caso, le organizzazioni sindacali provinciali di categoria ricevono comunicazione delle richieste di assunzione da parte delle aziende di cui al presente articolo".

³⁰⁵ 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 Riv.giur.lav., 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 Il Collegato Lavoro 2010. Commentario alla legge n. 183/2010, a cura di M. Miscione e D. Garofalo, 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, pp.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, pp.751 ss.; L. Zappalà, La tutela risarcitoria nei casi di conversione del contratto di lavoro a tempo determinato al vaglio della Consulta, in Riv.it.dir.lav., 2011, II, p. 789.

³⁰⁶ Art. 2, comma 1-bis, del d.lgs. n. 368/01, aggiunto dall'art. 1, L. 23 dicembre 2005, n. 266.

³⁰⁷ La Corte costituzionale con la sentenza n.214 dell'8 luglio 2009 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.

di lavoratori) non riconosce alla disposizione una efficacia soggettiva (rivolta alla Società Poste italiane, indipendentemente dalla sua passata, presente o futura organizzazione) ma la interpreta oggettivamente³⁰⁸.

Sul punto deve ricordarsi come la C.g.u.e. abbia affermato che l'art. 2, comma 2-bis "*perseguiva uno scopo distinto da quello consistente nel garantire l'attuazione dell'accordo quadro nell'ordinamento nazionale*" e che, più precisamente, esso "*mirava a consentire alle imprese operanti nel settore postale un certo grado di flessibilità allo scopo di garantire (...) un funzionamento efficace delle diverse operazioni postali rientranti nel servizio universale*"³⁰⁹.

Nell'ipotesi di primo ed unico contratto non è necessario prevedere misure ostative (cfr. clausola 5, paragrafo 1, lettere a-c, della direttiva 1999/70/Ce) che sono necessarie per il solo rinnovo (intendendosi per tale la proroga e la successione di contratti) dei contratti a termine.

Inoltre la stessa clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce consente di differenziare le causali e le sanzioni in maniera tale da tener conto *delle esigenze di settori e/o categorie specifiche di lavoratori*.

La Corte costituzionale (sentenza n.214/09), ha ritenuto la conformità della disposizione in esame perché "*... la norma censurata costituisce la tipizzazione legislativa di un'ipotesi di valida apposizione del termine. Il legislatore, in base ad una valutazione –operata una volta per tutte in via generale e astratta– delle esigenze delle imprese concessionarie di servizi postali di disporre di una quota (15 per cento) di organico flessibile, ... la garanzia alle imprese in questione, nei limiti indicati, di una sicura flessibilità dell'organico, è direttamente funzionale all'onere gravante su tali imprese di assicurare lo svolgimento dei servizi relativi alla raccolta, allo smistamento, al trasporto ed alla distribuzione degli invii postali, nonché la realizzazione e l'esercizio della rete postale pubblica i quali «costituiscono attività di preminente interesse generale»... Si aggiunga che l'art. 2, comma 1-bis, del d.lgs. n. 368 del 2001 impone alle aziende di comunicare ai sindacati le richieste di assunzioni a termine, prevedendo così un meccanismo di trasparenza che agevola il controllo circa l'effettiva osservanza, da parte datoriale, dei limiti posti dalla norma....."*

La previsione trova dunque giustificazione solo in relazione alle esigenze di flessibilità "postali": di qui la necessità di interpretarla in ragione dei suoi scopi, altrimenti non sarebbe giustificata.

L'art. 2, comma 1-bis, prevede: *Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche quando l'assunzione sia effettuata da imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste per un periodo massimo complessivo di sei mesi, compresi tra aprile ed ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti e nella percentuale non superiore al 15 per cento dell'organico aziendale, ...*

Il comma 1 dell'art. 2 prevede un ulteriore requisito costituito dallo svolgimento di alcuni specifici servizi (servizi operativi di terra e di volo, di assistenza a bordo ai passeggeri e merci), mentre nel comma 1-bis dell'art. 2 vengono in rilievo solo due concetti:

³⁰⁸ Si tratta di un esempio tipico di come lo Stato intervenga disorganicamente, senza sapere come applicare la norma, tanto da indurlo, infine, a prevedere il contratto a-causale annuale.

³⁰⁹ Cfr. C.g.u.e., ordinanza dell'11.11.2010, causa C- 10/2010, Vino; v. G. Franza, L'interpretazione della direttiva 99/70 Ce alla prova del fuoco: stavolta la Corte usa le forbici, *Mass.giur.lav.*, 2011, p.236-239; 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.

- 1) impresa (derivante dalla espressione: imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste);
- 2) azienda (derivante dalla espressione: 15 per cento dell'organico aziendale).

Quanto al primo deve rilevarsi che la disposizione consente la assunzione da parte di imprese aventi la specifica caratteristica di essere concessionarie nel settore poste.

L'espressione azienda invece non può consistere nella mera ripetizione del concetto di impresa per cui l'organico aziendale cui la norma fa riferimento dovrebbe avere riguardo al solo settore *postale*; ove la disposizione avesse voluto riferire il 15% a tutto il personale assunto, avrebbe fatto riferimento all'organico della impresa e non sarebbe stata aggiunta la specificazione "aziendale".

Per azienda si intende un complesso organizzato di beni o servizi tesi ad una specifica produzione, nel caso di specie indicata dal legislatore con il riferimento al solo settore postale (cfr. artt. 2089, 2555 c.c. e 2556 c.c.; concetti di impresa ed azienda sono nozioni base del diritto commerciale); in forza dell'art 12, comma 1, delle disposizioni sulla legge in generale, sembra debbano necessariamente avere un significato diverso, non già frutto di una valutazione giudiziale, ma normativa (artt. 2089 e 2555 c.c.).

Una diversa interpretazione priva di significato la distinzione normativa impresa/azienda e sembra in contrasto con le finalità indicate sia dalla Corte costituzionale che dalla Corte di giustizia: si finirebbe col giustificare una norma di favore non già in ragione delle esigenze del servizio postale (*settore* di cui alla clausola 5, paragrafo 1, della direttiva 1999/70/Ce), ma della sola qualifica soggettiva di concessionaria ed in maniera del tutto slegata dalle esigenze tenute in considerazione dalla norma.

L'art. 2, comma 1-*bis*³¹⁰, d.lgs. n. 368/01 indica la disciplina come "aggiuntiva" (così testualmente) e non sostitutiva per cui prevede una ulteriore ed autonoma condizione legittimante che concorre con le ipotesi legittimanti di cui all'art. 1, comma 1, derogando solo sul piano della causalità. Sembra permanere pertanto l'onere di indicazione e specificazione per iscritto della causale giustificatrice (quella di cui all'art. 2, comma 1-*bis*), con l'onere di indicare i presupposti della norma (numero dei lavoratori assumibili a termine per l'anno di riferimento ed il numero del lavoratore assumendo, giustificando così la ricorrenza della causale legittima, ovvero specificandone, ex art. 1, comma 2, le ragioni). Si ottiene così la necessaria cristallizzazione delle ragioni della assunzione per consentirne la verifica (*ratio* sottesa alla materia come indicato anche da Cass. civ. - Sez.lav., sentenza n. 1931 del 27/01/2011).

Ad oggi l'art. 2, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/01 è una disposizione priva di reale portata applicativa, stante la previsione della a-causalità del contratto a termine annuale³¹¹.

³¹⁰ Cfr. Trib. Foggia 11 aprile 2007, in Riv. crit. dir. lav., 2007, 728 ss., con nota di Paulli, Il nuovo contratto a termine di Poste Italiane Spa; in RGL, 2008, 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, 307; con commento di A. Olivieri, Contratto a tempo determinato e abuso di posizione dominante?, ibidem, 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.

³¹¹ Cfr. A. Vallebona, La riforma del lavoro 2012, Torino, 2012, p.19.

2. La Corte costituzionale ed il d.lgs. n.368/01 ovvero la sentenza n.44/08: il vizio originario.

La prima ordinanza di remissione alla Corte costituzionale che ha interessato il d.lgs. n. 368/01, è intervenuta a ben quattro anni dalla sua entrata in vigore³¹². La questione riguardava un settore certamente privato ed un aspetto della normativa circoscritto: il diritto di precedenza nelle riassunzioni. Il remittente sottolineava come *“per verificare il contenuto della delega al Governo ed i suoi limiti si deve ... fare riferimento a detto accordo quadro allegato tra l'altro alla direttiva stessa...”* e aggiungeva che *“in tutto il testo dell'accordo non vi è traccia alcuna della necessità di vietare il diritto alla precedenza nelle assunzioni, si deve rilevare che anzi vi è espressa disposizione in senso contrario attraverso la formulazione della clausola di non regressione ... tutte le clausole dell'accordo hanno lo scopo di vietare che lavoratori a tempo determinato abbiano condizioni di lavoro meno favorevoli dei lavoratori a tempo indeterminato (è consentito un miglior favore) per cui invero non è sostenibile una delega per ridurre diritti di prestatori di lavoro a tempo determinato; anzi la clausola 6 al comma 2 presuppone l'inserimento del lavoratore a tempo determinato nel circuito della sua impresa che, il disconoscimento del diritto alla precedenza nelle riassunzioni, di certo non favorisce... vi è la autorizzazione al mantenimento di disposizioni di maggior favore (clausola 8, comma 1) ed anzi la espressa clausola che l'applicazione del presente accordo non costituisce motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso (clausola 8, comma 3). Nel caso di specie più che di superamento dei limiti della delega sembra che il legislatore delegato abbia disposto in espresso contrasto con la legge delega”*.

A ben osservare, l'obbligo di riassunzione è disposizione che, unitamente alla adozione di misura ostativa conforme alla clausola 5, lettere b e c, della direttiva 1999/70/Ce (durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi e numero dei rinnovi), può costituire reale ostacolo alla reiterazione anomala di contratti a termine, per i lavoratori stagionali³¹³, cui si applicava il diritto alla riassunzione³¹⁴. Detta osservazione vale in genere per tutti i contratti a termine.

Infatti il rispetto delle misure di prevenzione di cui alle lettere b e c è estremamente semplice, essendo sufficiente escludere dal circuito del precariato dell'impresa il primo lavoratore a termine ed introdurre un altro: raggiunto il tempo massimo e/o il numero massimo dei rapporti è sufficiente mutare precario e ricominciare. L'obbligo di precedenza nelle assunzioni rende

³¹²Tribunale di Rossano, ordinanza del 17.5.04, est Coppola, Novelis Umberto c. Olearia Guinnicelli S.r.l., in Riv. Giur. Lav., 2005, II, 85 con nota di A. Andreoni, La nuova disciplina sul lavoro a tempo determinato davanti alla Corte Costituzionale (a proposito della clausola di non regresso), in Lav. Giur. 5, 2005, 472, con nota di P. Nodari, Diritto di precedenza e costituzionalità della nuova normativa sul termine.

³¹³In particolare si tratta specificamente delle “assunzioni avvenute ai sensi della lettera a) dell'art. 1 e di quelle previste dalla L. n. 876 del 1977 e dalla L. 26 novembre 1979, n. 598, cioè le così dette assunzioni per punte stagionali, le quali ultime due previsioni richiedono per la loro legittimazione l'intervento accertativo dell'Ispettorato provinciale del lavoro, sentite le organizzazioni sindacali di categoria maggiormente rappresentative”: così, Cass. civ., Sez. lavoro, 15/02/2006, n.3309.

³¹⁴Il “diritto di precedenza nell'assunzione presso la stessa azienda, con la medesima qualifica quando per questa è obbligatoria la richiesta numerica e a condizione che manifestino la volontà di esercitare tale diritto entro tre mesi dalla data di cessazione del rapporto di lavoro” (art. 23, comma 2, l. 56/87) era riconosciuto ai lavoratori che avessero prestato attività lavorativa a carattere stagionale (art 8 bis D.L. 17/83 come convertito).

impossibile tale meccanismo e costituisce ostacolo reale alla precarizzazione, garantendo così il raggiungimento dell'obbligo di risultato di cui alla direttiva 1999/70/Ce.

Peraltro, anche in relazione alla misura sostanziale causale, la precedenza suddetta è atta a disvelare, attraverso la obbligatoria assunzione del medesimo lavoratore, la eventuale presenza di abuso³¹⁵.

Questo dunque il campo della remissione: con il pretesto della attuazione dell'accordo quadro, in pieno campo di applicazione dello stesso, il legislatore aveva inteso ridurre una tutela prevista in favore dei lavoratori stagionali, sviando la delega. Infatti, il Tribunale di Rossano aveva rimesso alla Corte costituzionale gli artt. 10, commi 9 e 10, e 11, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 368/01 esclusivamente per violazione dell'art. 76 della Costituzione.

La Corte costituzionale ha deciso di non decidere³¹⁶ perché era *“intervenuta la sentenza della Corte di giustizia 22 novembre 2005, in causa n. C-144/04, che... ha affermato che «una reformatio in pejus della protezione offerta dalla legislazione nazionale ... non è, in quanto tale, vietata dall'accordo quadro quando non sia in alcun modo collegata con l'applicazione di questo»* e gli atti dovevano essere restituiti al rimettente, *al precipuo fine di consentirgli la soluzione del problema interpretativo alla luce della sopravvenuta sentenza della Corte di giustizia, la quale - in ragione della sua natura - assume nella fattispecie valore di jus superveniens”*. Peraltro il rimettente aveva già interpretato la direttiva in assoluta aderenza al pronunciamento della C.g.u.e. come successivamente intervenuto.

Da segnalarsi che analoga esigenza la Corte costituzionale non l'ha successivamente avvertita in relazione ad ogni altra questione di costituzionalità riguardante il d.lgs. n. 368/01, rimessa al suo esame, in relazione alle plurime e pertinenti sentenze della C.g.u.e. nel frattempo intervenute.

La Corte costituzionale aveva evidenziato che non era rimesso al suo esame la circostanza che le *“disposizioni sul diritto di precedenza...si...pongono al di fuori della delega... e quindi violano l'art. 76 Cost. perché tale argomento, in quanto modifica i termini esposti dal giudice rimettente, non può trovare ingresso in questa sede, atteso che l'ambito del giudizio di legittimità costituzionale non può estendersi oltre i limiti fissati dall'ordinanza di remissione, per comprendere altre norme o diversi profili ... che rimangono fuori della questione”*.

A distanza di sei mesi il Tribunale di Rossano ha rimesso nuovamente, nel medesimo procedimento, la questione alla Corte costituzionale, sotto l'ulteriore profilo della stretta violazione dell'art. 77 della Costituzione (totale assenza di delega), ovvero della invasione del potere esecutivo in un ambito riservato al potere legislativo, quindi emanazione di una norma/non norma da parte del Governo.

La Corte costituzionale *“ritiene che l'abrogazione – ad opera delle norme censurate – dell'art. 23, comma 2, della legge n. 56 del 1987 non rientri né nell'area di operatività della direttiva comunitaria, definita dalla Corte di giustizia con la sentenza 22 novembre 2005, nella causa C-144/04 Mangold, né nel perimetro tracciato dal legislatore delegante”*³¹⁷.

³¹⁵ Argomentando da C.g.u.e. sentenza 26 gennaio 2012, C-586/10, Bianca Küçük contro Land Nordrhein-Westfalen;

³¹⁶ Corte costituzionale, ordinanza n. 252/06.

³¹⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 44 del 25 febbraio 2008, giunta quasi a sorpresa.

La lettura così offerta della clausola 5, nonché dell'intera direttiva, può ritenersi oggi erronea: la Corte costituzionale non ha colto che si trattava di disposizione più favorevole per i lavoratori, che poteva essere mantenuta e rientrare nell'ambito di applicazione della clausola 8, paragrafo 1³¹⁸. Inoltre il Giudice delle leggi non avverte il problema dell'obbligo per lo Stato di creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato (clausola 1, lett b), il quale non si può ritenere circoscritto nei soli limiti della clausola 5, lett. b e c³¹⁹. Visto l'effetto che conseguiva dalla permanenza del diritto alla riassunzione, in combinato con la clausola 5, lettere b e c, appare evidente che si è nel pieno dell'ambito applicativo della direttiva 1999/70/CE.

Infatti l'obbligo per gli Stati non cessa con la adozione di una delle misure minime previste dalla clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce, ma è un obbligo di risultato, per cui *nella esecuzione dell'obbligo comunque deve essere garantita l'effettiva prevenzione dell'utilizzo abusivo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi*³²⁰. È tenuto a garantire il risultato imposto dal diritto comunitario, come risultante non soltanto dall'art. 249, terzo comma, CE, ma anche dall'art. 2, primo comma, della direttiva 1999/70, letto alla luce del suo diciassettesimo 'considerando' (v., in tal senso, sentenza Adeneler³²¹ e a., cit., punto 68, nonché ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 87)

La Corte costituzionale ha invece finito con il concludere che *"la legge...per quanto concerne la direttiva 1999/70/CE ...non ha dettato – a differenza di altre ipotesi – specifici criteri o principi capaci di ampliare lo spazio di intervento del legislatore delegato...per cui ha dichiarato la illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 77, primo comma, Cost., dell'art. 10, commi 9 e 10, nonché dell'art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 368 del 2001, nella parte in cui abroga l'art. 23, comma 2, della legge 28 febbraio 1987, n. 56, in quanto emanati in assenza di delega"*.

La questione e la sentenza della Consulta hanno dato la stura a tutte le ulteriori questioni e sentenze sull'impianto originario del d.lgs. n.368/01 (Corte costituzionale n. 214/09 e n. 107/13³²²,

³¹⁸ Si veda Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 12.12.13, procedimento C-361/12, Carratù, con riferimento alla direttiva 1999/70/Ce.

³¹⁹ Cfr. in tal senso, tra le tante, sentenza 4 luglio 2006, Adeneler e a., causa C-212/04 punto 68, l'ordinanza 12 giugno 2008, causa C-364/07, Vassilakis e a, punto 87, Kiriaki Angelidaki, causa C 378/07, della Corte di giustizia del 23 aprile 2009, punti 94 e 95.

³²⁰ Cfr. sentenza Kiriaki Angelidaki (C-378/07) della Corte di giustizia del 23 aprile 2009 punti 94 e 95 e nel medesimo senso sentenza 4 luglio 2006, proc. C-212/04, Adeneler e a., punto 101.

³²¹ Sentenza 4 luglio 2006, Adeneler e a., causa C-212/04; v. R.Conti e 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, p.439-444; G. Franza, Lavoro a termine: è ormai completa l'interpretazione della direttiva, Mass.giur.lav., 2006, p.752-755; A. M. Perrino, 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.

³²² Per i primi commenti, v. L. Menghini, Riprende il dialogo tra le Corti superiori: contratto a termine e leggi retroattive, su RGL, 2013, 4, 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, 1745 ss., con nota di G. Spolverato.

di segno opposto). Da tale momento, e dalle sentenze³²³ Marrosu Sardino³²⁴ e Vassallo³²⁵ della C.g.u.e.³²⁶, è iniziato il *bailamme* normativo, la danza col demone della paura che vede indissolubilmente legati il legislatore e le sue disorganiche urgenze, cerotti su profonde ferite aperte, e che rischia di trascinare con sé l'economia italiana.

3. Le altre due misure ostative

Altra misura (non) ostatica è contenuta nell'art. 5, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 368/01: *Qualora il lavoratore venga riassunto a termine, ai sensi dell'articolo 1, entro un periodo di dieci giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi, ovvero venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore ai sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato. Quando si tratta di due assunzioni successive a termine, intendendosi per tali quelle effettuate senza alcuna soluzione di continuità, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto.*

³²³ Sentenze del 7 settembre 2006, causa C-53/04, Marrosu e Sardino, e causa C-180/04, Vassallo.

³²⁴ 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».

³²⁵ 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».

³²⁶ 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, 1639; L. Nannipieri, La Corte di giustizia e gli abusi nella reiterazione dei contratti a termine: il problema della legittimità comunitaria degli artt. 5, d. lgs. n. 368/2001 e 36, d. lgs. n. 165/2001, su Riv.it.dir.lav., 2006, II, p.742-764; L.Zappalà, Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's Jurisprudence, Giorn.rel.ind., 2006, p.439-444; G.Franza, Lavoro a termine: è ormai completa l'interpretazione della direttiva, Mass.giur.lav., 2006, p.752-755; A.M.Perrino, 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.173-177; S.Sciarra, Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella “modernizzazione” del diritto del lavoro, relazione su Il giudice del lavoro e le fonti comunitarie ed internazionali, Roma, 17 gennaio 2008, Incontro di studio CSM, p. 12-16.

La misura come introdotta, poi modificata, con termini ampliati (L. n. 92/12)³²⁷ e poi ripristinati nella loro originaria estensione (D.L. n. 76/13) era ed è inadatta a costituire misura sostitutiva ad avviso della C.g.u.e.

Premesso che già la sola vicenda del termine ballerino (ripristinato nel giro di qualche mese nella sua originaria durata) è chiaro sintomo di una legiferazione assolutamente priva di progettualità unitaria, è d'uopo richiamare l'attenzione sulla sentenza Adeneler³²⁸ della C.g.u.e. che, in relazione alla specifica questione, ha già ritenuto un intervallo nei rinnovi dei contratti a termine, di 20 giorni lavorativi inadatto ad assicurare le finalità della direttiva 1999/70/Ce: ciò è accaduto il 2 luglio 2006³²⁹.

La normativa italiana prevedeva già all'epoca un intervallo di 10 o 20 giorni di calendario (8/15 giorni lavorativi in concreto): non risultano presentate proposte di modifica della norma interna fino alla legge Fornero (il legislatore è intervenuto nel frattempo sui contratti a termine una decina di volte).

Sulla distanza tra contratti è intervenuta altresì l'ordinanza Vassilakis³³⁰ che ha statuito (si riporta un testo non ufficiale, posto che l'ufficiale è in lingua francese o greca): *considerare come successivi i soli contratti di lavoro a tempo determinato separati da un periodo di tempo inferiore o uguale a tre mesi, non è, in linea di principio, in grado di compromettere di per sé l'oggetto, la finalità e l'effetto utile dell'accordo quadro....un lasso di tempo di tre mesi può essere, in generale, considerato sufficiente a porre fine a qualsiasi rapporto di lavoro esistente e, di conseguenza, far sì che tutti i contratti eventuali firmati successivamente non sarà considerato come successivo. Sembra, infatti, difficile per un datore di lavoro che ha dei bisogni permanenti e durevoli, eludere la protezione offerta dall'accordo quadro contro gli abusi ... lasciando correre, alla fine di ogni contratto di lavoro a tempo determinato, un periodo di circa 72 giorni. Tuttavia, spetta alle autorità nazionali e dei tribunali, responsabili dell'attuazione delle misure di recepimento della direttiva 1999/70 e dell'accordo quadro e così chiamate a pronunciarsi sulla qualificazione dei contratti a tempo determinato successivi, prendere in considerazione, in ogni caso, tutte le circostanze, tenendo conto, soprattutto, del numero di tali contratti stipulati con la stessa persona o al fine della realizzazione di uno stesso lavoro, al fine di escludere che i rapporti di lavoro siano utilizzati in maniera abusiva da parte dei datori di lavoro.*

La ragione della valutazione rimessa ai Tribunali è evidente: contratti successivi con sostituzione del precario o con periodo di sospensione del rapporto che cade in un periodo di sospensione fisiologica dell'attività lavorativa possono costituire indici di abuso.

Dunque l'Italia, con riferimento al contratto a termine, aveva adottato, come misura sostitutiva conforme, solo quella causale e, dall'1.4.09, anche la diversa misura della durata massima dei

³²⁷ Sulle novità introdotte alla disciplina del contratto a tempo determinato dal D.L. 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.

³²⁸ Sulla sentenza Adeneler v. R. Conti e 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, p.439-444; G. Franza, Lavoro a termine: è ormai completa l'interpretazione della direttiva, Mass.giur.lav., 2006, p.752-755; A. M. Perrino, 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.

³²⁹ Cfr. sentenza Adeneler e a., punti 84 ed 85.

³³⁰ Ordinanza del 10.6.08, causa C-364/07.

contratti: non è invece misura ostativa la previsione di una distanza minima tra contratti, perché non rispetta i “paletti” di cui alla direttiva 1999/70/Ce, come interpretati/integrati dalla C.g.u.e.

Ai sensi della clausola 5 della direttiva 1999/70/CE, *per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a:*

- a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;*
- b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;*
- c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.*

Il legislatore ha introdotto la misura ostativa *sub b)*, con la legge 24 dicembre 2007, n. 247 (cfr. art. 1, comma 40), che ha modificato l'art. 5 del d.lgs. n. 368/01, inserendo il comma 4-*bis*³³¹.

La nuova disciplina opera, con valutazione dei periodi pregressi di lavoro, dal 1° aprile 2009.

La disposizione ha una importante caratteristica ovvero un effetto strutturalmente diverso dalle precedenti. Entrambe le misure già previste (causalone con disciplina delle proroghe e distanza ravvicinata tra i contratti) hanno nel diritto interno la caratteristica che la sanzione opera sul

³³¹ Il comma 4-bis dispone: Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2. In deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto. In caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato (il comma è stato poi così modificato dal Decreto Legge 25 giugno 2008, n. 112, come convertito: Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti e fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2. In deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto. In caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato) Il comma 43 dell'art. 1 della legge n. 247/07 ha previsto la disciplina transitoria, statuendo che in fase di prima applicazione delle disposizioni di cui ai commi da 40 a 42:a) i contratti a termine in corso alla data di entrata in vigore della presente legge continuano fino al termine previsto dal contratto, anche in deroga alle disposizioni di cui al comma 4-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dal presente articolo;b) il periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della presente legge si computa, insieme ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di cui al citato comma 4-bis, decorsi quindici mesi dalla medesima data.

contratto stipulato; si parla in questi casi di conversione del contratto, ovvero di un contratto che, stipulato a termine, per effetto della declaratoria di nullità della relativa clausola, diviene a tempo indeterminato (il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto).

La nuova misura ostativa (durata massima dei rapporti di lavoro), lungi dall'operare come sanzione su un contratto, prevede la costituzione coattiva del rapporto di lavoro dalla data di superamento dei 36 mesi. La *ratio* è ovvia: la norma pone una presunzione *iuris et de iure* di stabilità della esigenza lavorativa e, dalla data di verifica dell'evento, si costituisce il rapporto di lavoro. Non vi è dunque sanzione sul contratto, ma effetto costitutivo *ex lege*.

La predetta disposizione sarebbe di per sé sola atta a soddisfare l'obbligo di risultato di cui alla clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce, ove fosse prevista una precedenza "seria" nelle riassunzioni³³². Nell'attuale assetto normativo basta far arrivare il primo precario a 35 mesi e 29 giorni e mutare precario, per sfuggire alla sanzione.

La disposizione presenta non pochi problemi applicativi. Ad esempio, *quid iuris* ove l'ultimo contratto, quello del fatidico superamento, sia *part-time*? Il contratto che ne deriva è *part-time* o *full-time*?

Il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla scadenza del termine e, posto che la norma si riferisce al rapporto di lavoro e non al contratto, tenuto conto che perché si abbia *part-time* la previsione deve essere espressa e per iscritto (cfr. artt. 2, comma 1, ed 8, D.Lgs. 61/00), il riferimento al rapporto non sembra consentire di fare riferimento all'ultimo contratto (si è visto che non si tratta di sanzione sul contratto). Dunque il rapporto dovrebbe considerarsi *full-time*. Se l'effetto non crea troppi problemi in ipotesi di solo ultimo contratto *part-time*, pare invero un effetto sovrabbondante in ipotesi di plurimi contratti *part-time*.

Appare a questo punto evidente che l'unica misura adottata ad essere chiaramente strutturata e conforme alle prescrizioni eurounitarie, nell'attuale assetto normativo, è, malauguratamente, quella causale che tanti problemi applicativi ha sempre comportato.

4. Le misure dell'emergenza; l'art. 32 commi 5/7 della l. 183/10.

Ciò non di meno la problematica postale potrebbe aver indotto il legislatore a prevedere la indennità risarcitoria di cui all'art. 32, commi 5/7, del Collegato lavoro (l. n. 183/10)³³³.

³³² Tale non è un diritto di precedenza in favore dei soli lavoratori a termine per un periodo superiore a sei mesi, della durata di soli 12 mesi e condizionato alla manifestazione della volontà al datore di lavoro entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto stesso (cfr. art. 5, commi 4-quarter e segg., d.lgs. n. 368/01). Peraltro è anche dubbio che al mancato riconoscimento del diritto di precedenza possa derivare più che un blando risarcimento del danno.

³³³ Art. 32, l. n. 183/2010 5. Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604. 6. In presenza di contratti ovvero accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie, il limite massimo dell'indennità fissata dal comma 5 è ridotto alla metà. 7. Le disposizioni di cui ai commi 5 e 6 trovano applicazione per tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge. Con riferimento a tali ultimi giudizi, ove necessario, ai soli fini della determinazione della indennità di cui

Dai rilievi della Corte di cassazione³³⁴ si evince che la norma ha l'oggettivo effetto di evitare allo Stato³³⁵ di pagare per intero il risarcimento del danno dovuto in ipotesi di trasformazione dei contratti a termine di diritto comune.

Con la disposizione in esame si è sostituito l'ordinario strumento risarcitorio, previsto per ogni altro settore del diritto civile, con un «risarcimento» da quantificarsi al di fuori delle regole ordinarie, per cui si tratta evidentemente di un indennizzo.

Se nel comma 5 dell'art. 32, l. n. 183/2010 era chiaro il *dies a quo* coperto dall'indennizzo risarcitorio (dalla data della illegittima interruzione del rapporto di lavoro) non era chiaro il *dies ad quem*, ovvero fino a quale data le conseguenze fossero coperte dalla indennità risarcitoria e da che data siano poi dovute le retribuzioni.

La disposizione, presenta problemi di compatibilità con i principi in tema di abuso del processo, nonché con gli artt. 47 del Trattato di Lisbona, 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e 6 della Convenzione EDU, disposizioni tutte applicabili "nell'attuazione del diritto dell'Unione" (art. 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

A fronte della "ribellione" di parte della giurisprudenza di merito³³⁶, nonostante l'intervento della Corte costituzionale (sentenza n. 303 dell'11/11/2011; da Tribunale di Napoli, sentenza del 16.11.11 e successivamente, tra le altre, Corti d'Appello di Roma e Torino), integralmente, ma acriticamente recepita dalla giurisprudenza di legittimità (da Cass. n. 1411/2012), vi è stata necessità di una norma interpretativa.

Da ricordarsi che il comma 7 dell'art. 32, l. n. 183/2010 interpretato in maniera rigorosa, sembra prevedere conseguenze, *a parte datoris*, che possono anche essere più gravi del danno risarcibile secondo le ordinarie regole civilistiche. Infatti, ove si ritenga che la sentenza ha oggi valore costitutivo e non più dichiarativo, o comunque la disposizione in esame avente carattere sanzionatorio e non ripristinatorio, dovrebbe essere oggetto di verifica ed eventuale sanzione ogni contratto successivo illegittimo, così potendosi anche verificare un risarcimento del danno ben maggiore di quello applicabile secondo le regole comuni.

L'indomito legislatore è dunque intervenuto, con disposizione asseritamente interpretativa³³⁷,

ai commi 5 e 6, il giudice fissa alle parti un termine per l'eventuale integrazione della domanda e delle relative eccezioni ed esercita i poteri istruttori ai sensi dell'articolo 421 del codice di procedura civile.

³³⁴Cfr. l'ordinanza della Corte di cassazione n. 2112/11, con cui è stata sollevata questione di legittimità costituzionale della disposizione in esame in una controversia "postale". Nella stessa si ricordava come la controversia facesse parte di una nutrita serie e la limitazione dell'indennità a 2,5/12 mensilità o anche meno (vedi comma 6) non sembrava poter trovare adeguata giustificazione nel fine, perseguito dal Legislatore, di evitare la perdita patrimoniale che deriverebbe all'impresa dal risarcimento di danni di notevole entità a numerosi lavoratori. La Corte di cassazione aveva quindi puntualmente indicato alla Consulta la serialità della controversia, che peraltro investe un soggetto, qualificabile come Stato.

³³⁵ Si ci riferisce alle controversie in cui era parte P.I. S.p.a., Stato ai sensi del diritto dell'Unione europea: cfr. sentenza Carratù, cit., punti 29 e 30: 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.

³³⁶ Che riteneva che dal deposito del ricorso fosse dovuta l'ordinaria retribuzione, in applicazione del principio chiovendiano per cui la durata del processo non può andare a scapito della parte che ha ragione.

³³⁷ Art.1, comma 13, della L. n. 92/12: La disposizione di cui al comma 5 dell'articolo 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183, si interpreta nel senso che l'indennità ivi prevista ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro.

che sembra eliminare ogni diritto alla copertura contributiva, neppure in una misura corrispondente alla indennità risarcitoria prevista.

Ed allora delle due l'una: o la sentenza viene ad avere, per effetto dell'art. 32, comma 5, l. n. 183/10 valore costitutivo ovvero, tenuto conto della pluralità di rapporti giuridici sottesi alla copertura previdenziale (obbligo di versamento contributivo dal lato del lavoratore, automatismo contributivo ed obbligo di versamento contributivo dal lato dell'INPS) non è scontata la assenza di copertura previdenziale.

Infatti il rapporto giuridico, tra datore di lavoro ed ente previdenziale, nonché tra lavoratore ed ente previdenziale, è diverso da quello regolamentato dalla disposizione in esame, dovendosi *tenere distinto il rapporto previdenziale-assicurativo, che riguarda da un lato il lavoratore (e il datore di lavoro), dall'altro l'ente previdenziale alla cui gestione quegli è iscritto. Tale principio di "automaticità delle prestazioni", con riguardo ai sistemi di previdenza e assistenza obbligatorie, trova applicazione ...come si esprime l'art. 2116 cod. civ. - "salvo diverse disposizioni delle leggi speciali": il che significa che potrebbe ritenersi sussistente una deroga rispetto ad esso solo in presenza di una esplicita disposizione in tal senso. Detto principio costituisce una fondamentale garanzia per il lavoratore assicurato, intesa a non far ricadere su di lui il rischio di eventuali inadempimenti del datore di lavoro in ordine agli obblighi contributivi, e rappresenta perciò un logico corollario della finalità di protezione sociale inerente ai sistemi di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti* (Corte costituzionale, sentenza n. 374/97).

Il principio dell'automatismo contributivo (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 87 del 1970, per i rapporti con l'art. 38, comma 2, della Carta) 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., sent. 31.1/20.4.2002, n. 5767/02).

L'art. 32, comma 5, l. n. 183/2010 riguarderebbe dunque il solo *risarcimento del lavoratore*, disciplinando pertanto, *expressis verbis*, il solo danno contributivo e non l'obbligazione contributiva non prescritta: se ne trae la conclusione che la norma interpretativa avrebbe bisogno di una sua norma interpretativa.

La Corte di cassazione, con delle pronunce degne di miglior riflessione, ha esteso la applicazione dell'art. 32, commi 5/7, l. n. 183/10 a fattispecie diverse dall'ordinario rapporto di lavoro a termine (Cass. Sez. lav. sentenza n. 1148 del 17/01/2013³³⁸; Sez. lav. sentenza n. 13404 del 29/05/2013). L'orientamento³³⁹, ove confermato, creerebbe non pochi problemi in altri settori, come in quello marittimo, perché le ragioni della estensione paiono atte a fondare analoghe conclusioni in relazione ai contratti di lavoro (a viaggio o a termine) tipici del Codice della Navigazione: invero, in ragione della articolazione delle prestazioni e degli imbarchi dei marittimi (convenzioni di imbarco), nonché della copertura Ipsema di assistenza di malattia, per essi è difficilmente configurabile la sussistenza di un danno civilistico e la indennità risarcitoria diviene un *plus* a fronte, nella pratica, di alcun danno.

³³⁸ Cfr. Cass., Sez. lav., 17 gennaio 2013, n. 1148, in RIDL, 2013, II, 331 ss., con nota di L. Fiorillo, Il regime sanzionatorio forfettizzato si applica al lavoro temporaneo illegittimo e alla somministrazione a termine irregolare: la Cassazione risolve la querelle.

³³⁹ Orientamento che si pone però in antitesi con la sentenza Della Rocca della C.g.u.e. (sentenza 11 aprile 2013, C-290/12).

Dunque il risparmio di spesa ottenuto per la maggior impresa di Stato verrebbe ad essere “compensato” con un esborso economico considerevole per altra impresa di Stato: R.F.I. S.p.a., che gestisce servizio di traghetti, oltre che con esborsi previdenziali senza possibile copertura contributiva³⁴⁰.

La compatibilità eurounitaria della disposizione, ed in specie del comma 7, è stata deliberata dalla Corte di giustizia con la sentenza Carratù³⁴¹.

La Corte ha evidenziato come la sanzione necessaria a contrastare la illegittima precarizzazione mediante contratti a termine ed il principio di uguaglianza siano strettamente connessi.

La sanzione e le condizioni di lavoro di cui al principio di uguaglianza/non discriminazione è tutela avverso l'abuso, sostanziandosi in una illegittima precarizzazione, avente l'effetto di consentire all'abusante di sfuggire alla tutela avverso il licenziamento ingiustificato, mediante periodiche interruzioni del rapporto di lavoro, senza garanzia di ripresa lavorativa³⁴².

La verifica operata dalla Corte di giustizia³⁴³ dell'Unione europea³⁴⁴ circa la compatibilità dell'art. 32, commi 5 e 7, del Collegato lavoro con l'assetto di cui al diritto dell'Unione europea è stata parziale (in relazione alla sola disposizione transitoria di cui al comma 7 dell'articolo in esame, con indicazioni che in parte coinvolgono anche il comma 5; la Corte non ha risposto con riferimento a tutte le questioni proposte).

La Corte, oltre a rilevare la natura giuridica di Stato della società Poste italiane, ai fini della applicazione del diritto dell'Unione, ha statuito che le conseguenze della interruzione illegittima del rapporto di lavoro rientrano nell'ambito di applicazione della clausola 4 della direttiva 1999/70/Ce. Infatti *la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro 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 perché è corrisposta ad un lavoratore a causa del rapporto di lavoro che lo lega al suo datore di lavoro. Dal momento che è dunque versata a causa dell'impiego, essa rientra nella nozione di «condizioni di lavoro»* (punti 37 e 38 della sentenza indicata).

³⁴⁰ Ci si riferisce ai periodi di non lavoro in ipotesi di conversione di contratti a termine, con copertura solo indennitaria e probabile mancata riscossione dei crediti contributivi da parte dell'INPS.

³⁴¹ Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 12.12.13, procedimento C-361/12, Carratù.

³⁴² È stato sottolineato, con riferimento alla direttiva 1999/70/Ce, che la clausola 5 della stessa ha anche il fine di evitare che una persona assunta nell'ambito di un rapporto di lavoro a tempo determinato sia mantenuta troppo a lungo in una situazione precaria che rischi di fragilizzarla e che essa sia privata della tutela che le disposizioni che contrastano il licenziamento offrono ai lavoratori subordinati che fruiscono di un contratto a tempo indeterminato. La Corte ha messo in rilievo che il beneficio della stabilità dell'impiego costituisce effettivamente, ai sensi dell'accordo quadro, un elemento portante della tutela degli interessi dei lavoratori. Osservo che il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea ha aderito a tale orientamento e ha dichiarato che se non può ritenersi che la stabilità dell'impiego sia stata eretta, dalle parti firmatarie dell'accordo quadro, a principio generale di diritto a carattere vincolante, essa costituisce tuttavia una finalità perseguita da queste ultime (conclusioni dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen presentate il 15 settembre 2011, Causa C-313/10, Land Nordrhein-Westfalen contro Sylvia Jansen). Analoga appare la ratio dell'art. 5, n. 5, della direttiva 2008/104/Ce.

³⁴³ 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: Presidente e la Relatrice del Collegio della Carratù parlano correttamente in italiano.

³⁴⁴ C.g.u.e. sentenza Carratù, cit.

La applicazione del solo principio di uguaglianza/non discriminazione non consente però, ad avviso della Corte, di ritenere violata la parità di trattamento, non essendo comparabili la tutela prevista per la illegittima interruzione dei contratti a tempo indeterminato con quella prevista per l'ipotesi di illegittima interruzione dei contratti a termine.

La Corte ha però evidenziato *che la clausola 8, punto 1, dell'accordo quadro 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»*. L'Italia, al momento della adozione del d.lgs. n. 368/01, ha scelto di equiparare, in relazione ai privati datori di lavoro, le due situazioni (*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*).

Dunque la clausola 4 della direttiva 1999/70/Ce diviene applicabile in forza della scelta di diritto interno, operata ex clausola 8, punto 1: le conseguenze della illegittima interruzione del rapporto di lavoro a termine sono "coperte", fino alla data di adozione della l. n. 183/10, dalla clausola predetta, in ragione della equiparazione/assimilazione verso l'alto della tutela per il prestatore di lavoro operata dall'Ordinamento interno: la scelta ricade pur sempre nell'ambito di applicazione della clausola 4, come espressamente statuito dalla C.g.u.e.

Ecco dunque che, in relazione all'ipotesi di cui al comma 7 dell'art. 32, è ipotizzabile la non applicazione della predetta disposizione per violazione della clausola 4, in combinato con la clausola 8, punto 1. Ritenere che sia possibile, in forza del comma 7 dell'art. 32, che una situazione ricadente nell'ambito del combinato disposto di cui alle clausole 4 ed 8, punto 1 (così espressamente la C.g.u.e.), possa essere lesa da disposizione interna con efficacia retroattiva, significa attribuite alla disposizione interna la possibilità di ledere un diritto derivante dalla clausola 4, dunque consentire alla norma interna di ledere un principio fondamentale dell'Ordinamento U.E.

Detta opzione interpretativa sembra trovare espressa conferma nel punto 49 della sentenza in esame (*Considerata la soluzione fornita alla quarta e alla quinta questione, non è necessario pronunciarsi sulle questioni prima, seconda, terza e sesta*), posto che per la Corte la risposta fornita consente di ritenere assorbita anche la questione relativa alla ammissibilità di una norma con efficacia retroattiva (cfr. in particolare il 6° quesito: *Se i principi generali del vigente diritto [dell'Unione] della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, dell'uguaglianza delle armi del processo, dell'effettiva tutela giurisdizionale, [del diritto] a un tribunale indipendente e, più in generale, a un equo processo, garantiti dall'articolo 6, [paragrafo 2, UE] (così come modificato dall'articolo 1[, paragrafo] 8, del Trattato di Lisbona e al quale fa rinvio l'articolo 46 [UE]) – in combinato disposto con l'articolo 6 della [CEDU] e con gli articoli 46, 47 e 52, [paragrafo] 3, della [Carta] – debbano essere interpretati nel senso di ostare all'emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco temporale apprezzabile (9 anni), di una disposizione normativa, quale il comma 7 dell'articolo 32 della legge n. 183/10[, che] alteri le conseguenze dei processi in corso danneggiando direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro e che l'efficacia ripristinatoria sia proporzionalmente ridotta all'aumentare della durata del processo, sin quasi ad annullarsi*). Appare chiaro che, se l'effetto del pronunciamento della Corte non fosse del tutto

analogo a quello che sarebbe stato conseguente ad una risposta positiva a detto quesito, la C.g.u.e. avrebbe dovuto pronunciarsi.

È sempre possibile regredire le tutele nei limiti delle previsioni di cui alla clausola di non regresso (in particolare Clausola 8, punto 3, della direttiva 1999/70/Ce, ma anche, per la somministrazione di lavoro, articolo 9, punto 2, della direttiva 2008/104/Ce³⁴⁵), come ha fatto il legislatore con il comma 5 dell'art. 32 del Collegato lavoro.

Si tratta di una riduzione del livello di tutela, operata in applicazione di disposizioni dell'Ordinamento europeo, rientrando tra le misure nazionali intese a garantire che l'obiettivo perseguito dalla direttiva *possa essere raggiunto, comprese le misure che, successivamente alla trasposizione propriamente detta, completino o modifichino le norme nazionali già adottate* (sentenza della C.g.u.e. del 23 aprile 2009, Kiriaki Angelidaki, C-378/07, punto 131). *Una normativa non potrebbe essere considerata contraria a detta clausola nel caso in cui la reformatio in peius che essa comporta non fosse in alcun modo collegata con l'applicazione del diritto europeo. Ciò avverrebbe qualora detta reformatio in peius fosse giustificata...dalla necessità di...promuovere un altro obiettivo, da essa distinto* (sentenza Angelidaki punto 135). Si è al di fuori della applicazione in ipotesi di promozione *di un altro obiettivo, da essa distinto* e conforme ai principi fondamentali del diritto dell'Unione.

Premesso che, in relazione agli effetti del meccanismo di tutela previsto dal comma 5 dell'art. 32, residuano i dubbi interpretativi già avanzati, con alcuni dei quesiti posti, nella predetta causa Caratù³⁴⁶, deve darsi atto che la valutazione della regressione deve essere operata verificandone la legittimità della finalità perseguita³⁴⁷.

Alcune notazioni sulla innovatività dei principi espressi con la sentenza suddetta. La C.g.u.e. ha ampliato nel corso del tempo la operatività dei principi fondamentali attraverso due linee interpretative.

Secondo la prima l'ambito di applicazione dell'Ordinamento U.E. è esteso a tutte le disposizioni interne che, pur non coinvolgenti nello specifico caso situazioni da esso disciplinate, comportino

³⁴⁵ Per un primo commento v. P. Coppola, Somministrazione e direttiva 2008/104/CE: il (non) adeguamento dell'ordinamento interno, su LG, 2013, 10, pp.879 ss.

³⁴⁶ Se sia contrari[a] al principio di equivalenza una disposizione di diritto interno che, nella applicazione della direttiva 1999/70/CE, preveda conseguenze economiche, in ipotesi di illegittima sospensione nella esecuzione del contratto di lavoro, con clausola appositiva del termine nulla, diverse e sensibilmente inferiori rispetto [alle] ipotesi di illegittima sospensione nella esecuzione del contratto di diritto civile comune, con clausola appositiva del termine nulla.

Se sia conforme all'ordinamento europeo che, nell'ambito di sua applicazione, la 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.

Se, nell'ambito di applicazione dell'ordinamento europeo ai sensi dell'articolo 51 della [Carta], 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.

³⁴⁷ La finalità perseguita potrebbe non rientrare tra le legittime finalità di politica sociale che consentono la regressione delle tutele, (di talchè sarebbe ipotizzabile la perdurante operatività della precedente tutela perché conforme alla clausola 4, in combinato disposto con la clausola 8, punto 1), posto che la disposizione pone a carico della parte che ha ragione i tempi, anche non brevi, del processo, rendendo così ipotizzabile la violazione del principio del giusto processo.

in altri casi effetti nell'ambito di applicazione dell'Ordinamento europeo³⁴⁸: così ad esempio vi è obbligo di interpretazione/applicazione conforme ove la disposizione interna in casi diversi da quello in esame sia atta a regolare situazioni "europee"³⁴⁹. Esiste *un chiaro interesse di tutta l'Unione europea a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto dell'Unione ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate*³⁵⁰.

La seconda linea interpretativa passa attraverso l'ampliamento della efficacia dei diritti conseguenti alla cittadinanza europea³⁵¹. Il Sig. Ruiz Zambrano, cittadino colombiano, come la moglie, aveva chiesto asilo in Belgio e la richiesta era stata respinta. Lo stesso pur non essendo ancora in possesso di un permesso di lavoro, aveva concluso un contratto di lavoro a tempo indeterminato.

³⁴⁸ C.g.u.e. sentenza 7 novembre 2013, C-522/12, Tevfik Isbir, punti 25, 28 e 29:

25 Tale giudice riconosce che la controversia verte su una situazione puramente interna, tuttavia fa valere che, ai sensi della giurisprudenza della Corte (sentenze del 17 luglio 1997, Leur-Bloem, C-28/95, Racc. pag. I-4161, e del 20 maggio 2010, Modehuis A. Zwijnenburg, C-352/08, Racc. pag. I-4303), per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto dell'Unione devono ricevere un'interpretazione uniforme, indipendentemente dal fatto che si applichino ad una situazione puramente interna o transfrontaliera. Nel caso di specie, dai lavori preparatori dell'AEntG 2007 risulterebbe che la nozione di «tariffe minime salariali» cui tale legge si riferisce dovrebbe, secondo il legislatore nazionale, essere interpretata in maniera identica, sia che si applichi ad una situazione interna, sia che si applichi ad una situazione che rientra nell'ambito del diritto dell'Unione.

28 Occorre ricordare che la Corte si è già dichiarata competente a statuire su domande di pronuncia pregiudiziale vertenti su disposizioni del diritto dell'Unione in situazioni in cui i fatti della causa principale si collocavano al di fuori dell'ambito d'applicazione del diritto dell'Unione, ma nelle quali tali disposizioni di diritto erano state rese applicabili dal diritto nazionale (v., in tal senso, sentenza Leur-Bloem, cit., punti 26 e 27). Allo stesso modo la Corte ha statuito che, quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che essa apporta a situazioni puramente interne, a quelle adottate nel diritto dell'Unione, al fine, in particolare, di evitare che vi siano discriminazioni nei confronti dei cittadini nazionali o eventuali distorsioni di concorrenza, esiste un interesse certo dell'Unione europea a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto dell'Unione ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate (v., in tal senso, sentenza Modehuis A. Zwijnenburg, cit., punto 33).

29 A tale riguardo, il giudice del rinvio fa valere che, come risulterebbe dai lavori preparatori dell'AEntG 2007, che ha trasposto nel diritto interno tedesco la direttiva 96/71, il legislatore nazionale ha inteso interpretare in modo uniforme «le situazioni interne e le situazioni la cui portata rientra nell'ambito del diritto dell'Unione, in particolare qualora si tratti del distacco transfrontaliero di lavoratori».

³⁴⁹ Si veda ad esempio la sentenza della C.g.u.e. 7 novembre 2013, C-313/12, Romeo: 21. Secondo una giurisprudenza costante, la Corte è competente a statuire sulle domande di pronuncia pregiudiziale vertenti su disposizioni di diritto dell'Unione in situazioni in cui i fatti del procedimento principale si collocano al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, ma in cui il diritto nazionale rinvii al contenuto di tali disposizioni del diritto dell'Unione per determinare le norme da applicare ad una situazione puramente interna allo Stato membro interessato (v., in particolare, sentenze del 16 marzo 2006, Poseidon Chartering, C-3/04, Racc. pag. I-2505, punto 15; dell'11 dicembre 2007, ETI e a., C-280/06, Racc. pag. I-10893, punti 22 e 26; del 2 marzo 2010, Salahadin Abdulla e a., C-175/08, C-176/08, C-178/08 e C-179/08, Racc. pag. I-1493, punto 48; Cicala, cit., punto 17, nonché del 18 ottobre 2012, Nolan, C-583/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 45).

Infatti, sussiste un sicuro interesse dell'Unione a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto dell'Unione ricevano un'interpretazione uniforme quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che apporta a situazioni estranee all'ambito di applicazione dell'atto dell'Unione considerato, a quelle adottate da quest'ultimo atto, al fine di assicurare un trattamento identico alle situazioni interne e alle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, a prescindere dalle condizioni in presenza delle quali si chiede l'applicazione delle disposizioni o delle nozioni riprese dal diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenze Salahadin Abdulla e a., cit., punto 48; del 12 luglio 2012, SC Volksbank România, C-602/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 87 e 88; Nolan, cit., punto 46 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 14 marzo 2013, Allianz Hungária Biztosító e a., C-32/11, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 20 e 21).

Ciò si verifica quando le disposizioni del diritto dell'Unione in questione sono state rese applicabili dal diritto nazionale a siffatte situazioni in modo diretto e incondizionato (v., in tal senso, citate sentenze Cicala, punto 19, e Nolan, punto 47).

³⁵⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Nils Wahl presentate il 5 settembre 2013, cause riunite C-159/12, C-160/12 e C-161/12, Alessandra Venturini e a.

³⁵¹ Cfr. C.g.u.e., Grande Sezione, sentenza 8 marzo 2001, procedimento C 34/09, Gerardo Ruiz Zambrano.

Nel frattempo la moglie del Sig. Ruiz Zambrano aveva dato alla luce un bambino, il quale aveva acquisito la cittadinanza belga, in osservanza dell'art. 10, primo comma, del codice belga in quanto, in mancanza di un'espressa iniziativa dei genitori finalizzata al riconoscimento della cittadinanza colombiana, la legge colombiana non riconosce tale cittadinanza ai bambini nati fuori del territorio della Colombia. Successivamente altro figlio acquisiva, per *ius soli*, essendo nato in Belgio, cittadinanza belga. La controversia atteneva alla indennità di disoccupazione, disconosciuta perché i giorni di lavoro denunciati a titolo di tirocinio richiesto per i lavoratori disoccupati della sua fascia d'età, non sono stati prestati nel rispetto della normativa in materia di soggiorno degli stranieri e di occupazione di manodopera straniera. La Corte rileva che l'art. 20 TFUE conferisce a chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro lo status di cittadino dell'Unione ed i due figli del ricorrente godono di questo status. *L'art. 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro status di cittadini dell'Unione ed il diniego di soggiorno opposto a una persona, cittadina di uno Stato terzo, nello Stato membro dove risiedono i suoi figli in tenera età, cittadini di detto Stato membro, che essa abbia a proprio carico, nonché il diniego di concedere a detta persona un permesso di lavoro producono un effetto del genere perché tali figli, cittadini dell'Unione, si troveranno costretti ad abbandonare il territorio dell'Unione per accompagnare i loro genitori.*

Argomentando nel medesimo senso i diritti di cittadinanza e, si consenta di aggiungere, i diritti fondamentali, trovano riconoscimento tutte le volte in cui il diritto interno sia di ostacolo ad essi, così impedendo alla persona di circolare liberamente, dovendo trasferirsi per ottenere detto riconoscimento³⁵².

Sul tema dei diritti fondamentali è intervenuta recentemente la Corte di giustizia³⁵³, con la sentenza *Association de médiation sociale*³⁵⁴. La questione decisa riguarda la immediata precettività, dunque la immediata applicabilità dell'art. 27 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,³⁵⁵ da solo o in combinato disposto con le norme della direttiva 2002/14, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori [nella Comunità europea]. Ad avviso della Corte la disposizione non ha questa portata perché chiede che vengano garantite (dunque stabilite norme in materia di) informazione e consultazione, ripercorrendo la distinzione fra diritti e principi (meglio diritti formulati come principio e diritti formulati come

³⁵² Cfr. in senso simile le conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston, presentate il 12 dicembre 2013 nella causa C-456/12, *Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel*.

³⁵³ Sentenza della Corte, Grande Sezione, del 15 gennaio 2014, causa C-176/12, *Association de médiation sociale*.

³⁵⁴ Le questioni proposte dalla Corte di cassazione francese con l'ordinanza del 16 aprile 2012 in causa C-176/12: «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)».

³⁵⁵ Art. 27: «Ai lavoratori o ai loro rappresentanti devono essere garantite, ai livelli appropriati, l'informazione e la consultazione in tempo utile nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali».

regola, i primi non autoapplicativi, a differenza dei secondi³⁵⁶). La pronuncia ha destato, nella immediatezza, reazioni preoccupate per la limitazione posta alla precettività dei diritti fondamentali, ma detta preoccupazione merita di essere stemperata. Infatti da un lato la Corte ha comunque evidenziato che la disposizione interna francese era in contrasto con il diritto dell'Unione, così evidenziandosi la necessità di una nuova remissione al *Conseil constitutionnel* (che aveva di contro già dichiarato la norma costituzionalmente legittima) e la correttezza della tesi interpretativa della indomita *Cour de cassation* che nonostante il rigetto della questione di costituzionalità aveva, nel medesimo procedimento, proposto questione interpretativa pregiudiziale alla C.g.u.e.³⁵⁷ La sentenza della Corte di giustizia è corretta da un punto di vista di rapporto tra Corti superiori, posto che il *Conseil constitutionnel* ha recentemente proposto questione interpretativa alla Corte di giustizia, così manifestando per la prima volta una volontà di dialogo diretto³⁵⁸ ed appare opportuno invitare implicitamente ad un nuovo pronunciamento dello stesso.

La sentenza Carratù si inserisce nella tendenza espansiva, consentendo il riconoscimento dei diritti fondamentali (in specie principio di uguaglianza/non discriminazione di cui alla clausola 4) non solo in via diretta, ma anche in forza della sua unione con altra disposizione normativa, nel caso di specie la clausola 8, punto 1. Si tratta di una scelta della Corte relativa alla interpretazione di un punto della direttiva 1999/70/Ce, mai chiarito prima, che opera un oggettivo considerevole ampliamento, estensibile in relazione a (quasi) tutte le direttive sociali, le quali contengono la clausola di non regresso. Il confronto con la sentenza *Association de médiation sociale* fa comprendere che i principi espressi nella sentenza Carratù costituiscono al momento il limite di massima espansione del principio di uguaglianza/non discriminazione.

Proprio sulla scorta dei principi espressi dalla sentenza *Association de médiation sociale* è necessario evidenziare una possibile interpretazione, che potrebbe spiegare la ragione per cui la Corte ha ritenuto necessario specificare che la società Poste Italiane è Stato: siccome non si tratta fattispecie che ricade nell'ambito di applicazione del principio di uguaglianza/non discriminazione da solo (clausola 4 della direttiva 1999/70/Ce), bensì di precetto che diviene preciso ed autoesecutivo solo mediante la applicazione congiunta delle clausole 4 ed 8, paragrafo 1, lo stesso non potrebbe avere efficacia orizzontale, perché costituirebbe disposizione non autoapplicativa del solo principio fondamentale di uguaglianza.

Di contro il combinato disposto delle due clausole costituirebbe disposizione *self executing*, con conseguente applicazione verticale ascendente, dunque contro lo Stato: uguale soluzione non si potrebbe adottare in una controversia tra privati, perché il principio di uguaglianza/non discriminazione (ad efficacia orizzontale) non potrebbe operare da solo, ma in uno con la clausola 8, paragrafo 1, che non ha efficacia orizzontale.

Ecco dunque le possibili ragioni della scarsa chiarezza della sentenza Carratù:

³⁵⁶ La distinzione trova fondamento testuale negli articoli 51, paragrafo 1, e 52, paragrafo 5, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella versione del 2007 ed in specie nel paragrafo 5 dell'art. 52: Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti.

³⁵⁷ Che ha avuto un atteggiamento ben diverso dalla Corte di cassazione italiana con riferimento all'art. 32, commi 5/7 del Collegato lavoro.

³⁵⁸ Cfr. sentenza della Corte del 30 maggio 2013, Causa C-168/13, Jeremy F.

- essa è antecedente la sentenza *Association de médiation sociale*, per cui i principi ivi espressi dalla Grande sezione non costituivano ancora diritto vivente della C.g.u.e.;

- notevoli sono le implicazioni che l'ampliamento dell'applicazione dei principi fondamentali comporta per effetto della loro combinabilità con altre disposizioni.

Il passaggio contenuto nella sentenza Carratù sul punto non è chiarissimo, volendo la Corte lasciarsi la possibilità di "correggere il tiro", anche in attesa del pronunciamento della Grande sezione.

All'esito delle due sentenze si può affermare che vi è un ampliamento della portata precettiva dei principi fondamentali, che operano anche combinati ad altre disposizioni, ove queste determinino la loro precisazione ovvero l'innalzamento in alto delle tutele. Con lo Stato operano immediatamente, mentre nei rapporti interprivati vi è una "chiamata" alla collaborazione/dialogo rivolto alle Corti costituzionali interne: esse devono dichiarare incostituzionali le contrarie disposizioni interne.

5. Le misure dell'emergenza: la a-causalità del contratto a termine.

Il più forte Governo degli ultimi anni, sostenuto da una maggioranza presidenziale che lo metteva al sicuro da ogni problema di stabilità, ha aggiunto, con la legge n. 92/12³⁵⁹, il comma 1-bis all'art. 1 del d.lgs. n. 368/01: *Il requisito di cui al comma 1 non è richiesto nell'ipotesi del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi, concluso fra un datore di lavoro o utilizzatore e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nel caso di prima missione di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell'articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.*

La disposizione, che potrebbe avere importanti conseguenze discriminatorie, nella originaria formulazione non poneva problemi di compatibilità con la clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce, posto che era applicabile solo in ipotesi di primo ed unico contratto di lavoro, che non richiede, ai sensi della clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce, la previsione di una necessaria misura ostativa.

Il successivo intervento legislativo (D.L. n. 76/2013) ha posto la normativa interna in una condizione di forte rischio di incompatibilità eurounitaria.

Infatti è stato previsto che la contrattazione collettiva, anche aziendale, può individuare ogni altra ipotesi di a-causalità³⁶⁰. È stato anche abrogato l'articolo 4, comma 2 bis, ovvero il divieto di proroga del contratto a-casuale. Ad oggi il contratto a termine a-causale può essere stipulato ordinariamente per un massimo di dodici mesi, comprensivo di proroghe e rinnovi, e la proroga deve

³⁵⁹ 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, pp.36 ss.

³⁶⁰Art. 1, comma 1-bis. Il requisito di cui al comma 1 non è richiesto: b) in ogni altra ipotesi individuata dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

riferirsi alla stessa attività per la quale il contratto è stato stipulato. È stato altresì abrogato il limite del 6% dei lavoratori assumibili con contratto a termine a-causale³⁶¹.

Dunque la proroga o reiterazione del primo contratto è oggi priva di misura ostativa, salvo la durata massima complessiva “ordinaria” di 12 mesi che si inserisce nel campo della clausola 5, paragrafo 1, lett. b) della direttiva 1999/70/Ce assicurando così la compatibilità con la stessa; detta durata può essere aumentata dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. La cancellazione del limite percentuale pone come unico limite quello ordinario generale dei 36 mesi (comunque per come si vedrà superabile), oltre un ultimo contratto successivo ai 36 mesi³⁶². È dunque possibile, con l’assistenza delle Oo.Ss. arrivare a contratti di durata maggiore dei 36 mesi.

Il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, *salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*. Ne deriva che la contrattazione può superare anche il limite dei 36 mesi: chiarissimo il problema di effettività di misure ostative³⁶³. La contrattazione collettiva può consentire contratti a termine a-causali di durata indefinita.

La norma inoltre sconta i medesimi problemi di compatibilità eurounitaria già evidenziati in altre occasioni³⁶⁴ in relazione alla possibile discriminatorietà del criterio selettivo delle Oo.Ss. legittimate alla firma.

In tale caso, come nell’ipotesi della assenza di misure ostative effettive in ragione dell’intervento di una contrattazione collettiva estremamente “larga”, è possibile ipotizzare la nullità dell’accordo per violazione di principio generale di ordine pubblico internazionale (violazione di obblighi eurounitari). Detta valutazione viene a dipendere dalla sensibilità del singolo operatore del

³⁶¹ Ad oggi la disposizione, come sostituita dall’art. 7 del D.L. n. 76/13, prevede: Il requisito di cui al comma 1 non è richiesto:

a) nell’ipotesi del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi comprensiva di eventuale proroga, concluso fra un datore di lavoro o utilizzatore e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nel caso di prima missione di un lavoratore nell’ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell’articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276;

b) in ogni altra ipotesi individuata dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

³⁶² Art. 5, comma 4-bis, penultimo periodo: un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l’assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto.

³⁶³ La circolare n. 35 del 29 agosto 2013 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha evidenziato che i contratti collettivi – anche aziendali – potranno prevedere che il contratto a-causale abbia una durata maggiore di dodici mesi e che possa essere sottoscritto da soggetti che abbiano avuto precedentemente un rapporto di lavoro subordinato.

³⁶⁴ Mi permetto di rimandare al mio Rappresentanza e rappresentatività tra ordinamento europeo e norme di diritto interno, in AGI, Diritto del lavoro anno zero? La contrattazione collettiva dopo l’accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e le novità della Manovra Finanziaria. Atti del Convegno Nazionale, Napoli 28-29 ottobre 2011, a cura di F. M. Putaturo Donati, E.S.I., Napoli, 2012.

diritto, con buona pace della certezza dello stesso. È in ogni caso chiaro che la *durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi* è nozione di diritto europeo, che consiglia³⁶⁵ di sollecitare le valutazioni della C.g.u.e. con proposizione di specifica questione interpretativa pregiudiziale sul punto.

Peraltro anche la sola ordinaria previsione di contratti a-causali annuali potrebbe ritenersi che determini effetti discriminatori; infatti, a fronte di esigenze stabili, è ben possibile stipulare plurimi contratti a termine a-causali con lavoratori con ridotta professionalità che sono, per tale ragione, intercambiabili, determinandosi dunque che lavoratori con minore professionalità rimangono più a lungo o indefinitamente in una situazione di precariato.

Senza alcuna pretesa di doti di chiarezza è ben agevole prevedere che, a fronte della certezza che la azienda, alla scadenza del fatidico anno, muti i precari che abbiano da spendere solo una professionalità di basso livello, le Oo.Ss., anche aziendali che sono legittimate alla firma, approveranno qualsiasi accordo loro sottoposto (*ex lett. b del comma 1-bis dell'art. 1 ed ex art. 5, comma 4-bis*), onde evitare la espulsione degli stessi dal circuito produttivo aziendale, in specie nell'attuale momento di crisi economica: è un dato quasi certo che, per tali categorie di lavoratori, vi possano essere contratti a termine a-causali pluriennali. Vi è da chiedersi se la scelta legislativa di consentire la firma degli accordi in deroga anche alle Oo.Ss. aziendali non sia stata pensata proprio al fine di consentire contratti a termine a-causali liberi.

Ove si dovesse riscontrare una maggiore percentuale di lavoratori precari per professionalità di basso livello, quale effetto della a-causalità del contratto a termine, si dovrebbe ritenere la sussistenza di discriminazione ed essa sarebbe sanzionabile?

La direttiva antidiscriminatoria (*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*), esplicita alcuni aspetti del principio di uguaglianza/non discriminazione (limitandolo alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali), ritenuto principio cardine del diritto della Unione, pre-esistente alla direttiva stessa³⁶⁶ e che trova in parte esplicitazione nell'art. 19³⁶⁷ del T.F.U.E. già 13 C.E.

Il principio generale di uguaglianza costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità. Le disposizioni sull'uguaglianza di fronte alla legge appartengono alle tradizioni costituzionali comuni

³⁶⁵ Impone per i Giudici di ultima istanza ex art. 267 del TfUE: La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:

a) sull'interpretazione dei trattati;

b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte.

³⁶⁶ Cfr. Sentenza della Corte, Grande sezione, 22 novembre 2005, procedimento C-144/04, Mangold.

³⁶⁷ Articolo 19, paragrafo 1: Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

degli Stati membri. Inoltre, dichiarazioni generali sulla parità di trattamento compaiono in diversi strumenti internazionali. In particolare l'art. 14 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo (intitolato «Divieto di discriminazione») dispone: «[i]l godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione». È quindi plausibile considerare il principio generale di uguaglianza come «il principio stesso [sottostante al] divieto [delle] forme di discriminazione [elencate nell'art. 13 CE]», che trova la sua «fonte» «[nei 'considerando' della] direttiva (...), in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»³⁶⁸.

Il principio è esplicitato, con le medesime parole, nella Carta di Nizza e nella versione consolidata provvisoria del Trattato che istituisce l'UE³⁶⁹ ed è già oggetto della *Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*³⁷⁰.

La a-causalità del primo contratto a termine può determinare la marginalizzazione/esclusione sociale delle persone dotate di minore professionalità e, dunque, di persone aventi, probabilmente, diversa ed inferiore origine sociale e ricchezza (cfr. anche l'art. 19 T.f.U.e.)³⁷¹.

Posto che il diritto dell'Unione deve rispettare i principi generali fondanti, che discendono dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, trasfusi nella Carta e.d.u., anche gli Stati, quando applicano il diritto dell'Unione, devono rispettare detti principi (che comunque sarebbe auspicabile rispettassero in ogni caso): dunque la sussistenza di un problema di difficile compatibilità appare in tutta la sua evidenza.

Malauguratamente detta discriminazione non è assistita dalla tutela e dai rimedi di cui alla direttiva specifica (2000/78/CE) e dalla normativa interna di recepimento (d.lgs. n. 216/03), per cui non si ha a disposizione lo specifico rimedio previsto (cfr. altresì l'art 28 del d.lgs. n. 150/11³⁷²), quanto piuttosto la applicazione diretta del principio generale di uguaglianza, dai margini più incerti, ma comunque direttamente operante anche nei rapporti interprivati.

³⁶⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston, presentate il 22 maggio 2008 nella causa C 427/06, Bartsch, punto 42.

³⁶⁹ Cfr. art. II-21: (Non discriminazione) È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

³⁷⁰ Articolo 14, divieto di discriminazione: Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione.

³⁷¹ Da rilevarsi il contrasto anche con la Decisione del Consiglio del 27 novembre 2000 (2000/750/CE) che istituisce un programma d'azione comunitario per combattere le discriminazioni (2001-2006) ed in specie con l'11° considerata e con l'art. 8.

³⁷² Cfr. in particolare il comma 5: Con l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti. Al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, il giudice può ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate. Nei casi di comportamento discriminatorio di carattere collettivo, il piano è adottato sentito l'ente collettivo ricorrente.

La tutelabilità eurounitaria del principio di uguaglianza indipendentemente dalla sua sussumibilità dell'ambito della direttiva 2000/78/Ce è stata affermata in maniera inequivocabile nella sentenza Mangold³⁷³: *In secondo luogo, e soprattutto, la direttiva 2000/78 non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro. Infatti, tale direttiva, ai sensi del suo art. 1, ha il solo obiettivo di «stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali», dal momento che il principio stesso del divieto di siffatte forme di discriminazione, come risulta dai 'considerando' 1 e 4 della detta direttiva, trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri...*

Di conseguenza, il rispetto del principio generale della parità di trattamento, in particolare in ragione dell'età, non dipende, come tale, dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva intesa a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'età, in particolare per quanto riguarda l'organizzazione degli opportuni strumenti di ricorso, l'onere della prova, la protezione contro le ritorsioni, il dialogo sociale, le azioni positive e altre misure specifiche di attuazione di una siffatta direttiva.

Ciò considerato, è compito del giudice nazionale, investito di una controversia che metta in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età, assicurare, nell'ambito di sua competenza, la tutela giuridica che il diritto comunitario attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale (v., in questo senso, sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal, Racc., pag. 629, punto 21, e 5 marzo 1998, causa C 347/96, Solred, Racc. pag. I 937, punto 30).

Dunque ai principi fondamentali ed in specie al principio di uguaglianza/non discriminazione deve essere data attuazione immediata e diretta anche nei rapporti interprivati³⁷⁴, indipendentemente dalla circostanza che la disuguaglianza ricada o meno nelle ipotesi indicate "in particolare" nella direttiva anti discriminatoria e dall'art. 10 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, trattandosi comunque di disuguaglianze non consentite.

Appare chiaro che la a-causalità indiscriminata del contratto a termine determina margini di incertezza ordinamentale di cui di certo non vi è bisogno alcuno.

6. Il precariato pubblico in genere. Il risarcimento del danno

Il precariato pubblico non sfugge alla applicazione del d.lgs. n. 368/01 né, ovviamente, agli estemporanei interventi legislativi.

È necessaria una premessa.

Lo Stato di diritto è tale ove la sottoposizione alla legge e, nel caso di specie, a quel complesso sistema di fonti integrate che siamo tenuti ad applicare, sia garantita nei confronti di tutti. Le interpretazioni non possono seguire le convenienze del momento, pena la fine stessa della garanzia democratica.

³⁷³ Sentenza della C.g.u.e. (Grande Sezione) del 22 novembre 2005, C-144/04.

³⁷⁴ Ex plurimis, di recente, C.g.u.e. sentenza Küçükdeveci, causa C-555/07, del 19.1.10, ove si afferma: Il principio di non discriminazione in base all'età è un principio generale del diritto dell'Unione, in quanto rappresenta un'applicazione specifica del principio generale della parità di trattamento.

Il sistema pubblico è stato caratterizzato, fino al 2007 (*rectius* fino all'1.4.09), dalla sola sanzione risarcitoria di cui all'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165/01 che dispone: *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.*

La riqualificazione del contratto, da tempo determinato ad indeterminato non è indispensabile per l'attuazione della direttiva 1999/70/Ce, potendo essere limitata (o non prevista) in presenza di *condizioni* stabilite dallo Stato membro³⁷⁵.

L'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/01 non è disposizione regolatrice specificamente la illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro, ma istituto di carattere generale: esso non pone solo un ostacolo agli effetti della declaratoria di nullità del termine apposto illegittimamente al contratto di lavoro, ma trova applicazione in relazione a tutte le ipotesi di violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori (cfr. contratti nulli, contratti di collaborazione coordinata e continuativa, contratti di somministrazione, annullamenti, anche in autotutela, di procedure concorsuali, etc). Da questa premessa ne deriva la considerazione che sia difficile ipotizzare che il disposto operi su un piano corrispondente alla clausola nulla, ovvero sia una eccezione al principio di cui all'art. 1419 c.c., o ancora operi sul piano di cui al co. 2 dell'art. 1419 c.c. (nullità parziale e sostituzione con norme imperative delle clausole nulle). Esso dunque non sembra incidere sul contenuto del contratto determinandone la nullità, ma sul diverso piano della regolazione degli effetti del contratto (nel caso in esame avente clausola relativa al termine nulla). Non sarebbero altrimenti sussumibili, come invece è d'obbligo, sotto il medesimo istituto fattispecie del tutto diverse quali, ad esempio, quella relativa ad un contratto carente del requisito della forma scritta³⁷⁶, come l'ipotesi di selezione irregolare con annullamento del bando, come la carenza di requisiti del lavoratore selezionato, fino ad arrivare ad ipotesi di annullamento in autotutela della procedura concorsuale o selettiva.

Costituisce corollario di tale considerazione che dalla nullità del termine apposto al contratto derivi che lo stesso debba ritenersi *ab origine* a tempo indeterminato, ma che dall'art. 36, comma 5, derivi la impossibilità di esecuzione dello stesso (la disposizione ne impedirebbe la verifica degli effetti), con conseguenti effetti risolutivi.

Questa soluzione può portare ad un risarcimento del danno di 15+2,5/12 mensilità di retribuzione in ragione dell'intervento della legge n. 183/10 ed in particolare dell'art. 32, commi 5 e 7, da un lato e, comma 3, dall'altro.

Il comma 3 ha equiparato molte ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro sotto un *genus* ampio la interruzione del contratto dovuta ad atto o fatto *contra legem*, prevedendo la applicabilità di

³⁷⁵ Cfr. sentenze Marrosu e Sardino, nonché Vassallo, cit.

³⁷⁶ Artt. 16 e 17 R.D. 18.11.1923 n. 2440; art. 35, comma 1, d.lgs. n. 165/01. Cfr., ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 15 dicembre 2005, n. 7147; Sez. I, 3 luglio 2002, n. 1849; Cass. civ., II, 25 novembre 2003, n. 17891.

un medesimo termine impugnatorio decadenziale³⁷⁷. Ne consegue che diviene, per effetto della predetta disposizione, situazione analoga di diritto interno il recesso con tutela reale e, dunque, le conseguenze risarcitorie derivanti dalla illegittima apposizione del termine con la P.A.³⁷⁸.

Il rapporto di lavoro con la P.A. è non solo assistito da tutela reale (estesa anche alla dirigenza³⁷⁹), ma questa non può chiudere l'attività ovvero andare in decozione, diversamente dall'imprenditore privato, nei cui confronti si applica la tutela reale. La forza economica di un imprenditore con più di 15 dipendenti è infinitamente inferiore a quella dello Stato. Di contro con lo Stato, diversamente che con il privato, non si fa luogo a conversione del contratto a termine.

Ne deriva che le due situazioni, pur comparabili, presentano comunque una situazione di svantaggio per il lavoratore a termine con la P.A., giustificabile solo in forza dell'art. 97 comma 3 della Costituzione, interpretato in stretta correlazione con l'art. 35 del d.lgs. n. 165/01 (giustificabile solo ove non si sia fatto in alcun modo luogo a procedure selettive, apparendo altrimenti il rimedio sproporzionato rispetto lo scopo perseguito di selezione dei migliori³⁸⁰: è evidente che se la selezione sia stata operata ex art. 35 d.lgs. n. 165/01 non vi è principio selettivo/concorsuale da salvaguardare³⁸¹).

In linea generale quindi la circostanza che nell'impiego privato, per effetto dell'art. 32, commi 5 e 7, della legge n. 183/10, il risarcimento ivi previsto si sommi alla conversione, dovrebbe determinare, stante la equiparabilità normativa delle situazioni (cfr. il predetto comma 3), che, per rispettare il principio di equivalenza, la indennità di cui all'art. 32, commi 5 e 7, debba sommarsi alla ulteriore posta risarcitoria, compensativa della perdita del posto di lavoro. Parzialmente in questo senso, ma in chiaro ed inesperto contrasto con il resto della giurisprudenza della Sezione lavoro, la sentenza n. 19371/13³⁸² della Corte di cassazione che fa applicazione diretta (non parametrica) dell'art. 32, commi 5/7 della legge n. 183/10, senza porsi ed affrontare il problema che la indennità risarcitoria è prevista per il solo caso di conversione del contratto di lavoro, in sostituzione del lucro cessante e si affianca alla conversione del contratto.

³⁷⁷ Art. 32, comma 3: Le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano inoltre: a) ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto; b) al recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche nella modalità a progetto, di cui all'articolo 409, numero 3), del codice di procedura civile; c) al trasferimento ai sensi dell'articolo 2103 del codice civile, con termine decorrente dalla data di ricezione della comunicazione di trasferimento; d) all'azione di 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, con termine decorrente dalla scadenza del medesimo.

³⁷⁸ Non l'ipotesi del superamento dei 36 mesi, non essendo richiamato nel comma 3 l'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01.

³⁷⁹ Ex plurimis, da ultimo Cass. Sez. lav., sentenza n. 18198 del 29/07/2013.

³⁸⁰ Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 9 settembre 2003, procedimento C-285/01, Isabel Burbaud c/ Ministère de l'Emploi et de la Solidarité.

³⁸¹ Diviene a questo punto inspiegabile l'orientamento della Cassazione (sentenze nn. 392/12 e 4417/12, come anche 10127/12), che fanno riferimento al concorso pubblico in relazione a fattispecie per le quali lo stesso non è previsto. Peculiare il ragionamento di Cass. 18618 del 05/08/2013 (al Comune non era consentito stipulare più contratti a termine in sequenza con il medesimo lavoratore, pena l'esposizione alle sanzioni previste dall'art. 36 del decreto legislativo 165 del 2001) che finisce con il legittimare una prassi che raggira gli obblighi di cui alla direttiva 1999/70/Ce e contraria ai principi espressi da ultimo dalla Corte di giustizia nella sentenza 26 gennaio 2012, C-586/10, Bianca Küçük contro Land Nordrhein-Westfalen, punto 40 e già prima nella sentenza Angelidaki.

³⁸² Cass., Sez. lav., Pres. Lamorgese, Est. Manna, sentenza 21 agosto 2013, n.19371. La Suprema Corte 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 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.

Appare difficile giustificare, alla luce del principio di equivalenza, che allo svantaggio determinato dalla mancata conversione, si aggiunga l'ulteriore svantaggio determinato dalla mancata corrispondenza della indennità sostitutiva della stessa, prevista dall'art. 18 della L. n. 300/70. Anche dalla sentenza Carratù sono evincibili argomenti in questo senso. La tutela ex art. 18 e la tutela di diritto comune, fino alla data di entrata in vigore del Collegato lavoro, prevista per i contratti a termine "privati" sono equiparate: fino alla medesima data il principio di equivalenza imporrebbe la applicazione delle conseguenze risarcitorie di cui all'art. 18 (nel testo precedente alla legge n. 92/12), quantomeno con riferimento alla l'indennità sostitutiva prevista dalla suddetta disposizione.

Il comma 5 ha posto una presunzione *iuris et de iure* di danno minimo (2,5 mensilità), anche in ipotesi di assenza di danno effettivo: pertanto tale importo non dovrebbe avere natura di danno economico; si garantisce una effettiva efficacia dissuasiva e sanzionatoria all'ordinamento interno, nel rispetto degli obblighi derivanti dalla appartenenza alla U.E., anche quando, sulla base dei comuni criteri risarcitori, non vi è sanzione certa.

La applicazione del comma 7 nei giudizi in corso produce conseguenze favorevoli ai lavoratori abusati dallo Stato che, con la disposizione in parola, ha adeguato (senza averne probabilmente consapevolezza né intenzione) il proprio ordinamento a quello eurounitario. Si è prevista infatti, in ipotesi di reiterazione dei contratti a termine, una misura sanzionatoria che, come qui interpretata, è sempre dotata di effettività e dissuasività: tanto premesso nei confronti dello Stato non sembra sussistere alcun ostacolo alla sua operatività (diversamente invece nei rapporti interprivati).

Così delineato l'ambito applicativo della "indennità risarcitoria" dovrebbe concludersi che essa compensi una tipologia di danno, presunto *ex lege* ed ancorato ai criteri di cui all'art. 8 della legge 604/66, che nulla ha a che vedere con la perdita del posto di lavoro, da risarcirsi autonomamente, in forza del più volte richiamato principio di equivalenza.

È quasi superfluo sottolineare che la applicazione del disposto di cui all'art. 32, commi 5 e 7, può essere effettuata solo in via parametrica, considerata la inapplicabilità diretta della disposizione in parola all'ipotesi in esame, in assenza di conversione del contratto (la indennità risarcitoria è prevista solo *nei casi di conversione del contratto a tempo determinato*).

L'indennità copre sia il danno economico (lucro cessante), che il danno non economico, fissando, anche in caso di immediata proposizione del ricorso, un danno minimo pari a 2,5 mensilità. Posto che nel caso *de quo* la c.d. conversione del contratto non sembra possibile (salvo quanto si dirà circa l'ipotesi in cui il lavoratore a termine abbia superato i 36 mesi), deve essere scorporato il danno economico *sub specie* di lucro cessante. Tanto premesso il danno non economico deve essere valutato in misura ridotta rispetto al danno liquidabile ex art. 32, commi 5 e 7.

Un criterio guida può ritrovarsi nel comma 6 dell'art. 32 (*In presenza di contratti ovvero accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie, il limite massimo dell'indennità fissata dal comma 5 è ridotto alla metà*) e nell'art. 50 della legge n. 183/10 che, in ipotesi di una effettiva possibilità di costituzione di rapporto di lavoro a tempo indeterminato, riducono il danno tra 2,5 e 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. La ragione per cui alla effettiva possibilità di costituzione del rapporto di lavoro a tempo

indeterminato corrisponda la riduzione del risarcimento, sembra da rapportarsi alla circostanza che detta condotta riduce la componente non patrimoniale del danno (vista la certa futura costituzione del rapporto di lavoro). Il legislatore stima detta componente in misura pari, nel massimo, alla metà del danno totale, per cui la componente patrimoniale vale 6 mensilità (la differenza tra le due indennità nella misura massima). Per sottrazione si può ritenere che il danno non patrimoniale sia dal legislatore stimato, nella misura massima, in 6 mensilità.

Per quanto riguarda specificamente il danno da perdita del posto di lavoro, proprio la indicata comparabilità con il recesso assistito da tutela reale, in forza del comma 3 dell'art. 32 della l. n. 183/10, induce, in ragione del principio di equivalenza, a fare riferimento alla indennità sostitutiva di cui all'art. 18 della legge n. 300/70 (applicabile *alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti*: art. 51, comma 2, d.lgs. n. 165/01)³⁸³, posto che il "valore" del posto di lavoro sia quantificato dal legislatore in tale misura. La equiparazione operata, pur dal 24.11.10 (decorsi i 15 giorni dalla pubblicazione della Legge n. 183/10 in G.U.) costituisce criterio, di fonte normativa, atto a guidare la discrezionalità del giudicante nella determinazione del danno da perdita del posto di lavoro.

Detta opzione interpretativa è parzialmente condivisa (quanto all'applicazione della indennità risarcitoria), dalla Commissione europea nelle osservazioni depositate nella causa C-50/13, Papalia³⁸⁴.

La stessa, ricordando quanto indicato dal Giudice di rinvio nella causa Carratù, ha sottolineato come sia difficile giustificare che i lavoratori pubblici non solo non beneficino della conversione del contratto, ma neppure del criterio risarcitorio di cui all'art. 32, commi 5/7 del Collegato lavoro, dubitando così della compatibilità del meccanismo risarcitorio di cui all'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/01 con l'accordo quadro.

Appare dunque evidente come l'improvvido legislatore, privo di un consapevole disegno riformista e della volontà di intervenire, per quanto effettivamente serve, sui contratti a termine, anche nel settore pubblico, finisca col creare una situazione di ingovernabilità: una disposizione che aveva l'effetto di ridurre per l'imprenditore pubblico i danni da corrispondere, può costituire criterio risarcitorio utile a liquidare ingenti danni a suo carico.

Peraltro, nonostante le osservazioni della Commissione europea³⁸⁵, la decisione della causa

³⁸³ Si riferisce alla disposizione nella formulazione antecedente la riforma Fornero che ancora disciplina, secondo parte della dottrina, il licenziamento ingiustificato da parte del datore di lavoro pubblico. Si veda E. PASQUALETTO, La questione del pubblico impiego privatizzato,.... 52; per analoghe conclusioni si v. F. CARINCI, Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, in ADL, 2013, 3, 470 s.; A. BOSCATI, La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico, ... 1001; G. GENTILE, I dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ... 227; M. GERARDO, A. MUTARELLI, Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik), in LPA, 2013, 197 s. Secondo R. DEL PUNTA, Sull'applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico, pag. 420, la locuzione «per quanto da esse non espressamente previsto», che rappresenta la chiave del problema a livello esegetico, andrebbe invece intesa come se fosse scritto «fatte salve diverse disposizioni».

³⁸⁴ Punti 22/28.

³⁸⁵ 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

Papalia³⁸⁶ è stata ben più dura per l'Italia³⁸⁷. Infatti, preso atto della assoluta incertezza del criterio risarcitorio evincibile dal comma 5 dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 come rappresentato (ad avviso di chi scrive in maniera assolutamente corretta) dal Tribunale di Aosta³⁸⁸, che impone al lavoratore del settore pubblico di provare che il proseguimento del rapporto di lavoro, in base a una successione di contratti a tempo determinato illegittimi, l'abbia indotto a dover rinunciare a migliori opportunità di impiego, la Corte dichiara che il diritto dell'Unione osta all'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001.

Nel ragionamento preliminarmente dimostra di avere non pochi dubbi circa la genuinità della difesa erariale la quale sosteneva 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 di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato; per l'Avvocatura dello Stato³⁸⁹ il lavoratore abusato potrebbe 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 (punto 27 della sentenza della C.g.u.e.)³⁹⁰. Infatti al punto 33 si esprime con le seguenti parole: *ammesso che risultino provate, le affermazioni del governo italiano, richiamate nel punto 27 della presente ordinanza...*

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».

³⁸⁶ C.g.u.e., ordinanza 12 dicembre 2013, causa C-50/13, Papalia.

³⁸⁷ La difesa del Signor Papalia in Corte di giustizia 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. La esaurività delle osservazioni scritte del Governo italiano ha evidentemente reso superflua detta trattazione orale ed ha probabilmente indotto la Corte europea a decidere con un'ordinanza tranchant e molto forte nei confronti del legislatore nazionale e delle Pubbliche Amministrazioni italiane.

³⁸⁸ 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.»

³⁸⁹ Il punto 21 delle osservazioni scritte del Governo italiano nella causa Papalia costituisce la parte della difesa erariale, sull'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001, che sarà richiamata con (eufemisticamente) evidente diffidenza 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 elementi precisi e concordanti che, non potendosi qualificare come prova piena, possano almeno fondare un convincimento induttivo sul pregiudizio ragionevolmente subito dal dipendente "abusato" con i contratti a termine reiterati. Non pare inverosimile che l'onere della prova, così inteso, possa costituire un eccessivo aggravamento dell'esercizio del diritto tanto da renderlo in concreto di impossibile applicazione.»

³⁹⁰ 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.»

La Corte conclude affermando che la direttiva 1999/70/Ce osta alla norma interna che prevede soltanto *il diritto di ottenere il risarcimento del danno...*, restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, in ragione delle modalità del risarcimento. Siccome la struttura della disciplina del risarcimento del danno non sembra possa essere cambiata, osterebbe la normativa europea al divieto di trasformazione.

La circostanza che la Corte sembri aver perso la pazienza con l'Italia non deve sembrare ingiustificata.

Il Tribunale di Rossano³⁹¹ aveva sollevato questione pregiudiziale³⁹² che riguardava tutto il precariato pubblico per comprendere, alla luce del principio di uguaglianza³⁹³, ed in ragione della possibilità di differenziare le misure ostative (e le sanzioni), se l'assai variegato sistema interno fosse conforme alla clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce. La questione, di ordine sistematico, era stata ben compresa dal Presidente della Corte di giustizia che, con Ordinanza del 16 marzo 2010, nel rigettare la richiesta di giudizio accelerato, aveva sottolineato: *Alla luce di ciò, il giudice del rinvio chiede se le disposizioni dell'ordinamento nazionale destinate a recepire la direttiva 1999/70 nonché l'accordo quadro e, in particolare, quelle di cui all'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165/2001, e successive modifiche, possano essere considerate misure generali che garantiscono in modo efficace la prevenzione e la sanzione nei confronti dell'uso abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato, dal momento che, in particolare, dette disposizioni introducono disparità di trattamento in base alle categorie di lavoratori interessate.* Si tratta sostanzialmente della medesima questione affrontata dall'Avvocato generale, in maniera certamente più puntuale, nelle conclusioni presentate nella causa Jansen³⁹⁴. Quando la Corte, nella causa Affatato, ha statuito di non decidere questioni necessarie a verificare la compatibilità dell'art. 36, comma 5, alla luce dell'inciso della clausola 5 afferente la possibilità di differenziare le misure ostative *in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori*, potrebbe avere avuto un certo peso la circostanza che la Corte ha inteso le difese dello Stato italiano nel seguente modo: *...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. Inoltre, l'art. 36, quinto comma, del d.lgs. n. 165/2001, come modificato nel 2008, prevedrebbe, oltre al diritto del lavoratore interessato al risarcimento del danno subito a causa della violazione di norme imperative e all'obbligo del datore di lavoro responsabile di restituire all'amministrazione le somme versate a tale titolo quando la violazione sia dolosa o derivi da colpa grave, l'impossibilità*

³⁹¹ Trib. Rossano (Est. Coppola), ordinanza 5 gennaio 2010 in causa C-3/10 Affatato c/ ASL di Cosenza, pubblicata su GUUE del 13 marzo 2010, n. C 63/64.

³⁹² Causa C-3/10, Affatato.

³⁹³ 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.».

³⁹⁴ Conclusioni del 15.3.11 nella causa C-313/10, Jansen.

del rinnovo dell'incarico dirigenziale del responsabile, nonché la presa in considerazione di detta violazione in sede di valutazione del suo operato. ...una disciplina nazionale siffatta potrebbe soddisfare i requisiti ricordati nei punti 45-47 della presente ordinanza.

Anche la Commissione europea ha ritenuto, due mesi dopo l'ordinanza Affatato³⁹⁵, che superati i 36 mesi fosse possibile costituire un rapporto di lavoro con la P.A. (*l'articolo 5, punto 4 bis del D.Lgs. n. 368 del 6 settembre 2001 prevede che uno o più contratti di durata superiore ai tre anni siano considerati contratti a durata indeterminata*)³⁹⁶.

Da segnalare che la Ordinanza Papalia parte dal presupposto, sottolineato, 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. Di conseguenza, l'esame della presente questione pregiudiziale dev'essere effettuato alla luce dell'interpretazione del diritto nazionale fornita dal giudice del rinvio.* La ricostruzione non sembra ultronea, posto che la normativa come ricostruita dal Giudice di rinvio è in antitesi al diritto eurounitario. In altra questione pendente (causa C-22/13 Mascolo) la ricostruzione del giudice interno è ben diversa ed aperta alla possibilità di costituire rapporti di lavoro a tempo indeterminato con la P.A., al verificarsi del superamento dei 36 mesi. Ciò fa pensare che, in detta controversia, le conclusioni della C.g.u.e. potrebbero essere nel senso della conformità della ricostruzione offerta dal Giudice interno ai principi del diritto eurounitario.

Peraltro vi è da segnalare che l'unica differenza tra quanto statuito dalla C.g.u.e. nell'Ordinanza Papalia e tutte le precedenti in materia di contratti a termine pubblici italiani è costituita dalla circostanza che, con la pronuncia Papalia, la Corte ha la certezza della incompatibilità. I principi espressi in precedenza erano assolutamente analoghi, lasciandosi al Giudice interno la verifica finale della compatibilità, *prima facie* ritenuta esistente: ne deriva che alcune delle sentenze interne, quelle che tale contrasto non hanno riconosciuto, potrebbero aver violato il diritto eurounitario.

Costituisce un (tardivo?) tentativo di riconoscimento di danno effettivo la già indicata sentenza n. 19371/13 della Corte di cassazione, che fa applicazione, come detto diretta (non parametrica), dell'art. 32, commi 5/7, della legge n. 183/10³⁹⁷. L'art. 32, comma 5, presuppone però la conversione del contratto di lavoro, per cui certamente il danno liquidato non attiene alla perdita del posto di lavoro, non compensa il lavoratore pubblico della situazione di miglior favore in cui versa il lavoratore privato. In effetti la sentenza, pur segnalandosi per un primo tentativo di individuare una regola risarcitoria, presenta alcune incertezze. In particolare non è condivisibile la affermazione che *la distinzione tra il regime sanzionatorio del settore pubblico e di quello privato è stata*

³⁹⁵ 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, p.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 *Riv.it.dir.lav.*, 2011, II, p.859-865.

³⁹⁶ Risposta fornita, a seguito di una interrogazione scritta del Parlamentare europeo On. Rita Borsellino, dal Commissario europeo Laszlo Andor a nome della Commissione in data 10.5.10 (atto E-2354/10). <http://www.europarl.europa.eu/sides/get-Doc.do?type=WQ&reference=E-2010-2354&language=IT>

³⁹⁷ Peraltro quantomeno il comma 7 dell'art 32 sconta problemi di compatibilità eurounitaria evidenziati dalla Corte di giustizia nella sentenza Carratù.

più volte rimarcata dalla giurisprudenza della CGUE (cfr., *ex aliis*, sentenza 1° 10.2010, causa C-3/10, *Affatato*). Di contro la C.g.u.e. ha segnalato la mera possibilità e non necessità di distinguere il regime sanzionatorio, senza peraltro mai spiegare in cosa consisterebbe il settore pubblico³⁹⁸ ed evidenziando che la conformità della normativa interna non era un dato acquisito, ma doveva essere oggetto di puntuale verifica.

Meriterebbe un più approfondito inquadramento sistematico la affermazione che *va applicato d'ufficio (anche riguardo a rapporto intercorso con una pubblica amministrazione) l'art. 32 legge 4.11.10 n. 183, ... quale ius superveniens*. La affermazione si inquadra in quel solco giurisprudenziale teso all'ampiamiento, oltre lo stretto dettato normativo, delle ipotesi di applicazione della indennità risarcitoria³⁹⁹; nel caso di specie detto ampiamiento, pur possibile in via parametrica, appare impossibile in via diretta, visto il dettato normativo (*Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna alla indennità risarcitoria*) e lascia sfornito di tutela risarcitoria gran parte del danno.

Comunque si tratta di un importantissimo primo passo, nel tentativo di fornire tutela a situazioni nelle quali la tutela è del tutto assente, pur dovendosi rimarcare che anche questa sentenza si caratterizza per il richiamo al principio del pubblico concorso, senza spiegare se nel caso concreto esso fosse necessario e non fosse stato espletato. Se era necessario il pubblico concorso, il contratto di lavoro poteva ben stimarsi contrario a principio fondamentale dell'Ordinamento (art. 97, comma 3, della Costituzione) e dunque affetto da nullità radicale: pertanto il danno non risarcibile. Se non era necessario, ovvero il concorso era stato espletato, il richiamo all'art. 97, comma 3, della Costituzione sarebbe erroneo e fuorviante. La verità è che il pubblico concorso è richiamato sovente senza ragione dalla giurisprudenza per spiegare una non convertibilità del contratto di lavoro a termine che, altrimenti, si fonderebbe solo sull'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/01 ed, al massimo, sull'art. 97, comma 1, della Costituzione.

7. Il superamento dei 36 mesi.

Il legislatore ha introdotto la misura ostativa della *durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi*, con la legge 24 dicembre 2007, n. 247, che ha modificato l'art. 5 del d.lgs. n. 368/01, introducendo il comma 4-bis (cfr art 1, comma 40, legge n. 247/07). Esso dispone:

4-bis. Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di

³⁹⁸ La questione è stata oggetto delle conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C-313/10, *Jansen*, presentate il 15 settembre 2011. Questi ha ritenuto che solo la qualificazione giuridica del datore di lavoro, sia esso una persona di diritto privato o una persona di diritto pubblico, poco importi nell'ambito dell'applicazione della clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce... il settore pubblico non dovrebbe rientrare nella nozione di «settori specifici» ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, poiché mansioni perfettamente identiche possono essere espletate dai dipendenti del settore pubblico e da quelli che lavorano nel settore privato... un'interpretazione della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro che riservi una sorte particolare agli impieghi rientranti nel settore pubblico potrebbe condurre ad 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... la portata della nozione di settore pubblico varia in maniera troppo ampia in relazione alle concezioni adottate nei vari Stati membri.

³⁹⁹ Corte di cassazione Sez.lav., sentenza n. 1148 del 17/01/2013, nonché Sez.lav., sentenza n. 13404 del 29/05/2013.

interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2. In deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto. In caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato (il comma è stato poi così modificato dal Decreto Legge 25 giugno 2008, n. 112, come convertito: Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti e fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2. In deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto. In caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato).

Il comma 4-ter prevede espressamente una ipotesi di esenzione nella applicazione del comma 4-bis che però non riguarda la P.A.: quando il legislatore ha ritenuto di escludere la applicazione del comma 4-bis, lo ha fatto esplicitamente (*attività stagionali definite dal decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525..., nonché di quelle che saranno individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative*).

Il comma 43 dell'art. 1 della legge n. 247/07 prevede una disciplina transitoria, statuendo che *in fase di prima applicazione delle disposizioni di cui ai commi da 40 a 42:*

a) i contratti a termine in corso alla data di entrata in vigore della presente legge continuano fino al termine previsto dal contratto, anche in deroga alle disposizioni di cui al comma 4-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dal presente articolo;

b) il periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della presente legge si computa, insieme ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di cui al citato comma 4-bis, decorsi quindici mesi dalla medesima data.

La nuova disciplina opera dunque, con valutazione dei periodi pregressi di lavoro, dal 1° aprile 2009.

Contemporaneamente il legislatore ha modificato il d.lgs. n. 368/01, con la contestuale legge n. 244, sempre del 24 dicembre 2007, vietando alla P.A. di procedere alla stipula di contratti a termine (cfr. il testo allora vigente a seguito della sostituzione operata dall'articolo 3, comma 78, legge n. 24 dicembre 2007, n.244). Il legislatore in particolare ha previsto:

1. Le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo 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.

2. In nessun caso è ammesso il rinnovo del contratto o l'utilizzo del medesimo lavoratore con altra tipologia contrattuale.

3. Le amministrazioni fanno fronte ad esigenze temporanee ed eccezionali attraverso l'assegnazione temporanea di personale di altre amministrazioni per un periodo non superiore a sei mesi, non rinnovabile.

4. Le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 non possono essere derogate dalla contrattazione collettiva....

È stato quindi previsto un divieto generalizzato di assunzioni a termine ed un divieto categorico di procedere al rinnovo del contratto con il medesimo lavoratore: la sanzione di cui all'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01, come contestualmente introdotta, non veniva dunque ad operare nei confronti della P.A., non in forza di una previsione normativa interna all'art. 5, ma *ab externo*, in forza dello specifico divieto di reiterazione nelle assunzioni di cui al d.lgs. n. 165/01.

Con il D.L. n. 112/08 è stato rimosso il divieto di reiterazione dei contratti di lavoro a termine previsto con la L. 244/07, con ciò eliminando l'ostacolo al verificarsi dell'evento sanzionato dall'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01 (il superamento dei 36 mesi). Lo stesso legislatore (con il medesimo D.L. n. 112/08) è intervenuto sulla specifica disciplina del contratto a termine (d.lgs. n. 368/01) con l'art. 21, inserendo da un lato l'art. 4-bis (poi dichiarato incostituzionale) e dall'altro operando proprio sull'art. 5, comma 4 bis, nonché sul comma 4-quarter⁴⁰⁰.

Anche la legge n. 102/09 sembra deporre nel senso della operatività dell'intero articolo 5, comma 4-bis, alla P.A. L'art. 17 ha modificato l'art. 36 del d.lgs. n. 165/01 prevedendo, al comma 5-bis, che *Le disposizioni previste dall'articolo 5, commi 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano esclusivamente al personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b), del presente decreto*. Il legislatore, intervenendo espressamente sul coordinamento tra l'art. 5 del d.lgs. n. 368/01 e l'art. 36 del d.lgs. n. 165/01 non ha ritenuto di dover escludere la operatività del comma 4-bis, ma solo di diversi e successivi commi del medesimo articolo 5, che peraltro sono stati inseriti dalla legge n. 247/07

⁴⁰⁰ Difficile sostenere un difetto di coordinamento tra norme quando il medesimo legislatore modifica l'art. 36 da una parte, rimuovendo il divieto alla stipula e rinnovo dei contratti a termine con la P.A., e modifica contestualmente proprio il comma 4-bis, senza prevedere alcun ostacolo alla sua operatività verso la P.A.

unitamente al comma 4-bis: difficile ipotizzare una dimenticanza (istituto che è bene ricordare sia assente tra i canoni di ermeneutica normativa) o un difetto di coordinamento tra norme. Il comma 4-bis, dunque, dovrebbe consequenzialmente applicarsi alla P.A.

Tralasciando le specifiche ed ulteriori disposizioni, nelle quali il legislatore ha espressamente previsto la inapplicabilità, per specifici settori della P.A., dell'art. 5, comma 4-bis (D.L. n. 134/09, in vigore dal 25.9.09 e legge di conversione 24 novembre 2009, n. 167; art 2, comma 6, del D.L. n. 225/10 convertito, senza modifiche sul punto, con Legge 26 febbraio 2011, n. 10), merita una menzione speciale l'art. 9, comma 18, del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, come convertito, che prevede: *All'articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dopo il comma 4 è aggiunto il seguente: «4-bis. 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.»*. A contrario se ne ricava la applicabilità ad ogni altro settore⁴⁰¹.

Né sembra ipotizzabile che il comma 4-bis dell'art. 5 operi solo per la parte precettiva, e non in relazione alla sanzione costitutiva dallo stesso prevista. Infatti, come si è visto, la fattispecie predetta non presuppone la illegittimità di alcun contratto di lavoro a termine, ma solo un effetto costitutivo automatico. Proprio la strutturale mancata valutazione normativa dei contratti successivi in termini di illegittimità, non consente di ritenere risarcibile il danno ex art. 36, comma 5, che prevede, di contro, un contratto illegittimo: l'unica sanzione giuridicamente possibile sembra essere la costituzione del rapporto di lavoro.

8. L'abrogazione del risarcimento del danno.

Il legislatore interno, preoccupato dalla possibilità di risarcire i danni di cui all'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/01 in tarda estate è intervenuto con il D.L. n. 101/13, convertito con L. n. 125/13, abolendo il risarcimento del danno in ipotesi di illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro con la P.A. L'art. 36 per la parte ed i commi che interessano, statuisce:

2. Per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale 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. ... 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, ... nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina con riferimento alla individuazione dei contingenti di personale utilizzabile. ...Per prevenire fenomeni di precariato, le amministrazioni pubbliche, nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, sottoscrivono contratti a tempo determinato con i

⁴⁰¹ Anche la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, ritiene la applicabilità generalizzata dell'art 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01, come da pareri del 21.12.09 e del 28.9.12.

vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato...

5. 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. 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.

5-bis. Le disposizioni previste dall'articolo 5, commi 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano esclusivamente al personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b), del presente decreto.

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.

È previsto dunque per i contratti a termine un meccanismo ostativo (comma 5-*quarter*) uguale a quello previsto dal comma 5, senza il solo risarcimento del danno. Si tratta di una disposizione speciale, relativa alle ipotesi di nullità della clausola appositiva del termine ed alle sue conseguenze, che cancella la previsione del risarcimento del danno.

Può dirsi sufficientemente la responsabilità erariale a contrastare la illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro con la P.A.? Invero deve solo rilevarsi che l'assenza di danno risarcibile fa venir meno ogni efficacia dissuasiva alla previsione della responsabilità erariale, stante la conseguente assenza di danno erariale. D'altro canto neanche la precedente previsione del risarcimento del danno e, dunque, di possibile responsabilità erariale ha costituito, nella pratica, ostacolo alla crescita esponenziale del precariato pubblico di lunga durata.

Il comma 5-*quarter* prevede, altresì, la responsabilità dei dirigenti ai sensi dell'articolo 21 del d.lgs. n. 165/01 (responsabilità dirigenziale), accompagnata dal divieto di erogazione della retribuzione di risultato. Quanto alla prima conseguenza, essa è già presente nel comma 5; quanto alla seconda, peraltro già implicitamente presente nella responsabilità ex art. 21, deve domandarsi come, nella pratica, sia compatibile la mancata erogazione per un determinato periodo della retribuzione di risultato con i tempi complessivi necessari per l'accertamento definitivo della illegittimità della apposizione del termine a contratti di lavoro: quando l'accertamento interverrà la

retribuzione di risultato sarà presumibilmente già stata erogata. Il legislatore dunque, pur dichiarando opposte intenzioni, ha reso più agevole, per chi escluda la possibilità di costituire contratti a tempo indeterminato con la P.A., la conclusione di contratti a termine.

Dalla ordinanza Papalia emerge che responsabilità dirigenziale ed erariale non costituiscono misure ostative: infatti la Corte di giustizia nel riportare, nel corpo della ordinanza, la normativa interna ostativa (il comma 5 dell'art. 36) non ha riprodotto l'inciso relativo alla responsabilità dirigenziale⁴⁰² così mostrando di non ritenere che detta previsione costituisca misura ostativa. Appare essere dunque *ius receptum* (le statuizioni della C.g.u.e. integrano il precetto della disposizione interpretata, chiarificandolo) che responsabilità dirigenziale ed erariale non costituiscono misure ostative.

Deve pertanto ritenersi che il quadro normativo è stato reso ancor più insufficiente, vista la riduzione/cancellazione delle disposizioni ostative per effetto del comma 5-*quarter*, a conseguire il dovuto effetto ostativo, non realizzato neppure in precedenza, in presenza di una norma di maggiore efficacia come il comma 5.

Ove non si ritenga di accedere alla tesi che consente la costituzione dei contratti a termine per il superamento dei 36 mesi, sembra possibile evincere disposizione ostativa immediatamente applicabile nel combinato disposto di cui alle clausole 4 e 8, paragrafi 1 e 3, della direttiva 1999/70/Ce, facendo riferimento a quanto ha detto la Corte di giustizia nella causa Carratù.

Infatti visto che la clausola 8, punto 1, dell'accordo quadro 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», le conseguenze della illegittima interruzione del rapporto di lavoro a termine sono "coperte" dalla clausola predetta, in ragione della equiparazione/assimilazione operata dall'Ordinamento interno con l'interruzione illegittima del rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

È sempre possibile regredire le tutele nei limiti delle previsioni di cui alla clausola di non regresso (in particolare clausola 8, punto 3, della direttiva 1999/70/Ce), come ha fatto il legislatore con il comma 5-*quarter* dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/01. La riduzione del livello di tutela, operata in applicazione di disposizioni dell'Ordinamento europeo, rientrante tra le misure nazionali intese a garantire che l'obiettivo perseguito dalla direttiva possa essere raggiunto, può essere operata solo ove la finalità perseguita sia legittimità⁴⁰³.

Ecco che la regressione significativa delle tutele, che si evince dal comma 5-*quarter* dell'art. 36, con elisione della principale misura ostativa alla stipula e reiterazione di contratti a termine illegittimi, potrebbe essere ritenuta contraria ai principi espressi nella sentenza Carratù.

⁴⁰² Il comma 5 è così riportato: 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 (...).

⁴⁰³ La finalità perseguita potrebbe non rientrare tra le legittime finalità di politica sociale che consentono la regressione delle tutele, (di talché sarebbe ipotizzabile la perdurante operatività della precedente tutela perché conforme alla clausola 4, in combinato disposto con la clausola 8, punto 1), posto che la disposizione pone a carico della parte che ha ragione i tempi, anche non brevi, del processo, rendendo così ipotizzabile la violazione del principio del giusto processo.

9. La costituzione del rapporto di lavoro oggi: che fine hanno fatto le misure ostative?

A fronte della previsione di cui al comma 5-*quarter* dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/01, residua, a fini ostativi, la astratta possibilità di costituzione del contratto a tempo indeterminato. È possibile tale soluzione nell'attuale assetto normativo?

Il legislatore della tarda estate 2013 ha modificato l'art. 7 dello stesso d.lgs. n. 165/01, aggiungendo un inciso al comma 6: *Il ricorso a contratti di collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei collaboratori come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti... Si applicano le disposizioni previste dall'articolo 36, comma 3, del presente decreto e, in caso di violazione delle disposizioni di cui al presente comma, fermo restando il divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, si applica quanto previsto dal citato articolo 36, comma 5-*quarter*.*

Lo stesso legislatore (quello del D.L. n. 101/13, convertito con legge n. 125/13) distingue, dunque, la trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato dalla costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato

Quella di cui all'art. 5, comma 4-*bis*, è costituzione e non trasformazione e, pertanto, se la tecnica normativa vuol dire ancora qualcosa, la costituzione suddetta non sembra vietata dall'art. 36, d.lgs. n. 165/01 che riguarda il solo divieto di trasformazione.

Ed allora o si conclude che dalla adozione del D.L. n. 101/13⁴⁰⁴, in pendenza di plurime procedure di infrazione⁴⁰⁵ ed in un quadro normativo ad accertata illegittimità eurounitaria⁴⁰⁶, l'Italia abbia scelto di violare in maniera ancor più palese il diritto europeo⁴⁰⁷, ovvero si deve percorrere l'opzione interpretativa della costituzione del contratto, visti i plurimi indici normativi in tal senso.

Seguendo la seconda opzione interpretativa la *ratio* della previsione di un diverso quadro normativo estivo appare ovvia: si è normato un principio antagonistico alla mancata conversione e che, invero, era già nel sistema. Esso è contenuto nel comma 2, penultimo periodo, dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/01, come modificato dal D.L. n. 101/13: *Per prevenire fenomeni di precariato, le amministrazioni pubbliche, nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, sottoscrivono contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato.*

Vi è preliminarmente da rilevare come non si comprenda in quale modo questa previsione possa prevenire fenomeni di precariato se non accompagnata da una sanzione: essa non potrebbe che essere la costituzione del rapporto di lavoro, posto che il risarcimento del danno è stato abrogato. La conclusione sarebbe del tutto coerente con la circostanza che la procedura di reclutamento, per l'impiego a tempo determinato ed indeterminato, è assolutamente la stessa, per cui non si porrebbe alcun problema di mancata effettuazione di una procedura di accesso corretta (non vi

⁴⁰⁴ Cfr. 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/>.

⁴⁰⁵ Cfr. parere del 20 giugno 2012 della XIV Commissione permanente parlamentare per i rapporti con l'Unione europea nel quale viene segnalata la pendenza delle proc. n. 2010/2045 e n. 2010/2124.

⁴⁰⁶ Ancora C.g.u.e., ordinanza Papalia.

⁴⁰⁷ Con l'unica previsione favorevole al precariato di una procedura di stabilizzazione legata alla individuazione di fondi ed alla individuazione di fabbisogno di personale, nonché prevista solo a causa della costrizione costituita dalle pregiudiziali pendenti.

sarebbe alcun problema di mancato rispetto dell'art. 97, comma 3, della Costituzione). Peraltro anche prima della adozione di detta disposizione mai è stato ipotizzato che contratti a termine senza procedure di selezione (concorso o equiparate), previste dall'art. 35 del d.lgs. n. 165/01, consentissero di computare i periodi di lavoro conseguenti nei 36 mesi necessari alla costituzione del rapporto di lavoro. Dopo il 31.1.13 è indubitabile che la procedura selettiva (concorso pubblico o equiparata) per i precari ed i non precari sia la stessa e che da detta previsione debba derivare l'effetto di *prevenire fenomeni di precariato*: non è dato comprendersi come l'effetto sarebbe realizzabile, se non con la costituzione del rapporto di lavoro.

Deve inoltre rilevarsi come i contratti sanzionati dal comma 5 dell'art. 36, d.lgs. n. 165/01 siano contratti illegittimi, mentre per quelli di cui al comma 4-bis dell'art. 5 del d.lgs. n. 368/01 non vi è alcuna valutazione in termini di illegittimità (nessuna violazione di norma di legge è prevista dalla norma), per cui nessun risarcimento del danno appare configurabile sulla base dell'art. 36, d.lgs. n. 165/01 *ante* modifica del 31.8.13.

Il legislatore sembra dunque aver abbandonato definitivamente la opzione risarcitoria, in favore della conversione.

Deve d'altro canto sottolinearsi che il risarcimento del danno in Italia era oggettivamente di difficile configurabilità secondo i canoni del diritto civile comune (Cassazione, sentenza n. 392/12)⁴⁰⁸ e comportava il dover sostenere tesi invero peculiari (come prefigurare il concorso pubblico per il bagnino trimestrale: Cass., sentenza n. 4417/12). Ancora portava a conseguenze risarcitorie estreme, in ipotesi di contratti brevissimi, come il riconoscimento di un danno pari a 12 mensilità in favore di un solo contratto trimestrale (sempre sentenza n. 4417/12)⁴⁰⁹. Consentiva altresì di ipotizzare, astraendo la costituzione del contratto a tempo indeterminato dal piano delle conseguenze della violazione del d.lgs. n. 368/01, l'obbligo di risarcire il danno anche per i lavoratori assunti attraverso i processi di stabilizzazione del precariato pubblico succedentisi dalle leggi finanziarie n.296/2006 e n.244/2007 in poi⁴¹⁰.

Deve inoltre darsi atto che il superamento dei 36 mesi, ove si ritenga il contratto che supera detto limite illegittimo (non si vede come, ma così alcuni commentatori), rende possibile ipotizzare il risarcimento del danno per ognuno di essi. Infatti il risarcimento del danno non elide i periodi pregressi, conseguendo, in tale ottica, il danno ad ogni contratto successivo.

Posti i 250.000 lavoratori a termine extrascolastici con oltre 36 mesi, anche applicando la sola indennità risarcitoria del Collegato lavoro per ogni contratto successivo, si ha un danno pari a

⁴⁰⁸ 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.

⁴⁰⁹ Cass., Sez. lav., Pres. Lamorgese, Est. Napoletano, sent. 20 marzo 2012, n.4417.

⁴¹⁰ In tal senso tutte le sentenze della Corte costituzionale in tema di stabilizzazioni che, nel dichiarare incostituzionali le leggi regionali in materia di stabilizzazione (n. 215 e n. 293 del 2009, nonché n. 42 del 2011 e la n. 277 del 2013), per violazione del principio del pubblico concorso, non hanno in alcun modo verificato il rapporto tra art. 97, comma 3, della Costituzione con gli obblighi derivanti dal diritto dell'U.E. (direttiva 1999/70/Ce) e dunque il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (artt. 11 e 117 della Costituzione).

(ipotizzando solo la misura minima di 2,5 mensilità di retribuzione⁴¹¹, una retribuzione lorda di soli € 1.600,00 mensili ed un minimo di spese legali, ovvero € 5.000,00 a precario) la non sostenibile somma di € 1.250.000.000,00 per anno (calcolata su 15 mensilità si hanno € 6.000.000.000,00).

Secondo le diverse stime della Ragioneria Generale dello Stato⁴¹² i precari sarebbero 260.000, considerate tutte le forme di flessibilità, di cui 130.000 i precari nella scuola, 115.000 nella sanità e negli enti locali e 15.000 nelle amministrazioni centrali. A considerare i soli 130.000 (*rectius* sarebbero 150.000 dovendosi considerare gli esclusi Professori universitari a contratto per 60 ore annue e i ricercatori assegnisti pari a circa 20.000 unità) così stimati si arriva sempre ad una spesa di € 650.000.000,00 annui (€ 3.120.000.000,00 se calcolate 15 mensilità).

Le stabilizzazioni, nel solo triennio 2008/2010, ammontano, senza contare il personale scolastico immesso in ruolo, a 49.999 unità⁴¹³, con possibile risarcimento del danno per € 249.995.000,00 (sempre stimato nella misura più bassa possibile; € 1.199.976.000,00 se calcolate 15 mensilità).

Non appare quindi casuale una possibile scelta del legislatore nel senso della costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato per persone che hanno lavorato, lavorano e, presumibilmente, lavoreranno comunque.

Deve osservarsi la natura effettiva della misura: il sistema di reclutamento del personale non consente il mutamento del precario a 35 mesi e 29 giorni, visto l'oggettivo criterio selettivo (graduatorie), che non consente il mutamento a piacimento del precario. Il meccanismo rappresenta dunque, una categoria di misura che consente, pur esaminando *di volta in volta tutte le circostanze del caso concreto, prendendo in considerazione, segnatamente, il numero di tali contratti successivi stipulati con lo stesso soggetto oppure per lo svolgimento di uno stesso lavoro, di escludere che i rapporti di lavoro a tempo determinato siano utilizzati in modo abusivo dai datori di lavoro* (sentenza Angelidaki cit., punto 157, ed ordinanza Vassilakis e a., cit., punti 115 117).

D'altro canto detta conclusione potrebbe essere "certificata" dalla Corte di giustizia nella decisione della causa Mascolo⁴¹⁴ ed altri, nonché Napolitano⁴¹⁵.

⁴¹¹ Attualmente la maggior parte della giurisprudenza di merito lo calcola tra le 15 e le 20 mensilità di retribuzione.

⁴¹² http://www.rgs.mef.gov.it/VERSIONE-I/RGS-comuni/Note-per-I/2013/2013_conto_annuale/

Peraltro, ad una lettura della "Sintesi dei dati del periodo 2007-2012", alla nota 2, si legge: il personale a tempo determinato non comprende i "supplenti brevi" della scuola dei quali si rileva solo la spesa, mentre il per il personale a tempo determinato annuale e fino al termine delle attività didattiche è stato considerato nel totale degli occupati a tempo indeterminato in quanto è assunto a copertura di posti di organico vacanti. Sono esclusi dal calcolo i Professori universitari a contratto (per 60 ore annue) e i ricercatori assegnisti pari a circa 20.000 unità.

La Ragioneria Generale dello Stato evidenzia che i precari scolastici con contratto annuale coprono posti in organico vacanti.

⁴¹³ Corte dei Conti, sezioni riunite in sede di controllo: Relazione 2012 sul costo del lavoro pubblico. Cfr. pag. 147, Stabilizzazioni nel pubblico impiego per comparto e per categorie di personale, tabella 1.

⁴¹⁴ Sollevate dal Tribunale di Napoli con ordinanze 2/15.1.13; C.g.u.e., C-22/13 e da C-61/13 a C-63/13, Mascolo e a. (Mascolo, C-61/13, Forni, C-62/13, Racca, e C-63/13, Russo, poi riunite).

⁴¹⁵ Sollevata dalla Corte costituzionale con ordinanza n. 207 del 3-18 luglio 2013, causa C-418/13, Napolitano. Questi i quesiti posti: 1) 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 1, debba essere interpretata nel senso che osti 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 provveda mediante il conferimento di supplenze annuali, «in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali

Preliminarmente la causa C-63/13 riguarda il precariato pubblico in generale ed in specie il precariato degli asili comunali, cui non si applica la disciplina del settore scolastico. Il legislatore, accortosi di ciò solo dopo la proposta questione pregiudiziale, ha aggiunto⁴¹⁶ all'articolo 10, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01 il seguente periodo: «*Per assicurare il diritto all'educazione, negli asili nidi e nelle scuole dell'infanzia degli enti locali, le deroghe di cui al presente comma si applicano, nel rispetto del patto di stabilità e dei vincoli finanziari che limitano per gli enti locali la spesa per il personale e il regime delle assunzioni, anche al relativo personale educativo e scolastico*».

Si escludono dunque dalla applicazione del d.lgs. n. 368/01, oltre che i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA,⁴¹⁷ anche quelli degli asili degli Ee.Ll. ed *in ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01.*

La prima questione proposta riguarda 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.

Si tratta di una questione che riprende le conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen nella causa Jansen (C-313/10) che non è stata decisa dalla C.g.u.e. perché *il procedimento principale era divenuto privo di oggetto*⁴¹⁸ (la Germania il precario pubblico lo aveva nel frattempo probabilmente assunto dopo una sentenza di primo grado di riqualificazione come rapporto a tempo indeterminato). L'Avvocato generale, dopo aver rilevato che per giurisprudenza costante della Corte le conseguenze dell'abuso per lo Stato possono essere diverse da quelle previste per i privati (trattamento differenziato), evidenzia che mai è stato indicato cosa si intenda per Stato ovvero settore pubblico.

La clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro autorizza chiaramente gli Stati membri a tener conto delle caratteristiche proprie a taluni settori, che sono inerenti alle attività specifiche. Nelle varie versioni linguistiche della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro la dizione più corretta appare essere «determinati rami», e non «settori specifici» come nel testo italiano, e tale terminologia rinvia più 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...La nozione utilizzata in tale clausola 5 deve essere interpretata con riferimento ai criteri pertinenti del diritto del lavoro collettivo, sapendo che il concetto economico di «ramo» è in particolare utilizzato per determinare l'ambito di applicazione professionale di contratti collettivi di lavoro.

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; 2) se costituiscono 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.

⁴¹⁶ Cfr. art. 4, comma 11, del D.L. 31 agosto 2013, n. 101, come convertito con modificazioni dalla L. 30 ottobre 2013, n. 125.

⁴¹⁷ Già esclusi in forza della introduzione del comma 4-bis all'art 10 del d.lgs. n. 368/01 ad opera del Decreto-Legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla L. 12 luglio 2011, n. 106.

⁴¹⁸ C.g.u.e. ordinanza del Presidente della II Sezione della Corte del 25 ottobre 2011.

Ad avviso dell'A.G. non è consentita una differenziazione delle misure ostative a fronte di mansioni perfettamente identiche che *possono essere espletate dai dipendenti del settore pubblico e da quelli che lavorano nel settore privato.*

Un'interpretazione della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro che riservi una sorte particolare agli impieghi rientranti nel settore pubblico potrebbe condurre ad 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.

Di contro le «*esigenze di settori specifici*» di cui alla clausola 5 dell'accordo quadro dev'essere collegata all'«*attenzione particolare*» di cui ha chiaramente formato oggetto «*la situazione specifica delle piccole e medie imprese*» (PMI) al momento dell'elaborazione del testo dell'accordo quadro, conformemente all'articolo 137, paragrafo 2, CE (divenuto articolo 153 TFUE).

Seguendo detto ragionamento vi è da chiedersi quando vi sia Stato ai fini della differenziazione anche delle conseguenze dell'abuso e, dunque, se del concetto di Stato debba trarsi una interpretazione restrittiva, limitata alle funzioni essenziali dello stesso⁴¹⁹, per cui una differenziazione delle conseguenze sia possibile solo in relazione a detti settori.

Nella causa Affatato le difese dello Stato sono state intese dalla Corte di giustizia⁴²⁰ nel senso che sarebbe stata rappresentata la circostanza che, decorsi 36 mesi, in forza dell'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/01 fosse possibile la costituzione del rapporto di lavoro con datore di lavoro pubblico. Invero si tratta di tesi⁴²¹ che, ad avviso di chi scrive, appare sostenibile, ma che ha trovato la ferma (e poco motivata) opposizione della Corte di cassazione (sentenza n. 392/12). Detta

⁴¹⁹Di certo difesa, giustizia, polizia, funzionamento degli organi essenziali, esteri.

⁴²⁰Ordinanza Affatato, punto 48: 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. Inoltre, l'art. 36, quinto comma, del d.lgs. n. 165/2001, come modificato nel 2008, prevedrebbe, oltre al diritto del lavoratore interessato al risarcimento del danno subito a causa della violazione di norme imperative e all'obbligo del datore di lavoro responsabile di restituire all'amministrazione le somme versate a tale titolo quando la violazione sia dolosa o derivi da colpa grave, l'impossibilità del rinnovo dell'incarico dirigenziale del responsabile, nonché la presa in considerazione di detta violazione in sede di valutazione del suo operato.

⁴²¹Cfr. 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, 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, 1146; M.A. La Notte Chirone, Quale tutela per i precari del pubblico impiego: spunti per una riflessione, su RGL, 2012, 735 ss.; V. De Michele, Il dialogo tra Corte di Giustizia e Giudice nazionale in materia di precariato pubblico, ivi, 2012, 755 ss.; nonché, Il Tribunale aquilano demolisce la sentenza antispread della Cassazione sul precariato scolastico, in LG, 8/9, 2012, 777 e 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 D&L - Rivista di Diritto del Lavoro, n. 4/2010 p. 955- 974; stesso A., Il rapporto di lavoro a termine, la sentenza Affatato e il Collegato lavoro in RU, 1/2011, pp. 138 e ss.; L. Zoppoli, La flessibilità nel lavoro pubblico, in Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico, a cura di M. D'Onghia e M. Ricci, 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, su Lpa, 2013, p.769 ss.

opzione interpretativa reca come sua conseguenza *che quanto dichiarato dall'Italia nella causa Affatato non sia rispondente al vero. La stessa Corte di cassazione però non ha esaminato in alcun modo gli obblighi derivati dal principio di leale cooperazione e ha lasciato, conseguenzialmente, irrisolta la perplessità che in tal modo si determini la violazione di uno dei principi fondanti l'U.E.*⁴²².

Posto che, di contro, la opzione interpretativa della difesa erariale, come intesa dalla Corte di giustizia nella causa Affatato, potrebbe ritenersi pienamente soddisfattiva degli obblighi di cui alla direttiva 1999/70/Ce, è stato chiesto alla C.g.u.e. se, in forza del principio di leale cooperazione⁴²³, 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 dalla appartenenza alla Unione europea, ad interpretare, ove possibile, il diritto interno conformemente alla interpretazione offerta dallo Stato.* La risposta potrebbe indurre le Corti interne a fare propria la (ad avviso di chi scrive probabilmente corretta) interpretazione illustrata dall'Italia nella causa Affatato e risolvere, almeno parzialmente, i problemi derivati dalle procedure di infrazione e dagli insostenibili costi del risarcimento del danno.

Nelle pregiudiziali scolastiche sollevate dal Tribunale di Napoli è stato richiesto se il contesto normativo del settore scuola costituisca misura equivalente ai sensi della clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce e nello stesso senso, come visto, i quesiti, proposti successivamente, dalla Corte costituzionale. È stato altresì richiesto di deliberare se la disposizione interpretativa/retroattiva di cui al 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 *sia contraria ai 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.*

Si tratta della ennesima riproposizione di questione, mai deliberata dalla C.g.u.e.⁴²⁴

Sul punto la Commissione, nelle sue osservazioni scritte, ha preso una posizione decisa e contraria alla possibilità di incidere retroattivamente sui processi in corso in *subiecta materia* perché *la semplice esigenza di chiarire una disposizione anteriore e di salvaguardare l'intenzione iniziale del legislatore non costituisce di per sé un'esigenza imperativa di interesse generale sufficiente a giustificare l'adozione di una norma interpretativa retroattiva che influisca sull'esito dei giudizi pendenti ove l'adozione di tale norma non fosse in qualche modo prevedibile per gli interessati e*

⁴²² Tribunale di Napoli, ordinanza 29.1.13, punto 74, causa C-63/13, Russo.

⁴²³Cfr. tra le tantissime, sentenza 13 novembre 1999, causa C-106/89, Marleasing, punti 8-9; sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, Pupino, punti 43-47.

⁴²⁴ Cfr. causa Carratù, ma già ben prima C.g.u.e., causa C-108/10, Scattolon, che proprio per risolvere detta questione era stata assegnata alla Grande sezione.

ragioni di carattere puramente finanziario non costituiscono, di per sé e salvo casi estremi, motivi imperativi di interesse generale sufficienti.

Quanto al motivo imperativo di interesse generale che giustificerebbe l'adozione del decreto legge n. 70/2011, risulta dal testo stesso di tale decreto che l'esclusione del settore della scuola dal campo di applicazione della disciplina generale sulla conversione del contratto a termine illegittimo in contratto a durata indeterminata, si giustificerebbe alla luce della 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 o determinato. Come sopra osservato, sul carattere oggettivo di tale giustificazione si possono tuttavia nutrire fieri dubbi.

Ciò posto, se le osservazioni della Commissione dovessero essere accolte, il comma 4-bis dell'art. 10 del d.lgs. n. 368/01 dovrebbe essere oggetto di non applicazione in relazione alle fattispecie temporalmente antecedenti alla sua introduzione, in ragione del contrasto con il principio generale espresso nell'art. 6 C.e.d.u.

10. Il settore scuola

Si è dunque così giunti al settore scolastico, cui è applicabile il d.lgs. n. 368/01.

L'art. 70, comma 8, d.lgs. n.165/2001 statuisce: *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*⁴²⁵. 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. La disposizione conferma testualmente l'applicazione del d.lgs. n.368/2001, perchè richiamato dall'art. 36, comma 1, d.lgs. n.165/2001⁴²⁶.

Deve solo incidentalmente rilevarsi che la salvezza delle (sole) procedure di reclutamento, non è incompatibile con la applicazione dell'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 165/01, non essendo necessario effetto automatico della applicazione delle procedure di reclutamento il superamento dei 36 mesi (diversamente la procedura di reclutamento e la continuità didattica rendono incompatibili la a-causalità dei contratti e la disciplina delle proroghe ovvero della distanza ravvicinata tra i contratti). Sarebbe quasi ultroneo osservare (ma è necessario vista Cass.n. 10127/12) che altro è il reclutamento, ovvero la disciplina delle modalità di scelta del lavoratore da assumere, altro la disciplina del rapporto, se del caso a tempo determinato. Nessun commentatore ha mai ritenuto che, in ragione dell'art. 70, d.lgs. n. 165/2001 nel settore scolastico non fossero applicabili le norme in materia di *part-time*: non si vede come dalla predetta disposizione si possa trarre la conseguenza della inapplicabilità della disciplina del rapporto di lavoro relativa al contratto a termine nella sua interezza.

Se si accedesse alla tesi della inapplicabilità del d.lgs. n. 368/01, si dovrebbe concludere che, nello specifico ambito della Scuola, la direttiva 1999/70/CE non trova applicazione: in particolare non sarebbe prevista alcuna misura ostativa alla libera reiterazione dei contratti di lavoro (in contrasto con la clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce).

⁴²⁵ Questa parte della disposizione è dimenticata dalla sentenza n. 10127 del 20/06/2012 della Corte di cassazione.

⁴²⁶ Contra Corte di cassazione Sez. lav., sentenza n. 10127 del 20/06/2012, 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.

Infatti ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 124/99 (commi 11 e 1) è possibile la assunzione a termine (incarichi) anche su posti vacanti; detta disciplina è specificata dal Decreto (Inter)Ministeriale del 13 dicembre 2000, n. 430, che prevede (art. 1): «*nei casi in cui non sia stato possibile assegnare sulle disponibilità di posti di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, personale soprannumerario in utilizzazione o, a qualsiasi titolo, personale con contratto a tempo indeterminato, si dispone con:*

- a) supplenze annuali, per la copertura dei posti vacanti, disponibili entro la data del 31 dicembre, e che rimangono presumibilmente tali per tutto l'anno scolastico;*
- b) supplenze temporanee sino al termine delle attività didattiche, per la copertura di posti non vacanti, di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico;*
- c) supplenze temporanee, per ogni altra necessità di supplenza diversa dai casi precedenti secondo quanto specificato all'articolo 6.».*

Appare evidente che per i contratti a termine in forza della disciplina specifica non è statuito l'obbligo di specificazione delle ragioni oggettive di cui all'art.1 d.lgs. n. 368/01, non è possibile la applicazione della disciplina della proroga di cui all'art. 4 dello stesso d.lgs., nonchè delle riassunzioni (art. 5).

La Corte di giustizia ha evidenziato che, sebbene l'esigenza di sostituire personale assente possa considerarsi, in linea di principio, ragione obiettiva ai sensi della clausola 5, punto 1, lett. a) dell'accordo quadro, le Autorità competenti devono garantire che l'applicazione concreta di tale ragione obiettiva, tenuto conto delle particolarità dell'attività lavorativa svolta e delle condizioni del suo esercizio, sia conforme alle esigenze dell'accordo. Esse devono quindi essere in grado di stabilire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo dei contratti in questione risponda effettivamente ad un'esigenza reale e sia atto a raggiungere lo scopo perseguito e necessario a tale effetto⁴²⁷.

Non costituisce infatti un limite la possibilità che, in funzione dell'anzianità di servizio accumulata e quindi della durata complessiva dei contratti temporanei conclusi, nonché dei posti via via disponibili, il lavoratore interessato sia immesso in ruolo per effetto dello scorrimento della graduatoria in cui è iscritto. Si tratta infatti di una circostanza del tutto aleatoria, che il lavoratore non è assolutamente in grado di prevedere... non sembra si possa ritenere che la legislazione italiana sul reclutamento del personale docente e ATA a termine contenga criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo dei contratti in questione risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia atta a raggiungere lo scopo perseguito e necessaria a tal fine. Almeno ad una prima valutazione, il ricorso a contratti a termine successivi per la copertura di vacanze in organico che tale legislazione consente non può pertanto considerarsi giustificato da ragioni obiettive come previsto dalla clausola 5, punto 1, lett. a), dell'accordo quadro⁴²⁸.

⁴²⁷ C.g.u.e. sentenza del 26 gennaio 2012, causa C-586/10, Küçük.

⁴²⁸ Commissione europea, osservazioni depositate nella causa C-22/13, Mascolo e a.

La compatibilità tra disciplina del precariato della Scuola e l'Ordinamento europeo è data dunque solo dalla applicazione della disciplina generale di cui al d.lgs. n. 368/01 ed in specie dell'unica misura ostativa residuale: l'art. 5, comma 4-*bis*.

L'art. 1, comma 12-*bis*, della legge n. 124/99, come già introdotta dal D.L. n. 134/09 (legge di conversione 24 novembre 2009, n. 167)⁴²⁹ e dell'art 10, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/01, introdotto dall'art 9, comma 18, del D.L. 13 maggio 2011, n. 70,⁴³⁰ convertito con L. 12 luglio 2011, n. 106, impedisce di procedere a costituzione del rapporto di lavoro nel settore scolastico, salva disapplicazione della disposizione in parola.

La Corte costituzionale⁴³¹ (ordinanza Napolitano del 3-18 luglio 2013) ha sollevato, probabilmente spinta dalla presenza delle altre questioni pregiudiziali (da segnalarsi che le osservazioni della Commissione europea nella causa C-22/13⁴³², evidenziano forti perplessità nei confronti del

⁴²⁹Art 1, comma 12-*bis*: 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.

⁴³⁰ «4-*bis*. 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...».

⁴³¹ 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 Riv.dir.int., 1996, 452; S.M. Carbone, Corte costituzionale, pregiudiziale comunitaria e uniforme applicazione del diritto comunitario, in Dir. UE, 2007, 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, 4504 ss.; R. Conti, Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Dalla pratica alla teoria, maggio 2013, su 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, 171 ss.; A. Pizzorusso, Commento all'art. 134, in Commentario alla Costituzione, di G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), Bologna – Roma, 1981, 39; F. Salmoni, La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee, in Dir. pubbl., 2002, 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. Tesouro, Corte di Giustizia e Corte Costituzionale, in AA.VV., La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario, Milano, 1991, 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

⁴³² Queste le conclusioni proposte dalla Commissione europea nelle cause riunite Mascolo e a. 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 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

sistema interno, sono state depositate il 22/05/2013 ed iscritte nell'apposito registro il 27/05/2013), questione interpretativa pregiudiziale alla C.g.u.e. Dal ragionamento della Corte costituzionale si evince che la stessa, all'esito del pronunciamento della C.g.u.e. dovrebbe risolversi a dichiarare la illegittimità costituzionale delle disposizioni ostative al risarcimento del danno (dalla ordinanza sembrerebbe evincersi un orientamento della Consulta in tal senso).

Il 17 ottobre 2013 sono state depositate, nella causa Napolitano (C-418/13), le osservazioni della Commissione europea (disponibili, dopo la traduzione, dal 6.2.14). Esse sono forse ancor più categoriche di quelle depositate nella causa Mascolo e a. segnalando la predetta che *negli ultimi dieci anni la prospettiva di un'immissione in ruolo tramite concorso o scorrimento della graduatoria ha rappresentato per il personale supplente della scuola un'eventualità non solo aleatoria, ma altresì piuttosto remota*, con percentuali elevatissime di precari, apprese però da altre fonti diverse dalla ordinanza della Corte costituzionale (ordinanza di rinvio nella causa mascolo e a. nonché procedure di infrazione aperte). La Commissione dubita *seriamente...della reale corrispondenza della legislazione in causa con le esigenze di flessibilità, legate a imprevedibili e temporanee variazioni della popolazione scolastica, che, secondo l'ordinanza di rinvio* (ndr. della Corte costituzionale), *sono alla base di tale legislazione. Peraltro, anche ove l'esigenza di flessibilità negli organici della scuola, dovuta alla variabilità della popolazione scolastica, giustificasse il ricorso ad una certa quota di personale temporaneo, resta comunque da stabilire se il mezzo previsto a tal fine dalla legislazione nazionale in causa sia necessario e proporzionato allo scopo*. Conclude dunque affermando che *almeno ad una prima valutazione, il ricorso a contratti a termine successivi per la copertura di vacanze in organico che tale legislazione consente non può pertanto considerarsi giustificato da ragioni obiettive come previsto dalla clausola 5, punto 1, lett. a), dell'accordo quadro*.

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».

Le pregiudiziali Napolitano e Mascolo e a. partono dal medesimo dubbio: contrasto tra ordinamento interno scolastico e direttiva 1999/70/Ce, ma si muovono in direzioni opposte (costituzione dei rapporti di lavoro o risarcimento del danno). Le cause, riunite, verranno discusse oralmente alla udienza del 27 marzo 2014.

La Corte di giustizia, nella comunicazione alle parti del 13 febbraio 2014, ha chiesto di incentrare la discussione, ex art. 61, paragrafo 2, del regolamento della Corte, su due aspetti, che evidentemente al momento ritiene centrali:

- 1) la possibilità che la normativa scolastica costituisca ragione oggettiva ai sensi della Clausola 5 (quesito sostanzialmente comune ad entrambe le questioni pregiudiziali proposte);
- 2) il 7° quesito delle cause Forni e Racca (riunite alla causa Mascolo) ovvero la possibilità, sulla scorta dei principi sul giusto processo (art. 6, n. 2, del Trattato sull'Unione europea– in combinato disposto con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali 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), che lo Stato italiano possa adottare una disposizione normativa (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.

La ratio della scelta potrebbe essere costituita dalla considerazione che, ove la normativa scolastica dovesse ritenersi elusiva della direttiva 1999/70/Ce, nella accertata inidoneità del meccanismo risarcitorio a costituire misura ostativa, come ritenuto dalla stessa C.g.u.e. nella ordinanza Papalia, si potrebbe rimettere al giudice interno la possibilità di non applicare la disposizione ostativa alla costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato per il superamento dei 36 mesi (art. 5, comma 4-bis del d.lgs. n. 368/01). Tale misura sanzionatoria è certamente effettiva e la stessa sarebbe applicabile, ad avviso del Tribunale di Napoli alla P.A. Peraltro la Corte di giustizia potrebbe prendere per la prima volta posizione sulle disposizioni retroattive.

Premesso che non appare utile unirsi al coro degli entusiasti europeisti per la prima questione sollevata quando la Corte costituzionale⁴³³ è Giudice di un incidente di costituzionalità⁴³⁴, è lecito chiedersi se i Giudici della Consulta abbiano tenuto conto delle conseguenze economiche della

⁴³³ 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), su 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.

⁴³⁴ Le entusiastiche voci dovrebbero placarsi ove si rilevi la assenza della benchè minima attenzione al diritto U.E. nella sentenza in materia di stabilizzazioni n. 277 del 18.11.13 depositata il 22.11.13, successiva alla pregiudiziale "europea". La CGUE aveva già considerato comunitaria la materia delle stabilizzazioni con l'Ordinanza Vassilakis del 10.6.08, causa C-364/07 (stabilizzazione in Grecia) ed ancor prima con la sentenza Adeneler, sentenza della Corte, Grande Sezione, 4 luglio 2006, Causa C-212/04. La Corte costituzionale non spende una parola sul diritto U.E., pur essendo la direttiva 1999/70/Ce puntualmente indicata dal Presidente del Consiglio dei Ministri: appare evidente che la pregiudiziale "europea" è stato un mero "incidente" nel percorso di non adeguamento, forzata da altra pregiudiziale e forse con lo scopo di mitigarne gli effetti.

tesi risarcitoria, che comporterebbe un esborso, costituzionalizzato il criterio risarcitorio, ed aggiunti i 120.000 precari pubblici della scuola ad un costo risarcitorio di ulteriori € 600.000.000,00 annui (€ 2.880.000.000,00 se calcolate 15 mensilità).

Ma il problema della scuola non finisce qui.

Il legislatore, nonostante il procedere della procedura di infrazione⁴³⁵ da parte della Commissione, *in consecutio* con la Corte costituzionale a sua volta *in consecutio* con le pregiudiziali dei Tribunali di Aosta (decisa con l'ordinanza Papalia) e Napoli, non ha compreso che il problema non è costituito dal numero dei lavoratori precari, ma dal sistema delle supplenze, che è precarifero. Se non si modifica il meccanismo delle supplenze è gioco forza la creazione di ulteriori precari.

11. La soluzione interna (come cambia il reclutamento)

Come risolve il problema il legislatore? L'unica riforma rilevante, licenziata negli ultimi tempi, è costituita dal meccanismo dei tirocini abilitanti, previsto D.M. 10 settembre 2010, n. 249.

Lo stesso, nel testo risultante a seguito delle modifiche di cui al D.M. 25 marzo 2013, n. 81, prevede i requisiti e le modalità della formazione iniziale degli insegnanti della scuola dell'infanzia, della scuola primaria e della scuola secondaria di primo e secondo grado, con l'istituzione di un tirocinio formativo attivo (TFA), da svolgersi durante un corso di laurea magistrale quinquennale (per l'insegnamento nella scuola dell'infanzia e nella scuola primaria), ovvero all'esito di un corso di laurea magistrale biennale (per l'insegnamento nella scuola secondaria di primo e secondo grado e della durata di un anno)⁴³⁶.

I corsi di laurea magistrale di cui al D.M. n. 249/10 sono istituiti dalle università. L'accesso è a numero programmato, con prova d'ingresso.

Accanto al TFA, con la modifica del 2013, è istituito un percorso abilitante speciale (PAS) per *i docenti non di ruolo, ivi compresi gli insegnanti tecnico pratici, che, sprovvisti di abilitazione ovvero di idoneità alla classe di concorso per la quale chiedono di partecipare e in possesso dei requisiti previsti al comma 1, abbiano maturato, a decorrere dall'anno scolastico 1999/2000 fino all'anno scolastico 2011/2012 incluso, almeno tre anni di servizio in scuole statali, paritarie ovvero nei centri di formazione professionale*. Per essi non è prevista prova di accesso ed a loro è garantito, *nel rispetto dell'invarianza di spesa e dei generali vincoli di finanza pubblica, l'accesso ai percorsi abilitanti speciali se ne facciano richiesta...*

⁴³⁵ Commissione europea. Memo. Bruxelles, 20 novembre 2013. Pacchetto infrazioni di novembre: decisioni principali.

Diritto del lavoro: la Commissione chiede all'Italia di porre fine a ogni discriminazione nei confronti dei dipendenti delle scuole pubbliche con contratti a tempo determinato.

La Commissione europea ha chiesto all'Italia di rivedere le condizioni di lavoro dei dipendenti delle scuole pubbliche con contratti a tempo determinato. La Commissione europea ha ricevuto numerose denunce secondo le quali i dipendenti delle scuole pubbliche con contratti a tempo determinato sarebbero trattati meno favorevolmente dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili. Segnatamente, tali dipendenti sono assunti con contratti a tempo determinato ripetuti negli anni, per cui continuano ad essere precari anche se sostanzialmente esercitano funzioni di personale permanente. Il diritto nazionale non prevede misure efficaci per evitare tali abusi. Inoltre, i dipendenti a tempo determinato sono retribuiti meno del personale di ruolo con iter professionale comparabile. La Commissione europea ritiene che tale situazione contrasti con la direttiva dell'UE sul lavoro a tempo determinato.

La richiesta della Commissione si configura in un parere motivato nel contesto delle procedure di infrazione dell'UE. L'Italia dispone ora di un termine di due mesi per notificare alla Commissione le misure adottate al fine di attuare appieno la direttiva. In caso contrario la Commissione potrà decidere di deferire l'Italia alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

⁴³⁶ Nonché specifico percorso formativo preordinato all'insegnamento delle discipline artistiche, musicali e coreutiche della scuola secondaria di primo grado e di secondo grado.

I PAS riguardano dunque docenti che, anche per ben più di 36 mesi, hanno insegnato e possono, attraverso lo scorrimento delle graduatorie ad esaurimento, divenire insegnanti di ruolo: questi devono oggi formarsi.

Tutto ciò poteva essere previsto? Il D.M. 249/10 è stato adottato sulla scorta dell'articolo 2, comma 416, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, richiamato nel preambolo del decreto.

Detta disposizione, che sembra essere la sola norma primaria che supporta il nuovo sistema di abilitazione, dispone: *Nelle more del complessivo processo di riforma della formazione iniziale e del reclutamento dei docenti, anche al fine di assicurare regolarità alle assunzioni di personale docente sulla base del numero dei posti vacanti e disponibili effettivamente rilevati e di eliminare le cause che determinano la formazione di precariato, con regolamento adottato dal Ministro della pubblica istruzione e dal Ministro dell'università e della ricerca ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sentiti il Ministro dell'economia e delle finanze e il Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario da rendere entro il termine di quarantacinque giorni, decorso il quale il provvedimento può essere comunque adottato, è definita la disciplina dei requisiti e delle modalità della formazione iniziale e dell'attività procedurale per il reclutamento del personale docente, attraverso concorsi ordinari, con cadenza biennale, nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente per il reclutamento del personale docente, senza maggiori oneri a carico della finanza pubblica e fermo restando il vigente regime autorizzatorio delle assunzioni. È comunque fatta salva la validità delle graduatorie di cui all'articolo 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296⁴³⁷. Sono abrogati l'articolo 5 della legge 28 marzo 2003, n. 53, e il decreto legislativo 17 ottobre 2005, n. 227.*

In linea generale si deve ricordare come i tirocini formativi siano di due tipi: curricolari (che si svolgono nel corso di un programma di studi teso al conseguimento di un titolo di studi) ed extracurricolari.

Analizzando solo l'art. 2, comma 416, della L. n. 244/07, ove la stessa si dovesse ritenere disposizione che preveda un tirocinio extracurricolare, ovvero a percorso di studi universitario già completato, essa dovrebbe ritenersi incostituzionale, stante la riserva di disciplina regionale (art. 117 della Carta). Per non giungere a questa conclusione i TFA dovrebbero ritenersi disciplinati anche dalla legge c.d. Fornero (n. 92/12) ed in specie dai commi 34/36 dell'art. 1, che prevedono la disciplina quadro dei tirocini formativi⁴³⁸.

⁴³⁷ Si tratta delle graduatorie permanenti di cui all'articolo 1 del decreto-legge 7 aprile 2004, n. 97 (convertito, con modificazioni, dalla legge 4 giugno 2004, n. 143), trasformate in graduatorie ad esaurimento.

⁴³⁸ 34. Entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Governo e le regioni concludono in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano un accordo per la definizione di linee-guida condivise in materia di tirocini formativi e di orientamento, sulla base dei seguenti criteri: a) revisione della disciplina dei tirocini formativi, anche in relazione alla valorizzazione di altre forme contrattuali a contenuto formativo; b) previsione di azioni e interventi volti a prevenire e contrastare un uso distorto dell'istituto, anche attraverso la puntuale individuazione delle modalità con cui il tirocinante presta propria attività; c) individuazione degli elementi qualificanti del tirocinio e degli effetti conseguenti alla loro assenza; d) riconoscimento di una congrua indennità, anche in forma forfetaria, in relazione alla prestazione svolta. 35. In ogni caso, la mancata corresponsione dell'indennità di cui alla lettera d) del comma 34 comporta a carico del trasgressore l'irrogazione di una sanzione amministrativa il cui ammontare è proporzionato alla gravità dell'illecito commesso, in misura variabile da un minimo

Le caratteristiche di tali tirocini formativi (extracurricolari ovvero tirocini formativi e di orientamento) sono indicate nell'*accordo per la definizione di linee-guida condivise* del 24 gennaio 2013 in sede di Conferenza Stato-Regioni, previsto dal comma 34: sulla scorta delle stesse ogni regione ha adottato la propria disciplina legislativa. I TFA non rientrerebbero nella esclusione di cui alla lettera b)-a) della premessa all'accordo⁴³⁹, dunque sarebbero pienamente disciplinati dalla predetta normativa.

Con riferimento alla riserva di legge regionale, la Corte costituzionale (sentenza n. 287/2012), nel dichiarare costituzionalmente illegittimo l'art. 11 D.L. n. 138/2011, convertito con L. n. 148/2011, ha precisato che *dopo la riforma costituzionale del 2001, la competenza esclusiva delle Regioni in materia di istruzione e formazione professionale «riguarda la istruzione e la formazione professionale pubbliche che possono essere impartite sia negli istituti scolastici a ciò destinati, sia mediante strutture proprie che le singole Regioni possano approntare in relazione alle peculiarità delle realtà locali, sia in organismi privati con i quali vengano stipulati accordi» (sentenza n. 50 del 2005). Viceversa, la disciplina della formazione interna – ossia quella formazione che i datori di lavoro offrono in ambito aziendale ai propri dipendenti – di per sé non rientra nella menzionata materia, né in altre di competenza regionale; essa, essendo intimamente connessa con il sinallagma contrattuale, attiene all'ordinamento civile, sicché spetta allo Stato stabilire la relativa normativa (sentenza n. 24 del 2007)...il nucleo «di tale competenza, che in linea di principio non può venire sottratto al legislatore regionale (...) – al di fuori del sistema scolastico secondario superiore, universitario e post-universitario – cade sull'addestramento teorico e pratico offerto o prescritto obbligatoriamente (sentenza n. 372 del 1989) al lavoratore o comunque a chi aspiri al lavoro.*

Ne deriva che, per escludere la competenza regionale, il sistema dei TFA/PAS dovrebbe ritenersi inserito nel sistema scolastico universitario o post universitario: dunque dovrebbe trattarsi di un tirocinio formativo curricolare. *La sfera di attribuzione legislativa regionale di carattere residuale viene a distinguersi sia dalla competenza concorrente in materia di istruzione (sentenza n. 309 del 2010), sia da quella, anch'essa ripartita, in materia di professioni (art. 117, terzo comma, Cost.), nel quadro della esclusiva potestà statale di dettare le norme generali sull'istruzione (art. 117, secondo comma, lettera n, Cost.)⁴⁴⁰».*

Dunque delle due l'una: i tirocini o devono ritenersi inquadrati nel *sistema scolastico secondario superiore, universitario e post-universitario*, ovvero devono ritenersi regolati dalle rispettive normative regionali e, in via residuale, dall'art. 18 della L. 196/97 e relativo regolamento di attuazione (D.M. n. 142/98).

L'art. 2, comma 416, della L. n. 244/07, non sembra prevedere la istituzione di un tirocinio curricolare, che è teso al conseguimento di un titolo di studi: infatti il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca poteva solo definire *la disciplina dei requisiti e delle modalità della formazione iniziale e dell'attività procedurale per il reclutamento del personale docente*. In ciò non sembra potersi includere la "creazione" di un nuovo titolo di studio, una nuova "laurea" (ciò che invece è stato probabilmente fatto).

di 1.000 a un massimo di 6.000 euro, conformemente alle previsioni di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689. 36. Dall'applicazione dei commi 34 e 35 non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

⁴³⁹ Si veda il seguente sito ufficiale del Governo:

<http://www.cliclavoro.gov.it/Cittadini/FAQ/Pagine/Tirocini-formativi-e-di-orientamento.aspx>

⁴⁴⁰ Corte cost. sentenza n. 108 del 2012.

Dunque sulla scorta della disposizione suddetta dovrebbe trattarsi di tirocinio extracurricolare. Allora è giocoforza concludere per il contrasto del D.M. del MIUR n. 249 del 10.9.10 ed in specie dell'art. 15, comma 1, lett A) e C), aggravato nell'ipotesi di cui ai commi 13 e 1-bis e seguenti, con l'accordo del 24 gennaio 2013 in sede di Conferenza Stato-Regioni, recepito sul punto dalla normativa regionale. Infatti:

- 1) un tirocinio formativo non può essere previsto per tipologie di attività per le quali non sia necessario un periodo di formazione. Di contro per accedere ai TFA si è sovente in graduatorie atte alla immissione in ruolo (commi 1-bis e segg. e comma 13, lett. a e c) e per i PAS è espressamente previsto che si tratti di soggetti con anni di servizio in scuole statali, paritarie ovvero nei centri di formazione professionale;
- 2) si tratterebbe di tirocinio di inserimento/reinserimento al lavoro, finalizzato ad un percorso di inserimento/reinserimento al lavoro (punto 1, lett. B, delle linee guida) che deve avere un percorso di formazione non superiore a 12 mesi (punto 2), con tutela della maternità;
- 3) vi è una riserva di legge regionale (punto 3) ed accreditamento regionale (punto 4);
- 4) deve essere previsto uno specifico progetto formativo per ciascun tirocinante (punto 6);
- 5) deve essere prevista una indennità di partecipazione non inferiore ad €. 300,00 al mese (punto 12);
- 6) il tirocinio deve essere sottoposto a monitoraggio del soggetto promotore (punto 13); al punto 14 sono previsti controllo, vigilanza e sanzioni.

Non risulta la applicazione, con riferimento a TFA e PAS, della disciplina in materia di tirocini formativi extracurricolari.

Analizzando invece il testo del D.M. 249/10, il tirocinio formativo ivi previsto appare essere curricolare universitario (ovvero che si inserisce in un corso di istruzione e/o di formazione di livello secondario o terziario - lauree, master e dottorati - e, in generale, di corso secondario universitario con rilascio di un titolo o una certificazione con valore pubblico abilitante all'insegnamento).

Se ciò è vero, il suo fondamento e la sua disciplina dovrebbero essere contenuti solo nelle leggi sugli ordinamenti universitari e corsi di laurea e non nell'art. 2, comma 416, della L. 244/07, che consentiva solo di definire *la disciplina dei requisiti e delle modalità della formazione iniziale e dell'attività procedurale per il reclutamento del personale docente*. La disposizione consentiva una serie di opzioni, tra cui, eventualmente, una modifica dei corsi di laurea o l'istituzione di nuovi corsi ma, scelta questa opzione, doveva essere rispettata la disciplina primaria specificamente prevista, in relazione alla quale nessuna deroga sembra prevista dall'art. 2, comma 416.

Non pare possibile ritenere che l'art. 2, comma 416, della L. n. 244/07 costituisca norma speciale rispetto alla normativa che prevede e disciplina le specifiche modalità di creazione o modificazione di corsi universitari (Legge 19 novembre 1990, n. 341 ed in parte L. 127/97): pertanto non sembra esistano spazi interpretativi per ritenere che la disciplina generale non operi in ragione del principio di specialità.

A titolo esemplificativo, deve rilevarsi che la previsione di nuovi corsi di laurea è regolamentata

dall'art. 3, comma 3⁴⁴¹, della l. 341/90. Il comma 6 dell'art. 3 prevede che il diploma di laurea debba essere valido per l'esercizio di attività.

Deve escludersi che il D.M. 249/10 possa trovare fondamento nell'art. 4, comma 2⁴⁴², della L. 341/90 perché la disposizione si riferisce alla formazione... *prevista dalle norme del relativo stato giuridico* e dunque a disposizioni già vigenti alla data di adozione della disposizione (anno 1990).

A riprova deve rilevarsi come il comma 3 (abrogato dalla L. 127/97) prevedesse: *Con decreto del Presidente della Repubblica, da adottare nel termine e con le modalità di cui all'articolo 3, comma 3, sono definiti la tabella della scuola di specializzazione all'insegnamento di cui al comma 2 del presente articolo, la durata dei corsi da fissare in un periodo non inferiore ad un anno ed i relativi piani di studio. Questi devono comprendere discipline finalizzate alla preparazione professionale con riferimento alle scienze dell'educazione e all'approfondimento metodologico e didattico delle aree disciplinari interessate nonché, attività di tirocinio didattico obbligatorio. Con decreto del Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, emanato di concerto con il Ministro della pubblica istruzione, sono stabiliti i criteri di ammissione alla scuola di specializzazione all'insegnamento e le modalità di svolgimento dell'esame finale. Si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 3, commi 7 e 8⁴⁴³.*

L'ordinamento degli studi dei corsi di diploma universitario, di laurea e di specializzazione di cui agli articoli 2, 3 e 4 della legge 19 novembre 1990, n. 341 è disciplinato dagli atenei ai sensi dell'art. 17, commi 95 e segg. della L. 127/97), in conformità a criteri generali definiti, nel rispetto della normativa comunitaria vigente in materia.

La procedura si svolge con le modalità di cui all'articolo 11, commi 1 e 2, della L. 341/90, sentiti il Consiglio universitario nazionale e le Commissioni parlamentari competenti, con uno o più decreti del Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, di concerto con altri Ministri interessati, limitatamente ai criteri relativi agli ordinamenti per i quali il medesimo concerto è previsto.

⁴⁴¹ Art. 3, comma 3: Entro due anni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, su parere conforme del Consiglio universitario nazionale (CUN), di concerto con il Ministro della pubblica istruzione, sentito il Consiglio nazionale della pubblica istruzione (CNPI), acquisito il parere del Consiglio di Stato, viene definita la tabella del corso di laurea e ne sono precisati modalità e contenuti, comprese le attività di tirocinio didattico. I Ministri dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica e della pubblica istruzione si avvalgono della commissione di cui all'articolo 4, comma 5, della legge 9 maggio 1989, n. 168 (2), integrata, a tal fine, da esperti nelle problematiche del corso di laurea stesso e della scuola di specializzazione di cui all'articolo 4, comma 2, della presente legge.

⁴⁴² Art 4, comma 2: Con una specifica scuola di specializzazione articolata in indirizzi, cui contribuiscono le facoltà ed i dipartimenti interessati, ed in particolare le attuali facoltà di magistero, le università provvedono alla formazione, anche attraverso attività di tirocinio didattico, degli insegnanti delle scuole secondarie, prevista dalle norme del relativo stato giuridico. L'esame finale per il conseguimento del diploma ha valore di esame di Stato ed abilita all'insegnamento per le aree disciplinari cui si riferiscono i relativi diplomi di laurea. I diplomi rilasciati dalla scuola di specializzazione costituiscono titolo di ammissione ai corrispondenti concorsi a posti di insegnamento nelle scuole secondarie.

⁴⁴³ Interessante e nello stesso senso il comma 4: Con lo stesso decreto del Presidente della Repubblica di cui al comma 3 o con altro decreto adottato con le medesime modalità, di concerto altresì con i Ministri di grazia e giustizia e per la funzione pubblica, sono determinati i diplomi di specializzazione di cui al comma 2 che in relazione a specifici profili professionali danno titolo alla partecipazione agli esami di abilitazione per l'esercizio delle corrispondenti professioni ovvero danno titolo per l'accesso alla dirigenza nel pubblico impiego.

Nessuna di queste previsioni pare essere stata rispettata nella istituzione dei TFA/PAS.

Il parere, richiamato nel preambolo del D.M. 249/10, espresso nell' Adunanza del 25 giugno 2009 dal Consiglio Universitario Nazionale, riguarda altro⁴⁴⁴. Non pare dunque sostenibile la attivazione della procedura di cui all'art. 17, commi 95 e segg. della L. n. 127/97.

Neppure in relazione al successivo decreto (D.M. marzo 2013, n. 81), che ha modificato in alcune parti il D.M. 249/10 è riscontrabile lo specifico parere di cui all'articolo 11, commi 1 e 2, della L. 341/90. Anche in questo caso il richiamato parere del Consiglio universitario nazionale, espresso nell'adunanza del 12 settembre 2012, riguarda altro⁴⁴⁵.

Ai sensi dell'art. 3, comma 6, della L. 341/90⁴⁴⁶ con lo stesso decreto del Presidente della Repubblica (sostituito da D.M. ex art. 15, comma 97, l. 127/97) di cui al comma 3 o con altro adottato con le medesime modalità⁴⁴⁷, di concerto altresì con i Ministri di grazia e giustizia e per la funzione pubblica e con gli altri Ministri interessati, sono individuati i profili professionali per i quali, salvo le eventuali e opportune integrazioni, il diploma di laurea di cui al comma 2 è titolo valido per l'esercizio delle corrispondenti attività, nonché le qualifiche funzionali del pubblico impiego per le quali il diploma di laurea costituisce titolo per l'accesso. Anche detta disposizione non pare rispettata dal D.M. n. 249/10.

Sembra dunque che i commi 95 e segg. dell'art. 17 della L. 127/97 (come la legge n. 341/90) non siano rispettati dal D.M. n. 249/10.

Ecco che, indipendentemente dall'inquadramento sistematico dei tirocini formativi previsti, la loro disciplina appare di dubbia legittimità:

- o si tratta di tirocini comunque extracurricolari ed è violata la disciplina regionale⁴⁴⁸;

⁴⁴⁴ Nello specifico riguarda lo schema del decreto di riparto del Fondo di Finanziamento Ordinario 2009 nonché lo schema di decreto previsto dall'art. 2, comma 428, della Legge 24 dicembre 2007, n. 244; nessun parere è dunque stato espresso in relazione alle previsioni di cui all'art. 2, comma 416, della L. 244/07.

⁴⁴⁵ In specie lo "Schema di regolamento recante modifiche agli articoli 5 e 15 del Decreto del Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca 10 settembre 2010, N. 249", senza peraltro coinvolgimento dei comitati consultivi di cui all'art. 67 del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n.382.

⁴⁴⁶ D.p.r. sostituito da D.M. ex art 15, comma 97, l. 127/97.

⁴⁴⁷ Ovvero: previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, su parere conforme del Consiglio universitario nazionale (CUN), di concerto con il Ministro della pubblica istruzione, sentito il Consiglio nazionale della pubblica istruzione (CNPI), acquisito il parere del Consiglio di Stato, viene definita la tabella del corso di laurea e ne sono precisati modalità e contenuti, comprese le attività di tirocinio didattico. I Ministri dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica e della pubblica istruzione si avvalgono della commissione di cui all'articolo 4, comma 5, della legge 9 maggio 1989, n. 168 (2), integrata, a tal fine, da esperti nelle problematiche del corso di laurea stesso e della scuola di specializzazione di cui all'articolo 4, comma 2, della presente legge.

⁴⁴⁸ Ai sensi dell'art. 117 della Costituzione: La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: n) norme generali sull'istruzione.

Il Reclutamento e formazione del personale scolastico appare esserne estraneo alle norme generali sull'istruzione ed in ogni caso si verterebbe quantomeno in materia di legislazione concorrente.

Infatti Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni;; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ... Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato.

Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato.

- ovvero si tratta di tirocini curricolari, non legittimati dall'art. 2, comma 416, della L. n. 244/07 (si poteva definire la disciplina dei requisiti e delle modalità della formazione iniziale e dell'attività procedurale per il reclutamento del personale docente, attraverso concorsi ordinari, ma la disposizione non abilitava alla creazione di nuovi corsi di laurea come sembra essere previsto dall'art. 3 del D.M. 249/10). In ogni caso non si è rispettata la normativa per la istituzione dei nuovi titoli di studi.

12. Conclusioni.

La vicenda delle nuove modalità di abilitazione è emblematica della superficialità e della inidoneità, ormai acclarata, ad affrontare la problematica del precariato di Stato. Si continua secondo sperimentate modalità di elusione del problema, creando aspettative (a pagamento, visto che i percorsi abilitanti speciali hanno un costo a carico degli iscritti, privi di lavoro stabile) e rimandando la soluzione, probabilmente perché non si hanno idee.

Eppure la soluzione sarebbe semplice, bastando, dopo i faticosi 36 mesi, prevedere il passaggio di ruolo, se del caso *part-time* con clausola di flessibilità oraria⁴⁴⁹, e formazione, con gli *ex* precari, di un contingente in disponibilità, su base territoriale, da inviare di volta in volta a coprire le varie vacanze temporanee (l'impresa privata di grandi dimensioni spesso ha le squadre di sostituzione).

Il meccanismo è già presente nell'Ordinamento interno, seppur in misura ridotta e senza previsione di *part-time* e flessibilità oraria. In Italia la legge 20 maggio 1982, n. 270, intitolata <<*Revisione della disciplina del reclutamento del personale docente della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica, ristrutturazione degli organici, adozione di misure idonee ad evitare la formazione di precariato e sistemazione del personale precario esistente*>> prevede la presenza di una dotazione organica aggiuntiva (DOA) del 5%, proprio al fine di sopperire, almeno parzialmente, alle ordinarie necessità di sostituzione di personale docente, del sistema scolastico⁴⁵⁰. Le

Dunque le scuole e la autonomia scolastica sono disciplinate dallo Stato mentre l'istruzione in genere (non la formazione professionale di competenza residuale, erga regionale), è oggetto di legislazione concorrente.

La finalità di reclutamento non è atta a fondare una competenza statale basata sull'art 97, comma 3, della Costituzione, perché non si tratta di procedura di reclutamento (non sono pre determinati, nel numero e nella loro effettiva esistenza, i posti di lavoro).

⁴⁴⁹ Prevedendo il diritto, in presenza della disponibilità delle relative ore, al completamento o, comunque, all'elevazione del medesimo orario settimanale, secondo il meccanismo di cui al comma 7 dell'art 40 del C.C.N.L. Comparto Scuola per il quadriennio normativo 2006-2009 e biennio economico 2006-2007, stipulato il 29 novembre 2007.

⁴⁵⁰ In particolare assumono rilievo gli artt. 13, 14:

Art. 13: Determinazione di dotazioni aggiuntive all'organico. Le dotazioni organiche determinate ai sensi del precedente articolo 12 sono aumentate di una dotazione aggiuntiva risultante dalla applicazione di un incremento percentuale medio del 5 per cento, calcolato sulla consistenza complessiva delle predette dotazioni organiche, fatta salva la determinazione in cifra assoluta, stabilita dal successivo articolo 20, per la prima applicazione della presente legge.

La dotazione aggiuntiva risultante dall'applicazione del precedente comma è ripartita dal Ministro della pubblica istruzione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, preliminarmente tra i diversi ordini e gradi di scuola in relazione alle rispettive specifiche esigenze.

Art. 14. Utilizzazione del personale docente di ruolo. La utilizzazione dei docenti delle dotazioni aggiuntive deve contribuire nella scuola elementare e media, e per quanto compatibile anche nella scuola materna, a realizzare una programmazione educativa secondo quanto previsto dalla legge 4 agosto 1977, n. 517, assicurando peraltro il soddisfacimento in via prioritaria, nell'ordine, delle seguenti esigenze:

- a) copertura dei posti di insegnamento che non possono concorrere a costituire cattedre o posti orario;
- b) copertura dei posti di insegnamento comunque vacanti e disponibili per un periodo non inferiore a 5 mesi nell'ambito del distretto o dei distretti vicini;

dotazioni aggiuntive sono confermate dagli artt. 1 e segg. del D.L. n. 104/1988, dall'art. 4 della L. n. 498/1992, dagli artt. 445 (che ripartisce le DOA su base regionale) e 455 del d.lgs. n. 297/94. Detta ultima disposizione, al comma 1, prevede che *l'utilizzazione dei docenti delle dotazioni organiche aggiuntive è finalizzata alla copertura di posti e cattedre da attribuire alle supplenze annuali, nonché di posti comunque disponibili per l'intero anno scolastico, in misura prevalente rispetto a tutte le altre attività previste dai successivi commi.*

Ancora sulla disciplina sono intervenuti l'art. 8, comma 1, dell'O.M. 9 luglio 1996, n. 332. Il comma 71 dell'art. 1 della L. 662/1996 ha determinato che la dotazione organica aggiuntiva sia divenuta dotazione organica provinciale (DOP)⁴⁵¹.

L'art. 4 della legge n. 124/1999 dispone che *alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili ..., 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, si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali...*

Il comma 4⁴⁵² ribadisce che la DOP è composta da personale di ruolo.

L'ordinamento dunque già prevede un sistema di supplenze di non precari, così dimostrando che supplente=precario non è una equazione necessaria, ma una scelta del legislatore. Appare a questo punto evidente che il problema del precariato scolastico è di facile soluzione, anzi la normativa già lo prevede *in nuce*: basterebbe ampliarle e perfezionarle.

Analogamente per il precariato pubblico in genere la soluzione è nell'art. 36, comma 2⁴⁵³, del d.lgs. n. 165/01. Lo stesso percorso di accesso tra lavoratore a tempo determinato e tempo indeterminato, che risolve in maniera evidente qualsivoglia problema di compatibilità con l'art. 97, comma 3, della Costituzione, consentirebbe di prevedere, con chiarezza, la costituzione del rapporto di lavoro decorso un certo tempo (ove il legislatore dovesse ritenere, anche ad orario ridotto). Le esigenze, decorso un lungo tempo, si dimostrano senza dubbio, in fatto, stabili e non si

c) sostituzione dei docenti destinati ai compiti di cui al successivo sesto comma;

d) sostituzione dei docenti impegnati nella realizzazione delle scuole a tempo pieno;

e) sostituzione dei docenti impegnati nello svolgimento dei corsi di istruzione per adulti finalizzati al conseguimento dei titoli di studio e per l'insegnamento nei corsi sperimentali di scuola media per lavoratori;

f) sostituzione dei docenti utilizzati ai sensi del nono comma, secondo periodo del presente articolo.

2. A tal fine il provveditore agli studi definisce il contingente su base distrettuale ed assegna a ciascun circolo o scuola, in relazione alle esigenze, un contingente di docenti della dotazione aggiuntiva per la scuola materna, elementare e media.

3. In caso di eccedenza detto personale dovrà essere utilizzato prioritariamente presso circoli didattici o scuole medie dello stesso distretto o del distretto vicinore.

4. Nelle scuole secondarie superiori i docenti della dotazione aggiuntiva sono assegnati dal provveditore agli studi per coprire le esigenze di cui ai punti a), b), c) e f) del primo comma.

5. Il personale docente della dotazione aggiuntiva dipende dal circolo didattico o dalle scuole in cui è stato assegnato all'inizio dell'anno scolastico.

⁴⁵¹ Cfr. altresì schema di Decreto interministeriale del 19/02/2002 relativo a "Disposizioni sulla determinazione degli organici del personale docente per l'anno scolastico 2002/2003" e circolare del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca n. 16 del 19/02/2002, avente ad oggetto: Dotazioni organiche del personale docente per l'anno scolastico 2002/2003 - Schema di decreto interministeriale.

⁴⁵² Comma 4: I posti delle dotazioni organiche provinciali non possono essere coperti in nessun caso mediante assunzione di personale docente non di ruolo docente di ruolo.

⁴⁵³ Art. 36, comma 2, penultimo periodo: Per prevenire fenomeni di precariato, le amministrazioni pubbliche, nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, sottoscrivono contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato.

comprende come la costituzione di tali rapporti di lavoro potrebbe arrecare danno allo Stato, in misura maggiore del risarcimento del danno.

Da queste considerazioni emerge la possibile soluzione anche del precariato ordinario non di Stato: una sola misura ostativa, basata sulla durata complessiva massima dei contratti a termine, in uno con graduatorie per la riassunzione nell'impresa. In tal modo si consente di assicurare sia esigenze connesse al patto di prova, sia di garantire una certa flessibilità in entrata. Ovviamente sarebbe necessario prevedere la possibilità per l'imprenditore di espellere il lavoratore dalle graduatorie per la riassunzione, a fronte di una giusta causa ovvero di plurimi rifiuti di riassunzione. A fronte di esigenze temporanee, ad esempio trimestrali, ipotizzando una durata massima di 36 mesi (come è oggi previsto dall'art 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/01) si determina la costituzione del rapporto di lavoro addirittura dopo 12 anni. Peraltro le esigenze cicliche conoscono uno specifico contratto, il *part-time* verticale.

Ed allora perché la problematica dei contratti a termine se è previsto il *part-time* verticale? Perché si è prevista ad esempio la c.d. causale postale anche per esigenze connesse a periodi dell'anno precisi (*sei mesi, compresi tra aprile ed ottobre di ogni anno*)?

La ragione potrebbe risiedere nella disciplina della indennità di disoccupazione (che non spetta in ipotesi di *part-time* verticale) che si traduce in un vantaggio economico per i lavoratori ove assunti a termine per periodi ciclici.

Infatti i periodi di non occupazione, ovvero i periodi di tempo non lavorati in caso di *part-time* verticale, non danno diritto al pagamento della indennità di disoccupazione, trattandosi di periodi non conseguenti a disoccupazione involontaria. Detta previsione potrebbe però costituire un caso di violazione del principio di uguaglianza/non discriminazione di cui alla clausola 4 della direttiva 97/81/Ce⁴⁵⁴ essendo "lavoratore a tempo pieno comparabile", di cui alla clausola 2 della stessa, anche il lavoratore a tempo pieno e determinato. Il passaggio logico necessario per sostenere la discriminatorietà è nel rilievo che l'indennità di disoccupazione consente l'accredito contributivo, incidendo pertanto sul diritto a pensione. Posto che la Corte di giustizia riconosce che tutte le forme di pensioni professionali costituiscono un elemento di retribuzione⁴⁵⁵ e che le pensioni italiane dovrebbero ritenersi pensioni professionali⁴⁵⁶, traspare la possibile discriminatorietà del sistema interno, anche ai sensi della clausola 4 della direttiva 97/81/Ce, vista la disuguaglianza, in termini di retribuzione.

⁴⁵⁴ Direttiva UE 97/81/CE del Consiglio del 15 dicembre 1997 relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES -/Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale. clausola 4: Per quanto attiene alle condizioni di impiego, i lavoratori a tempo parziale non devono essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo pieno comparabili per il solo motivo di lavorare a tempo parziale, a meno che un trattamento differente sia giustificato da ragioni obiettive.

⁴⁵⁵ Ciò sin dalla sentenza del 17 maggio 1990, nella causa C-262/88, Barber/Royal Exchange Assurance.

⁴⁵⁶ Semplificando si può affermare che si tratta di retribuzione differita (pensione professionale) quando la prestazione è calcolata (solo o in misura assolutamente prevalente) sulla base delle retribuzioni e del periodo di iscrizione, trovando così la sua causa diretta nel rapporto di lavoro e non in una erogazione da parte dello Stato per ragioni di carattere sociale. In detta ipotesi si tratta di retribuzione differita per cui si ricade nel pieno della applicazione del diritto dell'Unione. È irrilevante che il soggetto erogante sia diverso dal datore di lavoro (sentenza della Corte del 17 aprile 1997, C-147/95, Dimossia Epicheirissi Illektrismou (DEI) contro Efthimos Evrenopoulos, punti 16 e 23).

Seguendo questa impostazione, la disciplina della indennità di disoccupazione, che pone in una condizione di minore convenienza economica i lavoratori con *part-time* verticale, potrebbe ritenersi contraria al diritto eurounitario; sulla scorta di esso si potrebbe riconoscere la predetta indennità anche nelle ipotesi di *part-time* verticale⁴⁵⁷. In tal modo verrebbe meno un notevole ostacolo alla diffusione di tale tipologia di articolazione dell'orario di lavoro, non affrontato neppure con la previsione della Assicurazione sociale per l'impiego (ASpl) di cui alla riforma Monti-Fornero.

⁴⁵⁷ Da ricordarsi che l'Ordinamento europeo conosce, ad altri fini, il concetto di disoccupazione parziale, contrapposta alla totale (cfr. art. 65 del Regolamento n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 aprile 2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale; cfr. altresì l'art. 71 dell'abrogato Regolamento n. 1408/71 del Consiglio del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori dipendenti e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità).