

La sentenza della Corte di giustizia sugli insegnanti di religione cattolica precari

**di
Vincenzo De Michele**

SOMMARIO: 1. L'equilibrio della Corte di giustizia tra primazia del diritto dell'Unione e doppio dialogo con il Tribunale di Napoli e con la Corte costituzionale sulla tutela effettiva del precariato pubblico. – 2. La Corte di giustizia sceglie l'interpretazione conforme, costituzionalmente e comunitariamente rafforzata, della Cassazione in "adesione" alla sentenza Sciotto della Corte Ue. – 3. La Corte di giustizia evita il conflitto con la Corte costituzionale, invitando il Tribunale di Napoli, ove occorra, a sollevare l'incidente di costituzionalità a esito vincolato, per affermare la primazia del diritto dell'Unione. - 4. Il conflitto tra Corte di giustizia e Corte costituzionale evocato dal Tribunale di Napoli e la violazione del principio di uguaglianza e non discriminazione. - 5. Le osservazioni della Commissione europea e le conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev sulla violazione del principio di uguaglianza e non discriminazione nelle risposte "costituzionali" della Corte Ue.

1. L'equilibrio della Corte di giustizia tra primazia del diritto dell'Unione e doppio dialogo con il giudice nazionale e con la Corte costituzionale sulla tutela effettiva del precariato pubblico

Anticipo il mio giudizio estremamente positivo sulla sentenza della Corte di giustizia del 13 gennaio 2022 nella causa C-282/19 MIUR e Ufficio Scolastico regionale per la Campania (EU:C:2022:3) sugli insegnanti precari di religione cattolica, al di là dei punti controversi e delle omissioni interpretative che pure sono ben presenti nell'importante decisione e che verranno di seguito analizzati, comparando la diversa posizione nel procedimento incidentale assunta dal Giudice del rinvio¹ nell'ordinanza pregiudiziale, dalla Commissione europea nelle osservazioni scritte e dall'Avvocato generale Tanchev nelle conclusioni scritte depositate il 18 marzo 2021, quasi dieci prima del deposito della sentenza della Corte.

¹ Trib. Napoli, Est. Coppola.

La Corte comunitaria ha accolto (soltanto) la questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Napoli sull'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato degli insegnanti di religione cattolica nella scuola pubblica, per violazione della clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito dalla direttiva 1999/70/CE, e ha fissato dei principi di stabilizzazione automatica dei rapporti di lavoro che possono (devono) essere applicati dallo Stato italiano e dai giudici nazionali a tutto il precariato pubblico che abbia maturato i 36 mesi di servizio anche non continuativi alle dipendenze della stessa pubblica amministrazione, attraverso il necessario vaglio di costituzionalità delle norme interne ostative: **«La clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso, da un lato, che essa osta a una normativa nazionale che esclude gli insegnanti di religione cattolica degli istituti di insegnamento pubblico dall'applicazione delle norme dirette a sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato, qualora non esista nessun'altra misura effettiva nell'ordinamento giuridico interno che sanzioni detto ricorso abusivo, e, dall'altro, che la necessità di un titolo di idoneità rilasciato da un'autorità ecclesiastica al fine di consentire a tali insegnanti di impartire l'insegnamento della religione cattolica non costituisce una «ragione obiettiva» ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), di tale accordo quadro, nella misura in cui tale titolo di idoneità è rilasciato una sola volta, e non prima di ogni anno scolastico che dà luogo alla stipulazione di un contratto di lavoro a tempo determinato.»**

Si tratta, a mio parere, di una vera e propria svolta nella giurisprudenza comunitaria, perché la Corte Ue, senza andare in contrasto diretto con la Corte

costituzionale (sentenze 89/2003 e n.248/2018) sul divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego e con la Cassazione a Sezioni unite (sentenza n.5072/2016) sul "danno comunitario", ne supera le fragili argomentazioni affermando la primazia del diritto dell'Unione senza imporre la disapplicazione delle norme interne ostative alla riqualificazione stabile dei contratti di lavoro, tecnica solutoria della controversia "collettiva" che il Tribunale di Napoli aveva espressamente evocato per demolire il muro di gomma impenetrabile eretto dal Giudice delle leggi e dalla Corte di legittimità avverso l'unica tutela effettiva per rimuovere la precarietà dei rapporti di lavoro, la stabilizzazione.

Senza possibilità di equivoci, utilizzando ampiamente precedenti recenti decisioni interpretative sugli ordinamenti spagnolo e greco (v. *infra*), la Corte Ue rispetto ha affermato al punto 119 della sentenza sugli insegnanti di religione cattolica che costituisce una misura preventiva adeguata a sanzionare l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato nel pubblico impiego, ai sensi della clausola 5 dell'accordo quadro a tempo determinato, l'applicazione da parte del giudice nazionale, sulla base dell'interpretazione adeguatrice, delle norme che regolano i contratti di lavoro di diritto privato (art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001; ora art.29 d.lgs. 81/2015) dirette a sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato, prevedendo la conversione automatica di un contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato qualora il rapporto di lavoro perduri oltre un certo periodo (tre anni fino alle modifiche dell'art.19 d.l. n.81/2015 introdotte dal decreto "dignità" n.87/2018 con decorrenza 14 luglio 2018, attualmente due anni).

2. La Corte di giustizia sceglie l'interpretazione conforme, costituzionalmente e comunitariamente rafforzata, della Cassazione in "adesione" alla sentenza Sciotto della Corte Ue

La Corte di giustizia nella sentenza del 13 gennaio 2022 sugli insegnanti di religione cattolica precari cita sei volte la sentenza Sciotto², sulla base della quale il Tribunale di Napoli ha sollevato il conflitto costituzionale con la sentenza n.248/2018 della Corte costituzionale, che avrebbe portato al punto 71 alla valorizzazione della tecnica della disapplicazione delle norme abusive e alla diretta conversione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro, in caso di discriminazione tra categorie di lavoratori a tempo determinato che si trovano nelle stesse condizioni, alcuni dei quali con la stabilità dei contratti diventano lavoratori a tempo indeterminato comparabili.

Eppure, la Corte di giustizia esplicitamente vieta al giudice nazionale di disapplicare e lo invita alla interpretazione adeguatrice per ottenere la conversione a tempo indeterminato dei rapporti flessibili, sembrando sconfessare il punto 71 della sentenza Sciotto e la prospettazione del giudice del rinvio.

La contraddizione nella giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto appare intenzionale anche nella apparente retrocessione rispetto alla costante valorizzazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e, in particolare, dell'art.20 e del principio di uguaglianza e non discriminazione tra categorie di soggetti che si trovino nelle stesse condizioni fattuali di fronte alla legge interna.

La Corte di giustizia evita il conflitto costituzionale con il Giudice delle leggi e sceglie l'interpretazione conferma perché è la stessa tecnica ermeneutica utilizzata *in subiecta materia* dalla Suprema Corte di Cassazione.

Infatti, con le due sentenze nn.6679-6680/2019³ la Cassazione ha avuto la prima occasione di confrontarsi con i principi enunciati dalla Corte di giustizia nella

² Corte di giustizia Ue, sentenza 25 ottobre 2018, causa C-331/17, Sciotto contro Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, EU:C:2018:859.

³ Cass., S.L., Pres. Bronzini, Est. Piccone, sentenze 7 marzo 2019, n.6679 e 6680.

sentenza Sciotto, pronunciandosi sull'illegittimità per mancanza di ragioni oggettive temporanee dei singoli contratti di lavoro a tempo determinato nel lasso temporale complessivo dal 2003 al 2008 stipulati dalla Fondazione Teatro dell'Opera di Roma con una violinista di fila (n.6679/2019, con accoglimento del ricorso proposto dalla lavoratrice) e con tre maschere di sala (n.6680/2019, con rigetto del gravame del datore di lavoro pubblico).

In primo luogo, la Suprema Corte ha superato i divieti di assunzione a tempo indeterminato e di indire nuove procedure concorsuali previsti del settore delle Fondazioni liriche dalle leggi finanziarie n. 266/2005 (art. 1, comma 595) e n.244/2007 (art.1, comma 392), dall'art. 3, comma 5, del d.l. n.64/2010 (convertito, con modificazioni, dalla legge n.100/2010) e dall'art. 11, comma 19, del d.l. n.91/2013 (convertito, con modificazioni, dalla legge n.112/2013), considerati "limiti esterni" al rapporto di lavoro *«siccome riguardanti il funzionamento e l'autorganizzazione del datore di lavoro che, pur potendo incidere indirettamente sulla esistenza del rapporto di lavoro invocata dal privato, non possono far degradare la sua posizione di diritto soggettivo sorta in conseguenza di atti di gestione del rapporto di tipo privatistico (cfr., Cass., sez. un, 14 dicembre 1999, n. 894)»* (sentenza n.6680/2019, punto 1.1.4).

Tuttavia, la Corte di legittimità si è sforzata anche di consolidare la propria costante giurisprudenza sul punto, richiamando le due sentenze della Corte di giustizia che consentirebbero al giudice nazionale i maggiori spazi di diretta applicazione del principio di uguaglianza e non discriminazione di cui all'art.3 Cost. anche nelle controversie tra privati, attraverso la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (sentenza Sciotto, punto 71) e l'art.20 della Carta dei diritti fondamentali Ue (sentenza Milkova): *«Tale conclusione risulta oggi viepiù imposta dalla interpretazione conforme della normativa considerata all'ultima parte della decisione di recente resa dalla Corte di giustizia nella causa Sciotto, (Corte di giust. 25 ottobre 2018, causa C-331/17) ed alla necessità di evitare gravi disparità di*

trattamento anche alla luce della sentenza Milkova (V. Corte Giust. 9 marzo 2017, Causa C- 406/15, Milkova) dovendo scongiurarsi il rischio che la distinzione operata da una normativa nazionale tra i lavoratori subordinati a tempo determinato alle dipendenze di un qualsiasi datore di lavoro privato e quelli che svolgano le medesime mansioni alle dipendenze di una Fondazione lirica, non risulti adeguata al fine perseguito da tale normativa.» (sentenza n.6680/2019, punto 1.2)

Abilmente, la Cassazione ha evitato il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, poi proposto dal Tribunale di Napoli, che avrebbe imposto dall'estensione a tutto il settore pubblico (comprese le Fondazioni liriche), da parte della Corte costituzionale nella sentenza n.248/2018, del divieto assoluto di conversione a tempo indeterminato dei rapporti flessibili illegittimi, per tornare all'interpretazione conforme o adeguatrice sulla necessità di giustificare la legittima apposizione del termine al rapporto di lavoro con ragioni oggettive temporanee, teorizzata dalla fondamentale sentenza n.12985/2008⁴ della Suprema Corte.

All'uopo, la Suprema Corte ha richiamato il precedente n.260/2015⁵ della Consulta *in subiecta materia*, evidenziando l'*idem sentire* di tutte le Alte Corti (nell'ordine, Cassazione, Corte costituzionale e Corte di giustizia) sulla tutela effettiva delle ragioni oggettive, per ogni singolo contratto a tempo determinato, da riconoscere anche in un settore potenzialmente caratterizzato da alta flessibilità, come quello delle Fondazioni liriche.

La Cassazione, dunque, ha già usato la tecnica interpretativa di diritto comune o giurisprudenziale che autoqualifica come "interpretazione conforme", che, in realtà, ricostruisce la garanzia della stabilità lavorativa *praeter legem* o, forse più correttamente, *contra legem* se si limita lo sguardo ermeneutico alla legislazione ordinaria interna, ma in un nuovo sistema delle fonti normative fondato sull'identità dei principi costituzionali ed europei e sulla loro diretta precettività attraverso il

⁴ Cass., S.L., Pres. Mattone, Est. Nobile, sentenza 21 maggio 2008, n.12985.

⁵ Corte cost., Pres. Cartabia, Est. Sciarra, sentenza 10 dicembre 2015, n.260.

principio di non discriminazione delle situazioni che necessitano di identità di tutela, in mancanza di ragioni obiettive che giustifichino la differenza di trattamento regolativo.

La Corte di giustizia nella sentenza sugli insegnanti precari di religione ha semplicemente preso come modello l'opzione dell'interpretazione conforme del Giudice nazionale di ultima istanza.

Il ritorno della Cassazione al suo passato dell'interpretazione conforme, costituzionalmente e comunitariamente orientata e rafforzata dalla Carta di Nizza e dalla giurisprudenza della Corte Ue, rappresenta dunque una soluzione applicabile nell'ordinamento interno nella visione della Corte di giustizia.

I giudici nazionali, per applicare il principio di interpretazione conforme con la conversione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro secondo il diritto comune, afferma la Corte giustizia, dovranno fare *«tutto quanto compete loro, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e pervenire a una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima (sentenza del 24 giugno 2021, Obras y Servicios Públicos e Acciona Agua, C-550/19, EU:C:2021:514, punto 78 e giurisprudenza ivi citata). Pertanto, spetta al giudice del rinvio verificare se una simile interpretazione conforme delle disposizioni nazionali sia possibile»* (cfr. Corte di giustizia, sentenza MIUR e Ufficio Scolastico regionale per la Campania, punto 124).

Alle stesse conclusioni la Corte di giustizia era già pervenuta analizzando la normativa interna del pubblico impiego spagnolo in materia di abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato⁶, in cui, come nel caso italiano, la giurisprudenza del Tribunale supremo (cfr. Cassazione spagnola, Sezione lavoro, sentenza n. 649 del

⁶ Corte di giustizia Ue, sentenza del 24 giugno 2021, Obras y Servicios Públicos e Acciona Agua, C-550/19, EU:C:2021:514; sentenza del 3 giugno 2021, Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario, C-726/19, EU:C:2021:439.

28 giugno 2021), ha applicato i termini previsti all'articolo 15, paragrafo 5⁷, dello Statuto dei lavoratori ai contratti cosiddetti «fijos de obra» (contratto a termine per l'esecuzione di un'opera), con la conseguenza che, qualora un lavoratore abbia concluso almeno due contratti di questo tipo e il termine legale previsto da tale disposizione sia stato superato (24 mesi su un periodo di 30 mesi), esso acquisisce lo status di lavoratore a tempo indeterminato (Corte di giustizia, sentenza Obras cit., punto 70).

La stessa tecnica di interpretazione conforme è stata suggerita dalla Corte di giustizia⁸ al giudice nazionale greco, che ha costantemente rifiutato di applicare la norma costituzionale interna che imponeva il divieto assoluto di conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego e che, grazie anche alla mancanza di una Corte costituzionale ellenica, ha chiesto ed ottenuto la licenza definitiva, nell'ambito dell'interpretazione conforme, di convertire a tempo indeterminato i rapporti di lavoro a termine nel pubblico impiego in caso di abusivo ricorso, in applicazione della normativa interna sanzionatoria del 1920 nel settore privato: *«Nel caso in cui il giudice nazionale dovesse concludere nel senso che la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 3, della legge 2112/1920 non fosse possibile, dal momento che condurrebbe a un'interpretazione contra legem dell'articolo 103, paragrafi 7 e 8, della Costituzione ellenica, tale giudice dovrebbe verificare se vi siano altre misure effettive in tal senso nel diritto ellenico. A tale riguardo, occorre precisare che misure siffatte devono essere tanto effettive e dissuasive da garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro, vale a dire, nel caso di specie, gli articoli 5 e 6 del decreto presidenziale 164/2004, i quali hanno recepito*

⁷ L'art.15, comma 5, dello Statuto dei lavoratori prevede che i lavoratori che sono stati assunti, con o senza interruzione, per un periodo superiore a 24 mesi su un periodo di 30 mesi per occupare un posto di lavoro identico o diverso all'interno della stessa impresa o dello stesso gruppo di imprese nell'ambito di almeno due contratti temporanei, direttamente o mediante la loro messa a disposizione da parte di agenzie di lavoro interinale e secondo modalità contrattuali a tempo determinato identiche o diverse, acquisiscono la qualità di lavoratori permanenti.

⁸ Corte di giustizia Ue, sentenza dell'11 febbraio 2021, M. V. e a. (Successione di contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico), C-760/18, EU:C:2021:113.

nell'ordinamento giuridico ellenico la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro» (Corte di giustizia, sentenza M.V. e a. cit., punto 70).

La Corte di giustizia ha inoltre precisato che, quanto alla circostanza che l'articolo 103, paragrafo 8, della Costituzione ellenica è stato modificato successivamente all'entrata in vigore della direttiva 1999/70 e prima della scadenza del termine per il suo recepimento, allo scopo di vietare in modo assoluto, nel settore pubblico, la trasformazione di contratti di lavoro a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato, una direttiva produce effetti giuridici nei confronti dello Stato membro destinatario e, pertanto, di tutti gli organi nazionali, a seguito della sua pubblicazione o dalla data della sua notifica, a seconda dei casi, e che la direttiva 1999/70/CE è entrata in vigore il 10 luglio 1999, con la conseguenza che tutte le autorità degli Stati membri sono soggette all'obbligo di garantire la piena efficacia delle disposizioni del diritto dell'Unione, anche quando tali autorità modificano la loro Costituzione (sentenza M.V. e a., cit., punti 71-74).

In conseguenza, così ha concluso la Corte di giustizia nella sentenza M.V. e a.:

«La clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che, quando si è verificato un utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, ai sensi di tale disposizione, l'obbligo per il giudice del rinvio di effettuare, il più possibile, un'interpretazione e un'applicazione di tutte le pertinenti disposizioni del diritto interno, idonee a sanzionare debitamente tale abuso e ad eliminare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione, include la valutazione della questione se le disposizioni di una normativa nazionale anteriore, ancora in vigore, che consente di convertire in un contratto di lavoro a tempo indeterminato la successione di contratti a tempo determinato, possano, eventualmente, applicarsi ai fini di tale interpretazione conforme, sebbene disposizioni nazionali di natura costituzionale vietino in modo assoluto, nel settore pubblico, una siffatta conversione.».

Quindi l'interpretazione conforme che porta all'automatica trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a tempo determinato nel pubblico impiego illegittimi, come avviene nel diritto comune e nel lavoro privato,

sarebbe possibile nell'attuale ordinamento interno italiano, come avviene in Spagna e in Grecia.

3. La Corte di giustizia evita il conflitto con la Corte costituzionale, invitando il Tribunale di Napoli, ove occorra, a sollevare l'incidente di costituzionalità a esito vincolato, per affermare la primazia del diritto dell'Unione

Che succede se il Giudice del rinvio pregiudiziale - il Tribunale di Napoli - non ritenga di poter operare un'interpretazione conforme, perché *contra legem*, per convertire automaticamente a tempo indeterminato i rapporti di lavoro precari che abbiano superato i tre o i due anni nel pubblico impiego, non avendo il potere di disapplicare le norme ostative alla stabilità lavorativa?

Evidentemente, il giudice nazionale potrà (dovrà) sollevare l'incidente di costituzionalità, per violazione degli artt.3 e 117 Cost., in riferimento al parametro interposto della clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito dalla direttiva 1999/70/CE in combinato disposto con il principio di uguaglianza e non discriminazione letto alla luce dell'art.20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, come interpretati dalla Corte di giustizia nelle sentenze Milkova e MIUR e Ufficio regionale scolastico per la Campania.

Il motivo per cui la Corte di giustizia ha cercato di ricondurre la soluzione del problema del precariato pubblico italiano (soprattutto, anche se non necessariamente) nell'ambito del rimedio interno della questione di legittimità costituzionale già (erroneamente) rigettata dal Giudice delle leggi con la sentenza n.248/2018 (giustamente censurata dal Tribunale di Napoli) risiede nella necessità di salvaguardare l'intenso recente dialogo tra la Corte Ue e la Corte costituzionale italiana, che ha portato quest'ultima, ad assurgere a vero e proprio pilastro nell'azione di sostegno alla tutela dei diritti fondamentali garantiti dall'Unione, nell'interpretazione fornita dalla Corte di Lussemburgo.

Come è noto, il controllo accentrato di costituzionalità è stato introdotto con un contestato *obiter dictum* dalla sentenza n.269/2017⁹ della Corte costituzionale, immediatamente dopo la seconda decisione della Corte di giustizia sul caso Taricco¹⁰, prendendo una posizione diametralmente opposta rispetto a quella adottata dallo stesso Giudice delle leggi, qualche mese prima, con la sentenza n.111/2017¹¹, in materia di discriminazione sulle condizioni di lavoro per l'accesso alla pensione di vecchiaia tra uomini e donne.

Nella sentenza n.111/2017, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale lasciando al giudice del rinvio il compito di attuare il diritto dell'Unione, la Corte costituzionale non aveva avuto dubbi sull'applicazione diretta dell'art.21 della Carta dei diritti fondamentali Ue¹², parametro interposto espressamente evocato dal giudice del rinvio costituzionale, ma aveva fatto anche espresso riferimento - ed applicazione, aggiunge chi scrive - al "diritto europeo secondario", in particolare alla direttiva antidiscriminatoria 2006/54/CE, avente efficacia cogente in materia di trattamenti pensionistici nel pubblico impiego, che operano come retribuzione differita¹³ e vanno considerati come condizioni di lavoro nel campo di applicazione del diritto Ue, primario e derivato.

Il *revirement* inaspettato con la sentenza n.269/2017 della Corte costituzionale sulla gerarchia delle fonti di diritto sovranazionale e nazionale e sul rapporto con la

⁹ Corte costituzionale, Pres. Grossi, Est. Cartabia, sentenza 7 novembre 2017, n.269.

¹⁰ Corte di giustizia Ue, sentenza 5 dicembre 2017, causa C-42/17, M.A.S. e M.B., EU:C:2017:936.

¹¹ Corte costituzionale, Pres. Grossi, Est. Sciarra, sentenza 12 maggio 2017, n.111.

¹² La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è stata firmata a Nizza il 7 dicembre 2000 e fa parte, ai sensi dell'art.4 TUE, del diritto primario dell'Unione, avendo lo stesso valore dei Trattati. Sulla Carta UE cfr. da ultimo V. Piccone e Oreste Pollicino (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Efficacia ed effettività*, ESI, 2018.

¹³ Cfr. Corte di giustizia Ce, sentenza 13 novembre 2008, causa C-46/07, EU:C:2008:618.

Corte di giustizia era stato anticipato dalla dottrina¹⁴¹⁵ interna alla Consulta dall'affermazione secondo cui «*«la Corte costituzionale italiana – come ogni altra corte costituzionale nazionale – si trova spesso al crocevia di tutti e tre questi sistemi ed è chiamata ad essere contemporaneamente custode della costituzione nazionale, garante dell'osservanza del diritto dell'Unione, guardiania del rispetto della Convenzione europea. Più precisamente: in quanto custode della Costituzione nazionale – che a sua volta contiene clausole di limitazione della sovranità dello Stato (nel caso italiano all'art. 11 Cost.) e i principi che assoggettano tutte le istituzioni della repubblica al rispetto dei «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» e dagli «obblighi internazionali» (art.117, primo comma, Cost.) – la Corte costituzionale ha la missione di assicurare anche la piena osservanza del diritto UE e della Convenzione.»».*

In realtà, la nostra Carta fondamentale non ha affidato al Giudice delle leggi la missione di assicurare anche la piena osservanza del diritto UE e della Convenzione, compito che spetta (soprattutto) alla giurisdizione, di merito e di legittimità, ordinaria ed amministrativa, ai sensi degli artt.24 e 111 Cost., che ha il compito di garantire la tutela dei diritti e degli interessi legittimi nel pieno rispetto della Costituzione, secondo il noto principio, fino ad un passato recente molto sostenuto dalla stessa Consulta con il ricorso allo strumento dell'interpretazione conforme, del controllo diffuso di costituzionalità delle leggi.

La Corte costituzionale non è giurisdizione.

Si è trasformata eccezionalmente in giurisdizione per legittimare il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in sede incidentale con l'ordinanza n.207/2013¹⁶, per risolvere la questione del precariato scolastico di fronte all'inerzia del

¹⁴ M.Cartabia, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it, 2017, n.3, 9.

¹⁵ M.Cartabia, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 9.

¹⁶ Corte costituzionale, Pres. Gallo, Est. Mattarella, ordinanza 18 luglio 2013, n. 207.

legislatore, pendendo, peraltro, già questioni pregiudiziali sulla stessa problematica sollevate dal Tribunale di Napoli (cause Mascolo ed altri C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13).

Ad ogni buon conto, abiurando la sua stessa giurisprudenza di pochi mesi prima (sentenza n.111/2017), la Corte costituzionale sembrava aver rinunciato di fatto a continuare ad avere un ruolo importante nella costruzione dell'*acquis communautaire*, ponendosi anche in contrasto con il quadro normativo sia sovranazionale che interno.

Come è noto, il primato del diritto "comunitario" sulle legislazioni nazionali è sancito nella dichiarazione n. 17¹⁷, allegata ai Trattati Ue: «*Per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza.*».

Ai sensi dell'art.17 del TFUE la Commissione «*vigila sull'applicazione dei trattati e delle misure adottate dalle istituzioni in virtù dei trattati*» e «*vigila sull'applicazione del diritto dell'Unione sotto il controllo della Corte di giustizia dell'Unione europea*». In virtù del suo ruolo di "custode dei trattati", spetta alla Commissione il compito di garantire la corretta applicazione del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri. Per l'Italia, il quadro costituzionale presenta una serie di indici normativi "sopravvenuti" rispetto al testo originario della Carta fondamentale, che consentirebbero di ritenere ormai archiviata la teoria dei «controlimiti» (risalente alle sentenze n. 232 del 1989, n. 170 del 1984 e n.183 del 1973), che lo stesso Giudice delle leggi aveva in passato paventato per impedire che il diritto Ue, nella concreta fattispecie, andasse a violare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale nazionale.

17 V. P. Gianniti, *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Idem* (a cura di), *La Cedu e il ruolo delle Corti*, 2015, Bologna, 149.

Al solo art.11 Cost. tradizionalmente la giurisprudenza della Corte costituzionale ha fatto riferimento per riconoscere la penetrazione diretta nell'ordinamento interno delle fonti comunitarie (cfr. sentenze n.284 del 2007, n. 389 del 1989 e n. 113 del 1985), comprese le sentenze della Corte di giustizia in sede interpretativa aventi come parametro di comparazione le regole nazionali (cfr. ordinanze n.252 del 2006, nn.194 e 195 del 2016, in cui la decisione dei Giudici di Lussemburgo viene considerata «*ius superveniens*»), salva l'ammissibilità dell'incidente di costituzionalità in caso di regole Ue di non diretta applicazione (cfr. ordinanza n.207 del 2013).

Successivamente, con la legge costituzionale n.3/2001 ha introdotto il novello art.117, comma 1, Cost., in base al quale 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, e non a caso la nuova disposizione costituzionale venne richiamata più volte, in combinato disposto con l'art.11 Cost., nella 1^a ordinanza di rinvio pregiudiziale in sede incidentale del Giudice delle leggi.

In secondo luogo, la legge costituzionale n.1/2012 ha introdotto il nuovo art.97, comma 1, Cost., che ha disposto che le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.

Nella legislazione ordinaria i precetti costituzionali sulla primazia del diritto dell'Unione europea sono stati recepiti, con particolare riferimento all'applicazione diretta delle sentenze della Corte di giustizia, dalla legge n.234/2012, che contiene le «Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea», attraverso l'art.14, comma 1, lett.a); l'art.29, comma 7, lett.b); l'art.30, comma 2, lett.b) e comma 3, lett.b); art.37, comma 1; l'art.43, commi 1, 2 e 4.

Ma il nuovo approccio della Corte costituzionale al rapporto con la Corte di giustizia non è più quello che sembrava emergere dalla sentenza n.269/2017 del Giudice delle leggi.

Con la recente decisione della Grande Sezione¹⁸ la Corte di giustizia ha accolto la (quinta) questione pregiudiziale in sede incidentale ai sensi dell'art.267 TFUE sollevata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza dell'8 luglio 2020 n.182¹⁹, che aveva al Giudice comunitario se l'articolo 34 della Carta dei diritti fondamentali Ue doveva essere interpretato nel senso che nel suo ambito di applicazione rientrassero l'assegno di natalità e l'assegno di maternità, in base all'articolo 3, paragrafo 1, lettere b) e j), del regolamento n. 883/2004, richiamato dall'articolo 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98, e se, pertanto, il diritto dell'Unione dovesse essere interpretato nel senso di non consentire una normativa nazionale che non estende agli stranieri titolari del permesso unico di cui alla medesima direttiva le provvidenze sopra citate, già concesse agli stranieri titolari di permesso di soggiorno dell'Unione per soggiornanti di lungo periodo.

La Corte Ue ha dunque condiviso la prospettazione del Giudice delle leggi nell'ordinanza di rinvio e ha dichiarato che l'art.12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale che esclude i cittadini di paesi terzi di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere b) e c), di tale direttiva dal beneficio di un assegno di natalità e di un assegno di maternità previsti da detta normativa.

¹⁸ Corte di giustizia Ue, Grande Sezione, sentenza 2 settembre 2021, O.D. e a. contro Inps, causa C-350/20, ECLI:EU:2021:659.

¹⁹ Corte cost., Pres. Cartabia, Est. Sciarra, ordinanza 8 luglio 2020 n.182.

L'affermazione di politica del diritto più importante da parte della Grande Sezione nella sentenza del 3 settembre 2021 è contenuta al punto 40, nella parte in cui la Corte Ue rigetta il dubbio di irricevibilità sollevato dalla Commissione europea sulla questione pregiudiziale della Corte costituzionale per quanto riguarda la parte dell'assegno di maternità: *«Nel caso di specie, una direttiva non può, certamente, essere invocata dai privati per fatti anteriori al suo recepimento al fine di veder disapplicate disposizioni nazionali preesistenti che sarebbero contrarie a tale direttiva (v., in tal senso, sentenze del 5 febbraio 2004, Rieser Internationale Transporte, C-157/02, EU:C:2004:76, punti 67 e 68 nonché giurisprudenza ivi citata). **Occorre tuttavia rilevare che il giudice del rinvio non è il giudice chiamato a pronunciarsi direttamente sulle controversie principali, bensì un giudice costituzionale a cui è stata rimessa una questione di puro diritto – indipendente dai fatti adottati dinanzi al giudice di merito – questione alla quale esso deve rispondere alla luce sia delle norme di diritto nazionale che delle norme del diritto dell'Unione al fine di fornire non solo al proprio giudice del rinvio, ma anche all'insieme dei giudici italiani, una pronuncia dotata di effetti erga omnes, vincolante tali giudici in ogni controversia pertinente di cui potranno essere investiti. In tale contesto, l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta dal giudice del rinvio presenta un rapporto con l'oggetto della controversia di cui è investito, che riguarda esclusivamente la legittimità costituzionale di disposizioni nazionali rispetto al diritto costituzionale nazionale letto alla luce del diritto dell'Unione.»***

La Corte di giustizia, dunque, ha riconosciuto la centralità e il ruolo della Corte costituzionale italiana anche nella leale collaborazione nell'interpretazione "congiunta" del diritto dell'Unione, soprattutto per la valenza *erga omnes* nell'ordinamento interno delle decisioni del Giudice costituzionale nazionale.

Grazie al combinato disposto delle due "anime" eurounitarie della Corte costituzionale di cui alle sentenze nn.111/2017 e 269/2017, ben sintetizzate dalla

partecipazione delle autorevoli Consigliere Estensori (prof.sse Marta Cartabia e Silvana Sciarra) rispettivamente come Presidente ed Estensore nell'ordinanza di rinvio n.182/2020, il Giudice delle leggi ha ben meritato il consolidamento attivo del rapporto con la Corte europea per la maggior tutela dei diritti fondamentali.

Il dialogo di amorosi sensi tra Corte sovranazionale e Corte costituzionale italiana era stato già sottolineato dall'avvocato generale Tanchev nelle conclusioni scritte del 17 dicembre 2020 nella causa C-824/18 (EU:C:2020:1053) al punto 81, che sottolineava come nella sentenza del 6 maggio 2020 nella causa Weiss (2 BvR 859/15), in merito alla legittimità del Piano di acquisti di titoli di debito pubblico (PSPP) da parte della Bce, la Corte costituzionale tedesca (Bundesverfassungsgericht) avesse messo a repentaglio l'intero sistema della comunità dell'Unione basata sullo Stato di diritto senza spiegare ciò che, a suo avviso, era criticabile nella giurisprudenza della Corte di giustizia²⁰ per effettuare un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte Ue, sottolineando così il diverso e corretto comportamento della Corte costituzionale italiana, che invece aveva sollecitato la Corte comunitaria con la sentenza del 5 dicembre 2017, M.A.S. e M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936) ad un ripensamento della decisione resa nella causa Taricco C-105/14 (EU:C:2015:555).

Bene ha fatto, dunque, la prof.ssa Sciarra all'udienza dell'11 gennaio 2022, in sede di riassunzione davanti alla Corte costituzionale del giudizio incidentale riveniente dalla sentenza del 3 settembre 2021 della Corte di giustizia, a enfatizzare il dialogo e la leale cooperazioni tra le Corti nel riconoscimento della primazia del diritto dell'Unione in un quadro anche costituzionalmente orientato.

Bene ha fatto, allora, la Corte di giustizia nella sentenza del 13 gennaio 2022 sugli insegnanti precari di religione cattolica a evitare il conflitto costituzionale sollevato dal Tribunale di Napoli, per valorizzare, come avrebbe potuto e, a rigore, avrebbe

²⁰ Corte di giustizia Ue, Grande Sezione, sentenza 11 dicembre 2018, Weiss e a., C-493/17, EU:C:2018:1000.

dovuto, il principio di non uguaglianza e non discriminazione e la violazione dell'art.20 della Carta di Nizza.

4. Il conflitto tra Corte di giustizia e Corte costituzionale evocato dal Tribunale di Napoli e la violazione del principio di uguaglianza e non discriminazione

Come anticipato, a distanza di quindici anni dalla prima ordinanza pregiudiziale del Tribunale di Genova del 21 gennaio 2004²¹ di interpretazione della direttiva 1999/70/CE il Tribunale di Napoli aveva riproposto sul precariato pubblico italiano la stessa problematica che la sentenza Marrosu-Sardino²² della Corte europea non aveva risolto, con l'incerta risposta della compatibilità *prima facie* della normativa interna sulla sanzione (indeterminata e indeterminabile) del risarcimento dei danni.

Con la sentenza n.89/2003, infatti, la Consulta aveva affermato il divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego e pareva aver invaso anche il campo interpretativo della Corte di giustizia, mettendo in discussione delicati equilibri istituzionali e costituzionali, in quanto era già intervenuta la modifica dell'art. 117 Cost., con la legge costituzionale 3/2001.

Su questo rilievo di incompatibilità con la direttiva 1999/70/CE della decisione della Corte costituzionale n.89/2003 si era mosso, per l'appunto, il Tribunale di Genova nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo nella causa C-54/04 Marrosu-Sardino, sollevando «*un conflitto di tipo costituzionale*», perché il giudice del rinvio aveva osservato che «*tale sentenza è stata pronunciata senza riferimento alle disposizioni costituzionali che garantiscono il rispetto, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, degli impegni derivanti dall'ordinamento giuridico comunitario. A suo avviso, ammettere l'applicazione del decreto n. 165 ai fatti del caso di specie solleva il problema del rispetto della direttiva 1999/70*» (v. _____).

21 Est. Basilio, causa C-53/04 "Marrosu-Sardino", in *Lav. giur.*, 2004, 9, 885 e ss., con nota di C.A. Costantino.

22 Corte di giustizia Ce, sentenza 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Marrosu-Sardino* contro *Azienda Ospedaliera S.Martino di Genova*, EU:C:2006:517.

conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro nelle cause C-54/04 e C-180/04, punto 8).

Il 13 febbraio 2019 il Tribunale di Napoli²³ ha sollevato lo stesso «*conflitto di tipo costituzionale*» rispetto alla nuova sentenza n.248/2018 *in subiecta materia*, proponendo le seguenti istanze pregiudiziali:

«1) Se il diverso trattamento riservato ai soli insegnanti di religione cattolica, quali gli istanti, costituisca discriminazione per motivi religiosi, ai sensi dell'art 21 della Carta di Nizza e della direttiva 2000/78/ce ovvero se la circostanza che idoneità già in possesso del lavoratore possa essere revocata sia ragione giustificatrice idonea perché solo gli insegnanti di religione cattolica, quali gli istanti, siano trattati diversamente dagli altri docenti, non beneficiando di alcuna misura ostativa prevista dalla Clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato stipulato il 18 marzo 1999, figurante nell'allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato;

2) In ipotesi di ritenuta sussistenza di discriminazione diretta, ai sensi dell'art 2, paragrafo 2, lett a) della direttiva 2000/78/ce, per motivi religiosi (art 1), nonché ai sensi della Carta di Nizza, deve interrogarsi la Corte circa gli strumenti che questo giudice può adoperare per eliminarne le conseguenze, tenuto conto che tutti i docenti diversi dagli insegnanti di religione cattolica sono stati destinatari del piano straordinario di assunzioni di cui alla l. 107/15, ottenendo la immissione in ruolo con conseguente contratto di lavoro a tempo indeterminato, e, dunque, se questo giudice debba costituire un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con la Amministrazione convenuta;

3) se la clausola 5 dell'accordo quadro di cui alla direttiva 1999/70/Ce debba essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, come quella di cui

²³ Est. Coppola.

trattasi, in forza della quale le norme di diritto comune disciplinanti i rapporti di lavoro, intese a sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato tramite la conversione automatica del contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato qualora il rapporto di lavoro perduri oltre una data precisa, non sono applicabili al settore scuola, con specifico riferimento ai docenti di religione cattolica, in modo tale da consentire una successione di contratti di lavoro a tempo determinato per un periodo di tempo indefinito; in particolare se possa costituire ragione obiettiva ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, la necessità d'intesa con l'ordinario diocesano, ovvero, di contro, debba ritenersi una discriminazione vietata ai sensi dell'art 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea;

4) in ipotesi di risposta positiva al quesito sub 3 se l'art.21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la clausola 4 dell'accordo quadro di cui alla direttiva 1999/70/Ce e/o l'art.1 della direttiva 2000/78//Ce, consentano la disapplicazione le norme che impediscono la conversione automatica di un contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato qualora il rapporto di lavoro perduri oltre una data precisa.».

In quindici anni tra le due ordinanze pregiudiziali dei Tribunali di Genova e di Napoli, l'unica posizione inossidabile, refrattaria ad ogni mutamento, è stata quella del granitico legislatore nazionale, che non ha mai modificato la norma – attuale art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 – sottoposta al positivo scrutinio di legittimità costituzionale prima nella sentenza n.89/2003 e poi nella sentenza n.248/2018 della Consulta.

Anzi, la mancanza assoluta di misure effettive antiabusivistiche e l'inadempimento integrale alla direttiva 1999/70/CE nei confronti di tutte le pubbliche amministrazioni è stata imposta dal legislatore del 2013 (art.4 d.l. n.101/2013, convertito con modificazioni dalla l. n.128/2013), dall'art.36, comma 5-quater,

d.lgs. n.165/2001, che prevede appunto la nullità assoluta dei contratti flessibili stipulati in mancanza delle condizioni di legittima apposizione del termine, cioè privi di ragioni oggettive temporanee.

Vi è da evidenziare, però, che detta norma fu inserita dal Governo Letta in un complessivo contesto normativo (d.l. n.101/2013, cit.; d.l. n.104/2013) - determinato causalmente dal combinato disposto dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale n.207/2013 della Corte costituzionale sui supplenti della scuola e dall'ordinanza pregiudiziale del Tribunale di Napoli sul precariato degli enti locali nella causa Russo C-63/13 -, in cui era anche previsto un importante piano di stabilizzazione del precariato pubblico anche scolastico e del Comparto Afam (d.l. n.104/2013, cit.), destinato ai precari "storici" che avessero maturato i 36 mesi di servizio anche non continuativi alle dipendenze della pubblica amministrazione dopo aver avuto accesso al lavoro pubblico attraverso procedure selettive pubbliche.

Il piano di stabilizzazione della decretazione d'urgenza del 2013 riproponeva quanto già previsto nel piano di stabilizzazione del Governo Prodi con l'art.1, commi 519 e 558, della legge finanziaria n.296/2006, imposto dalla sentenza Marrosu-Sardino della Corte di giustizia, e la stessa soluzione è stata adottata dall'art.20 del d.lgs. n.75/2017 (c.d. riforma Madia), dopo la mancata attuazione del piano di stabilizzazione del Governo Letta e i rilievi criteri sull'inadeguatezza della sanzione solo risarcitoria creata dalla sentenza n.5072/2016²⁴ delle Sezioni unite per tutti i casi di abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato successivi nel lavoro pubblico; rilievi mossi dapprima dal Tribunale di Trapani²⁵ con la pregiudiziale "comunitaria" con l'ordinanza del settembre 2016 nella causa C-494/16 Santoro sul

24 Est. Petrusa.

25 Cassazione, S.U., sentenza 15 marzo 2016, n.5072.

precariato degli enti locali siciliani, subito dopo dal Tribunale di Foggia²⁶ con la pregiudiziale costituzionale dell'ottobre 2016 n.32/2017 sul precariato sanitario.

In tredici anni dalla sentenza Marrosu-Sardino, invece, tutto è cambiato nella giurisprudenza della Corte di giustizia sul precariato pubblico italiano.

Con l'ordinanza Affatato del 1° ottobre 2010²⁷ sul precariato sanitario, la Corte di giustizia ha risposto al Tribunale di Rossano²⁸, che aveva proposto sedici quesiti pregiudiziali per rappresentare plasticamente, da un lato, la totale mancanza di misure abusive in tutto il settore pubblico (scuola, sanità, enti locali, lavoratori socialmente utili, organismi di diritto pubblico come Poste italiane), dall'altro l'insufficienza della risposta interpretativa della sentenza Marrosu-Sardino, che aveva causato nell'ordinamento interno molta confusione sull'entità del risarcimento dei danni per l'abusivo ricorso ai contratti a termine nel pubblico impiego. La risposta della Corte Ue è stata quella della stabilizzazione come misura adeguata, individuata, guarda caso, al punto 48 dell'ordinanza, nell'applicazione integrale della sanzione della riqualificazione a tempo indeterminato dei contratti successivi che aveva maturato (e superato anche di un giorno) i 36 mesi di servizio anche non continuativi alle dipendenze della pubblica amministrazione, ai sensi dell'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001.

Con la sentenza Valenza²⁹ la Corte di giustizia ha smentito l'interpretazione, proposta dal Consiglio di Stato nelle quattro ordinanze di rinvio pregiudiziale, secondo cui la normativa nazionale in questione nei procedimenti principali (art.75, comma 2, d.l. n.112/2008, disposizione non convertita in legge), che aveva consentito l'assunzione diretta di lavoratori precari in deroga alla regola del

26 Est. De Simone.

27 Corte di giustizia Ue, ordinanza 1 ottobre 2010, causa C-3/10, *Affatato c. ASL Cosenza*, EU:C:2010:574.

28 Est. Coppola.

29 Corte di giustizia Ue, sentenza 18 ottobre 2012, da C-302/11 a C-305/11, *Valenza ed altri*, EU:C:2012:646.

pubblico concorso per l'accesso al pubblico impiego (dipendenti delle Autorità indipendenti che avevano maturato 36 mesi di servizio), fosse compatibile con la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, consentendo l'inquadramento in ruolo nel livello iniziale della categoria retributiva senza conservazione dell'anzianità maturata durante il rapporto a termine (punto 23 della sentenza).

La Corte Ue ha evidenziato che l'art.97, comma 4, Cost. consente l'immissione in ruolo nel lavoro pubblico non solo in base a procedure concorsuali, ma anche con disposizione di legge, come era avvenuto nella fattispecie di causa, seppure con decretazione d'urgenza "privilegiata" non convertita in legge.

Con l'ordinanza Papalia³⁰ la Corte di giustizia, sulla pregiudiziale del Tribunale di Aosta³¹ che riguardava un caso clamoroso di abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato successivi del capo della banda musicale del Comune di Aosta, che aveva maturato quasi 30 anni di ininterrotto servizio, ha dichiarato finalmente incompatibile con la direttiva 1999/70/CE quella stessa norma - l'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 - che era uscita da un giudizio di compatibilità "condizionata" con la sentenza Marrosu-Sardino.

Con la sentenza Mascolo³² la Corte di giustizia ha dichiarato incompatibilità con la direttiva 1999/70/CE del sistema di reclutamento del personale docente e a.t.a. della scuola pubblica, accogliendo sul punto i quesiti pregiudiziali sollevati dal Tribunale di Napoli³³ e dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n.207/2013.

³⁰ Corte di giustizia Ue, ordinanza 12 dicembre 2013, in causa C-50/13, *Papalia* contro *Comune di Aosta*, EU:C:2013:873.

³¹ Est. Gramola.

³² Corte di giustizia Ue, sentenza 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-418/13, *Mascolo, Forni, Racca, Napolitano* ed altri contro *Miur*, nonché C-63/13 *Russo* contro *Comune di Napoli*, con l'intervento di Cgil, Flc-Cgil e Gilda-Unams nella causa *Racca* C-62/13, EU:C:2014:2124.

³³ Est. Coppola.

Nel dichiarare assorbite tutte le altre domande pregiudiziali del giudice partenopeo, in particolare quelle sull'applicazione della clausola 4, n.1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato e sull'art.47 della Carta dei diritti fondamentali Ue per quanto riguarda la normativa interna che impediva la trasformazione a tempo indeterminato con efficacia retroattiva in caso di già avvenuto superamento dei 36 mesi di servizio anche non continuativi, la Corte Ue, tuttavia, si è preoccupata ancora una volta, in risposta all'ordinanza Russo C-63/13 sui supplenti degli asili del Comune di Napoli, di sottolineare che l'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 era una misura adeguata ed efficace a sanzionare l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, invitando il Tribunale di Napoli, al punto 55, a continuare ad applicarla, come comportamento giudiziario di leale cooperazione con le Istituzioni Ue.

Con la sentenza Santoro³⁴ la Corte di giustizia, rispondendo ai quesiti pregiudiziali sollevati dal Tribunale di Trapani sul precariato siciliano degli enti locali di lunga durata per quanto riguarda (soltanto) l'entità del risarcimento dei danni di rapporti di lavoro instaurati con le pubbliche amministrazioni senza alcuna procedura concorsuale (cioè nulli per violazione delle norme imperative in materia di assunzione nel pubblico impiego, ha depotenziato la sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite, ponendo a carico della pubblica amministrazione gli oneri probatori (negativi) sulla perdita di *chance*, ai fini della determinazione del risarcimento del danno integrale spettante al lavoratore precario per la perdita di un'opportunità stabile di lavoro.

Sul punto del risarcimento dei danni in caso di abusivo utilizzo dei contratti a tempo determinato la Risoluzione del Parlamento Ue del 31 maggio 2018 contro la precarietà dei rapporti di lavoro è chiarissima ai punti 19 e 20 nel recepire sia la sentenza Mascolo (punto 55) sia la sentenza Santoro (conclusioni): «19. sottolinea

³⁴ Corte di giustizia Ue, sentenza 7 marzo 2018, causa C-494/16, Santoro contro Comune di Valderice e Governo italiano, EU:C:2018:166.

che la conversione di un contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato per un lavoratore che abbia subito un abuso in materia di contratti a tempo determinato, in violazione della direttiva 1999/70/CE, non esime uno Stato membro dall'obbligo di punire tale abuso, compresa, in aggiunta, la possibilità per il lavoratore interessato di ottenere il risarcimento per qualsiasi danno subito in passato; 20. sottolinea che se uno Stato membro decide di punire la discriminazione o l'abuso nei confronti di un lavoratore temporaneo in violazione del diritto dell'UE mediante la concessione di un indennizzo a favore del lavoratore interessato, l'indennizzo deve essere in ogni caso adeguato ed efficace e deve costituire un risarcimento integrale per tutti i danni subiti».

Con la sentenza Sciotto³⁵ la Corte di giustizia, rispondendo alla pregiudiziale sollevata dalla Corte di appello di Roma che riguardava l'applicabilità ai precari delle Fondazioni lirico-sinfoniche della tutela prevista dall'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001, prendendo atto della natura pubblica del datore di lavoro secondo la prospettazione del Governo italiano nelle sue osservazioni scritte (del resto la Corte costituzionale con la sentenza n.153/2011 considera gli enti lirici come organismi nazionali di diritto pubblico, cioè come enti pubblici non economici; in termini, la Cassazione con la sentenza n.12108/2018, cit.), ha così concluso: «*La clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato....deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in forza della quale le norme di diritto comune disciplinanti i rapporti di lavoro, e intese a sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato tramite la conversione automatica del contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato se il rapporto di lavoro perdura oltre una data precisa, non sono applicabili al settore di attività delle*

³⁵ Corte di giustizia Ue, sentenza 25 ottobre 2018, causa C-331/17, Sciotto contro Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, EU:C:2018:859.

fondazioni lirico-sinfoniche, qualora non esista nessun'altra misura effettiva nell'ordinamento giuridico interno che sanzioni gli abusi constatati in tale settore.».

Per rafforzare l'interpretazione di incompatibilità della normativa interna che esclude le tutele preventive della direttiva 1999/70/CE per i lavoratori a tempo determinato delle Fondazioni lirico-sinfoniche, la Corte Ue nella sentenza Sciotto ha sostanzialmente prospettato l'applicazione diretta e verticale dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato all'inadempiente Stato italiano e a tutte le pubbliche amministrazioni attraverso il principio di non discriminazione sulle condizioni di lavoro di cui alla clausola 4 dello stesso accordo, così precisando al punto 71: «*In ogni caso, come sostenuto dalla Commissione, poiché la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale non consente in nessuna ipotesi, nel settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche, la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato, essa può instaurare una discriminazione tra lavoratori a tempo determinato di detto settore e lavoratori a tempo determinato degli altri settori, poiché questi ultimi, dopo la conversione del loro contratto di lavoro in caso di violazione delle norme relative alla conclusione di contratti a tempo determinato, possono diventare lavoratori a tempo indeterminato comparabili ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro.».*

Dopo l'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli sugli insegnanti di religione precari, è intervenuta la sentenza Rossato³⁶ della Corte di giustizia.

La Corte di giustizia ha inteso rispettare lo *stare decisis* imposto dalla Cassazione (cfr. sul punto l'ordinanza 28 marzo 2019, n.8671) secondo cui «*l'inserirsi dei pregressi contratti a termine in un procedimento di stabilizzazione regolato dalla legislazione regionale (art. 3, co. 38, L.R. 40/2007; art. 30 L.R. 10/2007) determinerebbe la cessazione della materia del contendere e comunque, essendo*

³⁶ Corte di giustizia Ue, sentenza 8 maggio 2019, causa C-494/17, Fabio Rossato c. Ministero dell'Istruzione e Conservatorio di musica C.A. Bonporti, EU:C:2019:387, su cui cfr. V. De Michele, *La sentenza Rossato della Corte di giustizia sul precariato pubblico*, in www.europeanrights.eu, 2019, luglio 2019.

stata ottenuta una tutela più ampia, escluderebbe che si possa ancora discutere di diritti risarcitori, evidentemente sulla falsariga dei precedenti in senso analogo di questa Corte (Cass. 3 luglio 2017 n. 16336, sulle stabilizzazioni presso il Ministero di Giustizia, Cass. 7 novembre 2016, n. 22552, sulle stabilizzazioni nel settore scolastico).».

D'altra parte, la stessa Corte costituzionale nella sentenza n.187/2016³⁷ sul precariato scolastico aveva affermato, applicando la sentenza Mascolo della Corte Ue, che la stabilizzazione, rappresentata dalle procedure selettive "automatiche" presenti e future previste dalla legge n.107/2015³⁸, rappresentava l'unica misura adeguata a rimuovere definitivamente l'illecito comunitario.

La Corte di giustizia con la sentenza Rossato, in modo estremamente chiaro, ai punti 27-28 e 36-40 ha individuato la trasformazione a tempo indeterminato come "unica" misura sanzionatoria idonea a garantire gli effetti utili della clausola 5 dell'accordo quadro a tempo indeterminato.

La Corte di giustizia, in buona sostanza, con la sentenza Rossato ha limitato la sanatoria dell'illecito "comunitario" ai soli casi in cui la trasformazione a tempo indeterminato è avvenuta come effetto obbligatorio dello scorrimento fino all'esaurimento delle graduatorie, di cui all'art.1, comma 95, della l. n.107/2015, escludendo le ipotesi aleatorie di cui all'art.1, comma 109, della stessa legge, evocate dalla Corte costituzionale nella sentenza n.187/2016.

Tuttavia, va dato atto, a discolpa della magistratura nazionale che si è ostinata nell'affermare l'esistenza di un divieto assoluto di conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego dei contratti flessibili privi di ragioni oggettive temporanee che ne giustificassero la stipula, che la giurisprudenza della Corte di

³⁷ Corte cost., sentenza 20 luglio 2016, n.187.

³⁸ Su cui in senso critico cfr. V. De Michele, *Le modifiche alla riforma della "Buona scuola" nel "decreto dignità"*, su *Lav.giur.*, 2018, 10, 883 ss.

giustizia dalla sentenza Marrosu-Sardino alla sentenza Rossato è stata di particolare e, alla lunga, inaccettabile ambiguità, dapprima ritenendo *prima facie* la compatibilità comunitaria della sanzione del risarcimento del danno palesemente priva di contenuto precettivo e enunciando una differenziazione di tutela effettiva tra impiego pubblico e settore privato senza fornirne alcuna valida motivazione³⁹ (sentenza Marrosu-Sardino, conclusioni), dall'altro mettendo 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 (sentenza Mangold⁴⁰, punto 64).

Rispetto a questo quadro della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato nel pubblico impiego italiano, ci si attendeva una risposta della Corte costituzionale che superasse le criticità della soluzione del danno "comunitario" delle Sezioni unite e andasse nella direzione della riquilificazione a tempo indeterminato almeno nei casi in cui i contratti a tempo determinato successivi avessero raggiunto i 36 mesi di servizio anche non continuativi con assunzioni precedute da legittime procedure concorsuali pubbliche.

Viceversa, come è noto, la Corte costituzionale con la sentenza n.248/2018 ha deciso per l'infondatezza (così nel dispositivo, ma nella motivazione si parla anche di inammissibilità) della questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice del lavoro sull'art.36, commi 5, 5-ter, 5-quater, d.lgs. n.165/2001 e sull'art.10, comma 4-ter, d.lgs. n.368/2001.

In un quadro normativo interno del precariato pubblico sanitario del tutto privo di tutele, anche di quella risarcitoria (art.36, comma 5-quater, d.lgs. n.165/2001), e che esclude, come per il settore scolastico, la stessa applicazione della direttiva

³⁹ Cfr. conclusioni scritte dell'avvocato generale Jääskinen depositate il 15 settembre 2011 nella causa Jansen C-313/10 (ECLI:EU:C:2011:593), punti 47-55.

⁴⁰ Corte di giustizia Ce, sentenza 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold v. Helm*, EU:C:2005:709.

1999/70/CE (art.10, comma 4-ter, d.lgs. n.368/2001; ora art.29, comma 2, lett.c, d.lgs. n.81/2015), con una decisione che appare priva di adeguata motivazione, il giudice delle leggi si è limitato a dichiarare compatibili con la Costituzione nazionale le disposizioni ostative alla riqualficazione a tempo indeterminato e al risarcimento dei danni, affermando che anche nella fattispecie di causa siano applicabili i principi enunciati dalle Sezioni unite della Cassazione nella sentenza n.5072/2016 (che sarebbe stata dichiarata compatibile con la direttiva 1999/70/CE dalla sentenza Santoro della Corte di giustizia).

La sentenza n.248/2018 della Corte costituzionale si conclude non solo ignorando la sentenza Sciotto della Corte di giustizia, ma anche alterando l'interpretazione della Corte Ue *in subiecta materia*: «*Difatti, se da una parte, non può che confermarsi l'impossibilità per tutto il settore pubblico di conversione del rapporto da tempo determinato a tempo indeterminato – secondo la pacifica giurisprudenza eurounitaria e nazionale –, dall'altra sussiste una misura sanzionatoria adeguata, costituita dal risarcimento del danno nei termini precisati dalla Corte di cassazione.*».

Il nucleo "causale" dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del 13 febbraio 2019 del Tribunale di Napoli sugli insegnanti precari di religione parte proprio da questo conflitto interpretativo tra la sentenza Sciotto della Corte di giustizia e la sentenza n.248/2018 della Corte costituzionale, come precisato dal giudice del rinvio al punto 15: «*Ne deriva un contrasto tra dette Alte corti in relazione ai poteri del giudice interno, che dovrebbe sempre passare per il tramite della Corte costituzionale, nonché non potrebbe mai costituire rapporti di lavoro a tempo indeterminato, nei vari settori della P.A., anche in ipotesi di assoluta assenza delle misure ostative di cui alla Clausola 5. Da qui la necessità di interrogare nuovamente la C.g.u.e.*».

Il Tribunale di Napoli non ha richiamato direttamente (anche) l'art.20 della Carta dei diritti fondamentali Ue, essendo sufficiente, evidentemente, il principio di

uguaglianza e non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione individuato (quanto meno) nella clausola 5 dello stesso accordo quadro.

5. Le osservazioni della Commissione Ue e le conclusioni dell'Avvocato generale sulla violazione del principio di uguaglianza e non discriminazione nelle risposte "costituzionali" della Corte Ue

Per altro verso, come ha sottolineato la stessa Commissione europea nelle sue osservazioni scritte nella causa C-282/19 sugli insegnanti precari di religione cattolica, la Corte di giustizia non è sempre stata sempre lineare e coerente nell'applicazione diretta del principio di uguaglianza e non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato quando la comparazione riguardava personale ex precario successivamente assunto stabilmente e, quindi, diventato lavoratore a tempo indeterminato comparabile.

Anzi, il dibattito sul punto è stato aperto dall'Avvocato generale Mengozzi nelle sue conclusioni scritte della causa Regojo Dans C-177/14, depositate il 20 maggio 2015 (EU:C:2015:326), nella lunghissima nota 73:

«Sottolineo che la situazione su cui la Corte è chiamata a pronunciarsi nella presente causa si distingue da quella sfociata nell'ordinanza Rivas Montes (C-178/12, EU:C:2013:150).

In tale ordinanza, la Corte era chiamata ad occuparsi della disposizione spagnola che prevedeva, con riferimento ai dipendenti di ruolo, la considerazione, ai fini del calcolo degli scatti di anzianità, di tutti i periodi anteriori di servizio, a prescindere dall'amministrazione nella quale essi erano stati svolti. La stessa disposizione

prevedeva, per contro, con riferimento agli agenti assunti con contratto, la considerazione dei soli periodi di servizio svolti nella stessa amministrazione. La Corte ha dichiarato di non essere competente a pronunciarsi sulla conformità di tale disposizione spagnola alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato. Essa ha rilevato che gli agenti reclutati con contratto erano assunti o a tempo determinato o a tempo indeterminato, e che tutti gli agenti reclutati con contratto erano trattati in maniera identica (erano presi in considerazione unicamente i periodi di servizio svolti nella stessa amministrazione). Essa ne ha desunto che la disparità di trattamento dedotta era fondata non già sulla durata determinata o indeterminata del rapporto di lavoro, bensì sulla natura giuridica di quest'ultimo (di ruolo o contrattuale). Una siffatta differenza di trattamento non rientrava pertanto nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

Orbene, nell'ordinanza Rivas Montes, nella quale un agente reclutato con contratto a tempo determinato invocava il beneficio di detta clausola 4, non tutti gli agenti erano stati assunti con contratto a tempo determinato: taluni erano a tempo indeterminato; tuttavia, tutti venivano trattati nella stessa maniera. Per contro, nella presente causa, nella quale un membro del personale reclutato occasionalmente invoca il beneficio della stessa clausola 4, tutti i membri del personale reclutato occasionalmente lo sono a tempo determinato; e tutti vengono trattati in maniera identica (nessuno ha diritto agli scatti controversi).

In ogni caso, la soluzione accolta dalla Corte nell'ordinanza Rivas Montes mi sembra criticabile. Infatti, nella misura in cui la ricorrente era stata assunta a tempo determinato, e taluni lavoratori a tempo indeterminato (i dipendenti di ruolo) beneficiavano del vantaggio ad essa negato, sarebbe stato preferibile, a mio avviso, ritenere che fosse integrata una disparità di trattamento vietata dalla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato. Negare alla sig.ra Rivas

*Montes, come fatto dalla Corte, il beneficio di tale clausola 4 si risolve nell'esigere che tutti i lavoratori a tempo indeterminato comparabili (dipendenti di ruolo e agenti assunti con contratto a tempo indeterminato), e non solo taluni lavoratori a tempo indeterminato comparabili (i dipendenti di ruolo), beneficino del vantaggio negato al lavoratore a tempo determinato che si reputa vittima di una discriminazione. Siamo in presenza in tal caso, mi sembra, di un'interpretazione restrittiva della citata clausola 4, mentre gli obiettivi di detto accordo quadro e il suo effetto utile richiedono un'interpretazione ampia della clausola in parola. Infine, rilevo che nell'ordinanza *Vino*, sulla quale si fonda la Corte nell'ordinanza *Rivas Montes*, nessun lavoratore a tempo indeterminato poteva beneficiare del vantaggio rivendicato dal ricorrente, in quanto un siffatto vantaggio consisteva nell'indicazione obbligatoria, nel contratto di lavoro a tempo determinato, della ragione per la quale esso era concluso a tempo determinato (posto che l'omissione di una siffatta indicazione comportava la riqualificazione in contratto di lavoro a tempo indeterminato). Si era dunque effettivamente in presenza di una disparità di trattamento fra taluni lavoratori a tempo determinato (quelli al servizio, come il ricorrente, delle poste italiane, la cui normativa prevedeva che il contratto non doveva menzionare la ragione per la quale esso era concluso a tempo determinato) e altri lavoratori a tempo determinato (quelli che beneficiavano delle disposizioni di diritto comune, ossia il cui contratto doveva menzionare la ragione per la quale esso era a tempo determinato). V. ordinanza *Vino* (C-20/10, EU:C:2010:677, punti 15, 16 e 57).».*

Dalla sollecitazione dell'Avvocato generale Mengozzi, accolta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Regojo Dans* del 9 luglio 2015 (EU:C:2015:450), il Collegio lussemburghese ha sviluppato una giurisprudenza sempre più sviluppata

sull'applicazione diretta del principio di uguaglianza e non discriminazione, sancito dalla Carta negli artt.20 e 21 e in varie disposizioni di diritto derivato dell'Unione.

L'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli aveva, dunque, scelto la strada della negazione di un ruolo valoriale e giuridico-istituzionale della Corte costituzionale *in subiecta materia*, alla luce della sentenza n.248/2018 del Giudice delle leggi.

Infatti, diversamente dalle precedenti ordinanze di rinvio pregiudiziale dello stesso giudice nelle cause Affatato e Mascolo, il Tribunale di Napoli aveva chiesto alla Corte di giustizia di riconoscere il potere di non applicazione, con riconoscimento del diritto all'immissione in ruolo (secondo quesito pregiudiziale) o disapplicazione (quarto quesito pregiudiziale) delle norme interne ostative all'applicazione della tutela equivalente ed adeguata della riqualficazione a tempo indeterminato dei contratti a termine successivi che abbiano superato i 36 mesi di servizio.

La situazione fattuale degli insegnanti di religione supplenti è quella tipica del reclutamento scolastico, mai modificato, nonostante la sentenza Mascolo: una sequenza, a volte impressionante per la durata, di supplenze annuali che coprono l'intero anno scolastico (dal 1° settembre al 31 agosto), in misura comunque di gran lunga superiore per tutti ai 36 mesi di servizio, sempre continuativi e sempre per lo stesso tipo di attività didattica.

La situazione di inadempimento alla direttiva 1999/70/CE è quella già registrata dall'ordinanza n.207/2013 della Corte costituzionale per il precariato della scuola pubblica, all'interno del cui settore gli insegnanti di religione si collocano, e non è cambiata con la legge n.107/2013, anzi è peggiorata in termini di discriminazione rispetto a tutte le categorie di docenti supplenti che sono stati inseriti nel piano straordinario di stabilizzazione, «essendo notorio chela immissione in ruolo ha

riguardato migliaia di docenti, inseriti nelle graduatorie provinciali ad esaurimento della scuola pubblica, che sono stati immessi in ruolo con decorrenza giuridica dal 1° settembre 2015, ai sensi dell'art.1, commi 95 ss., della legge n.107/2015, senza il possesso di alcun titolo di servizio nella pubblica amministrazione scolastica, per la mera condizione di essere inseriti in una graduatoria selettiva permanente ad esaurimento, il cui accesso era consentito fino al 2007 anche senza il superamento come idoneità all'insegnamento di procedura concorsuale» (punto 17 dell'ordinanza).

All'uopo, il giudice del rinvio si è riconosciuto nella posizione della Cassazione dalla sentenza n.10127/2012 fino alle sentenze del 7 novembre 2016 (dalla n.22552 alla n.22558) sul precariato scolastico, che considera "diritto vivente" nella parte in cui la Suprema Corte esclude l'applicazione del d.lgs. n.368/2001 sulla base della normativa speciale applicabile, con conseguente carenza assoluta delle misure preventive e sanzionatorie previste dalla clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Per gli insegnanti di religione la situazione di precarietà si è accentuata, oltre che a causa della reiterazione indefinitiva dei contratti a termine successivi in mancanza di procedure concorsuali per l'immissione in ruolo (l'ultimo concorso per l'assunzione a tempo indeterminato è stato quello del 2003), anche dal fatto che il conferimento dell'incarico di supplenza annuale è subordinato al possesso dell'idoneità conferita dall'ordinario diocesano, idoneità che può essere revocata anche nel caso in cui il docente sia stato assunto a tempo indeterminato, oltre che a tempo determinato.

In definitiva, il Tribunale di Napoli poggia il primo e il terzo dei quesiti sul divieto di discriminazione fondata sulla religione ai sensi dell'art.21 della Carta dei diritti fondamentali Ue e della direttiva 2000/78/CE, aggiungendo, per il terzo quesito, il

principio di uguaglianza e non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito dalla direttiva 1999/70/CE, senza aggiungere l'art.20 della Carta di Nizza, come si è visto.

In particolare, il giudice del rinvio ha distinto l'ipotesi della discriminazione diretta (primo quesito) ai sensi degli artt. 1 e 2, paragrafo 2, lett.a), della direttiva 2000/78/CE da quella della discriminazione indiretta (terzo quesito) di cui agli artt. 1 e 2, paragrafo 2, lett.b), della stessa direttiva antidiscriminatoria sulle condizioni di lavoro.

La direttiva 2000/78/CE opera una distinzione tra, da un lato, le discriminazioni direttamente fondate sulla religione (e sulle altre condizioni discriminanti, convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali), e, dall'altro, quelle definite «indirette», nel senso che le prime non possono essere giustificate da una finalità legittima. Per contro, in forza dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della suddetta direttiva, le disposizioni, i criteri o le prassi tali da costituire discriminazioni indirette possono evitare la qualifica di discriminazione a condizione che siano «oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari»⁴¹.

Infatti, al terzo quesito è stata indicata come ipotesi di finalità legittima per giustificare la discriminazione indiretta la ragione obiettiva della "necessità d'intesa con l'ordinario diocesano", di cui alla clausola 5, punto 1, lett.a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Pare evidente che l'intesa con l'ordinario diocesano, nell'ottica del principio di uguaglianza e non discriminazione di cui alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato e gli artt.20 e 21 della CDFUE, in combinato

41 Cfr. Corte di giustizia Ue, sentenza 18 novembre 2010, C-356/09 Kleist, EU:C:2010:703, punto 41.

disposto con l'art.1 della direttiva 2000/78/CE, non costituisca finalità legittima o ragione oggettiva per giustificare la discriminazione indiretta nei confronti di tutti i lavoratori a tempo determinato a cui si applica la disciplina di diritto comune.

Il paradosso proposto dal Tribunale di Napoli con due quesiti (il primo e il terzo) non subordinati era estremamente interessante per le conseguenze pratiche della decisione della Corte di giustizia.

Se la Corte Ue si fosse limitasse, come nell'ordinanza Maturi⁴², ad evidenziare la discriminazione diretta per ragioni di religione, rispondendo soltanto ai primi due quesiti, al giudice del rinvio, senza incidere sull'assetto normativo interno, sarebbe sufficiente riconoscere agli insegnanti di religione precari lo stesso diritto all'immissione in ruolo scelto dalla legge n.107/2015 a tutti gli altri docenti supplenti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento attraverso il piano di reclutamento straordinario, così applicando in via diretta l'art.21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

All'uopo il Tribunale di Napoli al punto 16 dell'ordinanza di rinvio ha riconosciuto che la Corte di giustizia Ue, con il tritico di sentenze Egenberger⁴³, Bauer e Willmeroth⁴⁴ e Max-Planck⁴⁵ ha costituzionalizzato la Carta dei diritti fondamentali, utilizzandola per estendere l'applicazione del diritto dell'Unione in via diretta anche alle controversie tra privati, superando le problematiche create dalla giurisprudenza che

⁴² Corte di giustizia Ue, ordinanza 7 febbraio 2018, cause riunite C-142/17 e C-143/17, Maturi ed altri contro Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, EU:C:2018:68.

⁴³ Corte di giustizia Ue, sentenza 17 aprile 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257.

⁴⁴ Corte di giustizia Ue, sentenza 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, Bauer e Willmeroth, EU:C:2018:871.

⁴⁵ Corte di giustizia Ue, sentenza 6 novembre 2018, causa C-684/16, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, EU:C:2018:874.

era intervenuta ad applicare in orizzontale tra privati il divieto di discriminazione per motivi di età, fondando la disapplicazione della norma interna soltanto sulla direttiva 2000/78/CE, come nei casi Mangold⁴⁶, Palacios de la Villa⁴⁷, Bartsch⁴⁸ e Küçükdeveci⁴⁹.

Si sarebbe trattato, ove fosse stato adottato dalla Corte di giustizia, di un percorso giudiziale non invasivo del potere legislativo, ma che si sarebbe limitato, con la copertura costituzionale della CDFUE e dell'art.3 Cost. (sul cui disposto si fondano gli artt.20 e 21 della Carta di Nizza, cioè le due norme che più contribuiscono, con il principio fondamentale di uguaglianza e non discriminazione, alla formazione delle tradizioni costituzionali comuni su cui poggia il pilastro sociale europeo e l'intero sistema di tutela giurisdizionale Ue), ad estendere alle categorie svantaggiate gli stessi effetti di costituzione del diritto riconosciuti dalla norma interna alle categorie privilegiate, senza oneri per la finanza pubblica, trattandosi, per gli insegnanti di religione supplenti, di personale che viene impiegato per tutto l'anno scolastico su posti vacanti in organico e con la reiterazione indefinita dei rapporti di lavoro a termine.

Più complessi apparivano gli effetti legati all'accoglimento (ovviamente eventuale) del terzo quesito sulla discriminazione indiretta (o, meglio, sulla discriminazione *tout court* priva di ragioni oggettive).

In questo caso, il giudice del rinvio, disapplicando le norme interne ostative per applicare il diritto Ue (sempre con la copertura costituzionale degli artt.20 – non

46 Corte di giustizia Ce, sentenza 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold v. Helm*, EU:C:2005:709.

47 Corte di giustizia CE, sentenza 16 ottobre 2007, causa C-411/05 Palacios de la Villa, EU:C:2007:604.

48 Corte di giustizia CE, sentenza 23 settembre 2008, causa C-427/06 Bartsch, EU:C:2008:517.

49 Corte di giustizia Ue, sentenza 19 gennaio 2010, causa C-555/07 Küçükdeveci, EU:C:2010:21.

evocato - e 21 CDFUE e degli artt.3 e 117, comma 1, Cost., in combinato disposto con il diritto derivato Ue della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato e dell'art.1 della direttiva 2000/78/CE), avrebbe dovuto applicare la tutela di diritto comune, cioè la trasformazione a tempo indeterminato dei contratti a termine successivi che hanno superato i 36 mesi di servizio anche non continuativi di cui all'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 e, ora, dall'art.19 d.lgs. n.81/2015, oltre, nel caso di contratti a tempo determinato successivi con soluzione di continuità, al risarcimento dei danni previsto dall'art.32, comma 5, della legge n.183/2010 (oggi art.28, comma 2, d.lgs. n.81/2015).

Paradossalmente, quindi, l'accoglimento del primo quesito sulla discriminazione diretta, che è più grave di quella indiretta non ammettendo alcuna legittima finalità che la possa giustificare, avrebbe provocato meno danni alle pubbliche amministrazioni, anzi, come anticipato, nessun danno per quanto riguarda la "stabilizzazione" degli insegnanti di religione, trattandosi di quella situazione che ha inventato la fantasiosa giurisprudenza spagnola di contratti (sostanzialmente) "a tempo indeterminato non permanente", cioè legati annualmente all'intesa con l'ordinario diocesano e al permanere dell'idoneità all'insegnamento concessa dalla stessa autorità ecclesiastica.

Con questa tecnica interpretativa ad incastro e per quesiti simili ma non sovrapponibili, in verità, il Tribunale di Napoli ha messo in evidenza anche le contraddizioni interne alla giurisprudenza "comunitaria" sul precariato pubblico italiano, legate a loro volta alla pretesa interna di individuare nella sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite della Cassazione una soluzione di sistema.

Viceversa, la sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite era legata ad una vicenda processuale collocata in un contesto normativo nazionale completamente diverso da quello successivo (l'ultimo contratto a termine dei cuochi Marrosu e Sardino era

cessato nei primi mesi del 2002), in vigore dal settembre 2013 (art.36, comma 5-quater, d.lgs. n.165/2001), in cui la sentenza di 2° grado della Corte di appello di Genova, non impugnata dai lavoratori sul punto, limitava la sanzione dell'abusivo ricorso ai contratti a termine nel pubblico impiego al solo risarcimento del danno nella misura delle 20 mensilità di retribuzione, in applicazione analogica dell'art.18, commi 4 e 5, della legge n.300/1970.

E' sufficiente leggere il punto 62 della sentenza Sciotto della Corte Ue: *«Ne deriva che l'ordinamento giuridico italiano non comprende, nel settore delle fondazioni lirico-sinfoniche, nessuna misura effettiva, ai sensi della giurisprudenza citata al punto 60 della presente sentenza, che sanzioni l'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato, e ciò sebbene il personale di tale settore, contrariamente ai lavoratori di cui trattasi nella causa che ha condotto alla sentenza del 7 marzo 2018, Santoro (C-494/16, EU:C:2018:166, punti 35 e 36), non abbia diritto all'attribuzione di un'indennità ai fini del risarcimento del danno subito.»*.

Secondo la Corte di giustizia nella sentenza Santoro la precaria siciliana degli enti locali della causa C-494/16 alle dipendenze "a tempo indeterminato non permanente" del Comune di Valderice (attualmente stabilizzata dopo la sentenza Santoro) godeva comunque, per l'abusivo ricorso al contratto a tempo determinato, dell'indennità forfetaria creata dalle Sezioni unite, mentre la tersicorea alle dipendenze a tempo determinato della Fondazione Teatro dell'Opera di Roma della causa Sciotto non beneficiava di alcuna tutela preventiva e sanzionatoria contro l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, per l'inapplicabilità dell'intero d.lgs. n.368/2001.

In definitiva, è il precariato pubblico (scuola, sanità, enti locali, enti lirico-sinfonici, università, conservatori di musica, ecc.) che rimane del tutto privo di tutele sanzionatorie, sulla base di una normativa interna che preclude ogni misura

ostativa, negando la possibilità stessa che vi possa essere un abuso, per inapplicabilità generale della disciplina interna antiabusiva (art.36, comma 5-quater, d.lgs. n.165/2001; art.29 d.lgs. n.81/2015), a cui, nei singoli settori del lavoro pubblico, il legislatore nazionale ha aggiunto ulteriori disposizioni (anche di contrattazione collettiva di comparto) di inadempimento integrale alla direttiva 1999/70/CE, come per la scuola, per la sanità, per le fondazioni lirico-sinfoniche, per i conservatori di musica, per gli enti locali (compresi quelli siciliani), per limitarci alle fattispecie già esaminate dalla Corte di giustizia nelle decisioni Marrosu-Sardino, Affatato, Papalia, Mascolo, Santoro, Sciotto, Rossato.

L'Avvocato generale Tanchev nelle sue conclusioni scritte della causa C-282/19 aveva completamente e abilmente glissato di prendere posizione sul presunto conflitto tra la sentenza Sciotto della Corte di giustizia e la sentenza n.248/2018 della Corte costituzionale, su cui il Tribunale di Napoli nell'ordinanza di rinvio aveva particolarmente insistito.

Le conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev nella causa pregiudiziale sugli insegnanti di religione cattolica precari sono state presentate il 18 marzo 2021: *«L'obbligo per gli insegnanti di religione cattolica di ottenere l'approvazione dell'ordinario diocesano come condizione preliminare all'insegnamento nelle scuole pubbliche non costituisce una ragione obiettiva ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, che giustifica il rinnovo dei contratti a tempo determinato. Nelle circostanze del procedimento principale, e poiché la clausola 5 dell'accordo quadro è priva dei presupposti per l'effetto diretto, il giudice del rinvio è tenuto a disapplicare un divieto legislativo assoluto prescritto dal diritto dello Stato membro che impedisce la conversione di contratti a tempo determinato in contratti a tempo*

indeterminato, solo se la mancata conversione comporta una discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, in violazione dell'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e l'indisponibilità di un ricorso effettivo per correggere tale discriminazione, in contrasto con l'articolo 47, primo comma, della Carta, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare. In tal caso, tutte le norme del diritto dello Stato membro che non possono essere interpretate in modo conforme al divieto di discriminazione fondata sulla religione o le convinzioni personali sancito dall'articolo 21 della Carta, e il rimedio per la sua violazione garantito dal primo paragrafo dell'articolo 47 della Carta, devono essere disapplicate, comprese le norme di natura costituzionale.».

Le conclusioni dell'A.G. divergono dalla soluzione delle questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Napoli sugli i.r.c. proposta dalla Commissione europea nelle osservazioni scritte depositate il 31 luglio 2019: «1) L'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, ed in particolare la sua clausola 5, osta ad una normativa nazionale, come quella in causa nel giudizio principale, che non prevede alcuna misura ai sensi di tale clausola per prevenire abusi nel ricorso allo strumento del contratto di lavoro a tempo determinato nei confronti di lavoratori come i ricorrenti nella causa principale. 2) Spetta alle autorità giurisdizionali dello Stato membro interessato garantire il rispetto del divieto di discriminazione di cui alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, anche disapplicando quelle disposizioni nazionali che impediscono l'operare delle norme di diritto interno finalizzate a sanzionare debitamente la violazione di tale clausola e ad eliminarne le conseguenze.».

Il punto di convergenza tra la posizione dell'Avvocato generale Tanchev e quella della Commissione europea è costituito dalla constatazione che, *in subiecta materia*, lo Stato italiano ha violato la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Per l'A.G., infatti, la Repubblica italiana non ha introdotto misure che limitano la durata massima totale di contratti, o il numero di rinnovi, ai sensi della clausola 5, punto 1, lettere b) e c), dell'accordo quadro, nè la legislazione italiana prevede misure equivalenti a quelle di cui alla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, nonostante la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro imponga agli Stati membri, al fine di prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure che essa elenca, qualora il loro diritto interno non contenga misure giuridiche equivalenti⁵⁰. Neanche le «ragioni obiettive che giustificano il rinnovo di tali contratti o rapporti» ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), considerate come un mezzo efficace per prevenire gli abusi⁵¹, sono state inserite come tutela antiabusiva dall'amministrazione pubblica nazionale, e non solo da quella scolastica. Peraltro, in conseguenza della sentenza Rossato il 25 luglio 2019 la Commissione europea ha avviato nei confronti dell'Italia la procedura di infrazione n.2014/4231 con lettera di messa in mora, ribadita a dicembre 2020, riguardante la mancanza di tutele contro l'abuso di successivi contratti a tempo determinato nel settore del pubblico impiego, a cui sono interessati:

⁵⁰ Cfr. Corte di giustizia, sentenza 14 settembre 2016, Pérez López, C-16/15, EU:C:2016:679, punto 28 e giurisprudenza ivi citata; sentenza 19 marzo 2020, Sánchez Ruiz e a., C-103/18 e C-429/18, EU:C:2020:219, punto 55; sentenza 11 febbraio 2021, M.V. e a. (Successione di contratti a tempo determinato nel settore pubblico), C-760/18, EU:C:2021:113, cit., punto 54.

⁵¹ Cfr. Corte di giustizia, sentenza 26 novembre 2014, Mascolo e a., C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, EU:C:2014:2401, cit., punto 86; sentenza 25 ottobre 2018, Sciotto, C-331/17, EU:C:2018:859, cit., punto 38.

- il personale impiegato nelle fondazioni lirico-sinfoniche italiane;
- i contratti a tempo determinato stipulati con il personale docente ed ATA per il conferimento delle supplenze, ovviamente compresi gli insegnanti di religione precari;
- i contratti a tempo determinato stipulati con il personale sanitario, anche dirigente, del Servizio sanitario nazionale;
- i contratti a tempo determinato stipulati con i lavoratori delle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica ("AFAM"), sottoposte alla vigilanza del Ministero dell'Istruzione;
- i contratti a tempo determinato stipulati ai sensi della legge 30 dicembre 2010, n. 240, che reca norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento;
- i rapporti di lavoro tra i datori di lavoro dell'agricoltura e gli operai a tempo determinato, così come definiti dall'articolo 12, comma 2, del decreto legislativo 11 agosto 1993, n. 375;
- i richiami in servizio del personale volontario del Corpo nazionale dei vigili del fuoco.

Quali sono gli effetti della violazione della clausola 5 della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro?

Come è noto, nella giurisprudenza comunitaria la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro è priva dei presupposti per l'effetto diretto⁵² e poiché, secondo l'A.G., la normativa interna (art.36 d.lgs. n.165/2001; art.1, comma 95, legge n.107/2015) sembra escludere chiaramente la trasformazione dei contratti a tempo determinato dei ricorrenti in contratti a tempo indeterminato - accettando così la prospettazione

⁵² Cfr. Corte di giustizia, sentenza 19 marzo 2020, Sánchez Ruiz e a., C-103/18 e C-429/18, EU:C:2020:219, punto 119 e giurisprudenza ivi citata; sentenza 15 aprile 2008, Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, punto 79; sentenza 11 febbraio 2021, M.V. e a. (Successione di contratti a tempo determinato nel settore pubblico), C-760/18, EU:C:2021:113, punto 64.

del Giudice del rinvio della inidoneità della tutela del "danno comunitario" proposta dalla Cassazione a Sezioni unite con la sentenza n.5072/2016 e avallata dalla Corte costituzionale con la sentenza n.248/2018 - l'obbligo imposto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in merito all'interpretazione delle norme nazionali pertinenti al fine di garantire l'efficacia della clausola 5 non può spingersi fino a prescrivere un'interpretazione *contra legem* della normativa dello Stato membro tale da minacciare la certezza del diritto o il principio di non retroattività.

Il punto di divergenza tra la tesi della Commissione e le conclusioni dell'A.G. Tanchev è sulla tipologia di discriminazione che può consentire al Giudice nazionale la diretta applicazione del diritto dell'Unione e la conversione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro, partendo dal presupposto comune che possa sussistere la discriminazione diretta per ragioni religiose, nella prospettazione delle prime due questioni pregiudiziali.

Del resto, l'ipotesi di una discriminazione diretta per ragioni religiose, in presenza di accordi internazionali tra lo Stato italiano e la Santa sede sulla regolamentazione della materia dell'insegnamento facoltativo della religione cattolica nelle scuole pubbliche, avrebbe potuto determinare una interferenza con l'art.17, paragrafo 1, del Trattato per il funzionamento dell'Unione, in base al quale *«l'Unione rispetta e non pregiudica lo status di cui le chiese e le associazioni o comunità religiose godono negli Stati membri in virtù del diritto nazionale»*.

In ogni caso, per Tanchev e per la Commissione europea l'interferenza con l'art.17 TFUE non opera, in quanto il rilascio del certificato di idoneità per gli insegnanti di religione cattolica è irrilevante ai fini della stabilità o meno del contratto di lavoro, perché il certificato è richiesto sia per gli i.r.c. con contratto a tempo determinato, sia per gli insegnanti di religione cattolica con contratto a tempo indeterminato e le conseguenze della revoca da parte dell'ordinario diocesano sono le stesse per gli insegnanti con entrambe le tipologie di contratto.

Per la stessa ragione, secondo l'A.G., la fattispecie di causa, diversamente da quanto sostenuto dal Governo italiano nelle osservazioni scritte, non interferisce con l'art.351, paragrafo 1, TFUE che prevede che i diritti e gli obblighi derivanti da accordi di diritto internazionale pubblico conclusi da uno Stato membro prima dell'adesione all'Unione europea con uno Stato non membro non sono pregiudicati dal diritto dell'Unione.

In buona sostanza, nel procedimento principale non solo non viene messa in discussione l'autorità dell'ordinario diocesano di rilasciare il certificato di idoneità, ma tale autorità resterà inalterata indipendentemente dal fatto che i ricorrenti riescano o meno a convertire i loro contratti a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato.

E' la tesi che verrà accolta dalla Corte di giustizia nella sentenza del 13 gennaio 2022 sugli insegnanti di religione cattolica.

La Commissione non ritiene applicabile l'art.21 della Carta dei diritti fondamentali e neanche la direttiva 2000/78/CE, perché non ritiene sussistente neanche la discriminazione indiretta per motivi o ragioni religiose e ritiene, viceversa, determinante per la soluzione della causa pregiudiziale nel senso divisato dal Giudice del rinvio nei quesiti terzo e quarto la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, in applicazione della sentenza *Sciotto* della Corte di giustizia.

La Commissione, ricorda che, fino alla sentenza *Sciotto*, e secondo una giurisprudenza costante della Corte di giustizia (sentenza *de Diego Porras*, C-596/14, EU:C:2016:683, punti 37-38 e giurisprudenza ivi citata), la clausola 4 dell'accordo quadro non riguardava le discriminazioni tra categorie di lavoratori a tempo determinato: «A tale riguardo occorre precisare che il principio di non discriminazione è stato attuato e concretizzato mediante l'accordo quadro unicamente per quanto riguarda le differenze di trattamento tra i lavoratori a

tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato che si trovano in una situazione comparabile [...]. Per contro, le eventuali differenze di trattamento tra alcune categorie di personale a tempo determinato [...] non rientrano nell'ambito di applicazione del principio di non discriminazione sancito da tale accordo quadro.».

Ciononostante, la Commissione prende atto che la Corte di giustizia al punto 71 della sentenza *Sciotto* ha ulteriormente precisato che, «*poiché la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale non consente in nessuna ipotesi, [...], la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato, essa può instaurare una discriminazione tra lavoratori a tempo determinato di detto settore e lavoratori a tempo determinato degli altri settori, poiché questi ultimi, dopo la conversione del loro contratto di lavoro [...] possono diventare lavoratori a tempo indeterminato comparabili ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro».*

Pertanto, per la Commissione, se la Corte seguisse l'interpretazione indicata al punto 71 della sentenza *Sciotto*, i docenti titolari di un contratto a tempo determinato nella scuola pubblica in materie diverse dalla religione cattolica possono veder trasformato il proprio rapporto di lavoro in un rapporto a tempo indeterminato.

Inoltre, una volta ottenuta tale trasformazione, detti docenti costituiscono senza ombra di dubbio una categoria di lavoratori comparabili ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro e sussiste quindi una disparità di trattamento tra i ricorrenti nel giudizio principale e i loro colleghi, anch'essi docenti in scuole pubbliche, ma ormai divenuti titolari di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, e dunque lavoratori comparabili ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro.

Scontata per la Commissione europea la soluzione della quarta questione proposta dal Tribunale di Napoli, in quanto l'effetto della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, è quello di permettere la disapplicazione, da parte del giudice nazionale, delle norme nazionali che non consentono la parità di trattamento richiesta da tale clausola rispetto agli altri docenti presso la scuola pubblica in merito alle condizioni di impiego, tra le quali figura il risarcimento del danno conseguente alla reiterazione abusiva di contratti a tempo determinato.

L'Avvocato generale Tanchev ritiene, invece, che il giudice del rinvio sarà tenuto a convertire i contratti a tempo determinato dei ricorrenti in contratti a tempo indeterminato solo in caso di violazione del loro diritto a non essere discriminati a motivo della religione o delle convinzioni personali, tutelato dall'art.21 della Carta dei diritti fondamentali UE (d'ora innanzi, la Carta), e il diritto ad un ricorso effettivo per correggere tale discriminazione, ai sensi dell'art.47, primo comma, della Carta, in conformità ai principi enunciati dalla Corte nella sentenza Egenberger⁵³. Qualora ciò venga accertato, la revoca del divieto di conversione dei contratti a tempo determinato in questione sarà imposta dal diritto dell'Unione, in mancanza di uno o più rimedi giurisdizionali nell'ordinamento giuridico nazionale interessato⁵⁴, consentendo di garantire, anche indirettamente, i diritti spettanti ai ricorrenti ai sensi degli articoli 21 e 47 della Carta⁵⁵.

L'A.G. non entra nel merito del contrasto, segnalato dal Giudice del rinvio, tra la Corte di giustizia e la Corte costituzionale sulla sanzione effettiva in caso di abusivo

⁵³ Corte di giustizia Ue, sentenza 17 aprile 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257.

⁵⁴ Corte di giustizia Ue, sentenza 3 ottobre 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e a./Parlamento e Consiglio, C-583/11 P, EU:C:2013:625, punto 104; sentenza 13 marzo 2007, Unibet, C-432/05, EU:C:2007:163, punto 40; sentenza dell'11 febbraio 2021, M.V. e a. (Successione di contratti a tempo determinato nel settore pubblico), C-760/18, EU:C:2021:113, punto 70.

⁵⁵ Corte di giustizia Ue, sentenza 21 novembre 2019, Deutsche Lufthansa, C-379/18, EU:C:2019:1000, punto 61 e giurisprudenza ivi citata.

ricorso ai contratti a tempo determinato nel pubblico impiego, evitando accuratamente di occuparsi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro e della rilevata (dal Tribunale di Napoli e dalla Commissione europea) violazione del principio di uguaglianza e non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato comparabili, in quanto ex precari successivamente stabilizzati nelle stesse condizioni dei colleghi rimasti in servizio con rapporto a tempo determinato.

Anzi, Tanchev omette volutamente di indicare la clausola 4, punto 1, dell'accordo tra la normativa del diritto dell'Unione utile alla decisione della controversia pregiudiziale, nonostante il Tribunale di Napoli l'avesse espressamente evocata all'interno della terza e della quarta questione pregiudiziale.

Eppure, il principio di uguaglianza davanti alla legge sancito dall'art.20 della Carta è insistentemente evocato dall'A.G. nelle sue conclusioni, in combinato disposto con l'art.21 della Carta di Nizza.

Il fulcro della controversia, secondo Tanchev, consiste nel sapere se la legislazione dello Stato membro che impedisce la conversione dei contratti dei ricorrenti in contratti a tempo indeterminato debba, in base al diritto dell'UE, essere disapplicata, e quale sia il ruolo della clausola 5 dell'accordo quadro nel decidere ciò, gli argomenti dei ricorrenti sulla discriminazione fondata sulla religione devono essere esaminati con riferimento al diritto primario dell'Unione, ossia l'art. 21⁵⁶ della Carta, e il principio della parità di trattamento come tutelato dall'art. 20⁵⁷ della Carta.

⁵⁶ Corte di giustizia Ue, sentenze 29 ottobre 2020, *Veselības ministrija*, C-243/19, EU:C:2020:872; 17 dicembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e a.*, C-336/19, EU:C:2020:1031.

⁵⁷ Corte di giustizia Ue, sentenze del 17 dicembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e a.*, C-336/19, EU:C:2020:1031; 29 ottobre 2020, *Veselības ministrija*, C-243/19, EU:C:2020:872; 3 febbraio 2021, *Fussl Modestraße Mayr*, C-555/19, EU:C:2021:89.

La tutela garantita dal diritto primario dell'Unione, e più specificatamente dagli articoli 20 e 21 della Carta include la discriminazione indiretta e la giurisprudenza della Corte ha stabilito da tempo che tutta la legislazione dell'Unione deve essere interpretata in conformità con il principio della parità di trattamento, ora riflesso nell'art. 20 della Carta⁵⁸, così come le leggi degli Stati membri che attuano le misure dell'UE⁵⁹ (conclusioni Tanchev, punto 47).

La soluzione prospettata dall'A.G. trova sostegno nella prassi consolidata della Corte quando si asserisce la sussistenza di una violazione degli artt. 20 e 21 della Carta, in contesti che vanno oltre la direttiva antidiscriminatoria 2000/78/CE, ritenuta residuale alla luce della piena applicazione dei diritti tutelati dalla Carta ormai saldamente imposta dalla giurisprudenza comunitaria, dopo il primo decennio di incertezza dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Ricorda Tanchev che la Corte si è basata sugli artt.20 e 21 della Carta nelle sentenze Léger⁶⁰ sulla discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e Glatzel⁶¹ sulla discriminazione fondata sulla disabilità e che, quindi, la direttiva 2000/78 non è l'unica norma di diritto dell'Unione a tutela contro le discriminazioni illecite, siano esse fondate sulla religione, sull'orientamento sessuale o su qualsiasi altro motivo menzionato nell'art. 21 della Carta.

La conseguenza per il procedimento principale è che tutte le disposizioni dell'accordo quadro, compresa la clausola 5 dell'accordo quadro e le norme sui

⁵⁸ Corte di giustizia Ue, sentenza 1° marzo 2011, Association Belge des Consommateurs Test-Achats e a., C-236/09, EU:C:2011:100.

⁵⁹ Corte di giustizia Ue, sentenza 3 febbraio 2021, Fussl Modestraße Mayr, C-555/19, EU:C:2021:89, punto 95; sentenza 29 ottobre 2020, Veselibas ministrija, C-243/19, EU:C:2020:872, punti 34 e 35).

⁶⁰ Corte di giustizia Ue, sentenza 29 aprile 2015, Léger, C-528/13, EU:C:2015:288.

⁶¹ Corte di giustizia Ue, sentenza 22 maggio 2014, Glatzer, C-356/12, EU:C:2014:350.

rimedi che la accompagnano, devono essere interpretate in conformità al principio di non discriminazione di cui all'art. 20 della Carta, e ai divieti menzionati nell'art. 21, paragrafo 1, della Carta, incluso il divieto di discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, dato che esso è sancito nella disposizione primaria del diritto dell'Unione, ossia l'art. 21 della Carta. Lo stesso vale per l'art. 47 della Carta, data la pertinenza per la risoluzione della controversia della giurisprudenza consolidata sulle norme di tutela legate alla clausola 5 dell'accordo quadro, che rientrano nell'art. 47⁶² (conclusioni Tanchev, punto 50).

Ricorda l'Avvocato generale che gli Stati membri sono tenuti, ai sensi dell'articolo 51 della Carta, a rispettare la Carta, compresi gli artt. 20, 21 e 47, quando «attuano» la clausola 5 dell'accordo quadro⁶³, un obbligo che si estende alla designazione dei rimedi giuridici⁶⁴. La Repubblica italiana è quindi tenuta, nel fornire mezzi di tutela contro il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato, a farlo in modo da rispettare il diritto dei ricorrenti a non essere oggetto di discriminazione fondata sulla loro religione o sulle loro convinzioni, come garantito dall'art.21 della Carta, e ad assicurare che i mezzi di ricorso disponibili siano effettivi, come richiesto dall'art.47, primo comma, della Carta (conclusioni Tanchev, punto 51).

Tuttavia, proprio l'insistenza dell'Avvocato generale sull'applicazione diretta e in combinato disposto degli artt.20 e 21 della Carta non spiega il motivo per cui il principio di uguaglianza davanti alla legge non possa avere una sua autonoma e

⁶² Corte di giustizia Ue, sentenza 23 aprile 2009, Angelidaki e a., da C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, punto 176; ordinanze 12 giugno 2008, Vassilakis e a., C-364/07, EU:C:2008:346, punto 149, e 24 aprile 2009, Koukou, C-519/08, EU:C:2009:269, punto 101.

⁶³ Corte di giustizia Ue, sentenza 29 aprile 2015, Léger, C-528/13, EU:C:2015:288, punto 40; sentenza del 6 ottobre 2020, État luxembourgeois (Tutela giurisdizionale nei confronti di richieste di informazioni in materia fiscale), C-245/19 e C-246/19, EU:C:2020:795, punti 45 e 46.

⁶⁴ Corte di giustizia Ue, sentenza 22 dicembre 2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811.

diretta efficacia nelle controversie nazionali, ove accompagnato dalla violazione del diritto dell'Unione di non diretta sanzionabilità o quando sia collegabile a disposizioni di diritto Ue derivato che tale principio di non discriminazione lo incarnano direttamente, come la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato nella fattispecie del procedimento principale o come la omologa clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale.

Certamente, sul punto, la sentenza della Corte di giustizia del 13 gennaio 2022, che nega la discriminazione (giustamente) diretta per ragioni religiose, ma nega altresì (ingiustamente) anche quella indiretta riscontrata dall'Avvocato generale perchè il Giudice del rinvio non l'avrebbe evidenziata (sentenza MIUR e Ufficio regionale scolastico per la Campania, punto 66) nell'ordinanza di rinvio (affermazione del tutto apodittica) è carente e censurabile nella motivazione, ma funzionale – e sotto questo profilo estremamente opportuna – ad evitare di percorrere la strada ormai inutile (e controproducente) del conflitto costituzionale tra la Corte sovranazionale e la Corte costituzionale.

Sbagliata sul piano interpretativo, come si è ampiamente evidenziato, è sicuramente la scelta (deliberata) della Corte di giustizia di rivedere il punto 71 della sentenza Sciotto e puntare all'inapplicabilità della clausola 4 dell'accordo quadro alla discriminazione tra categorie di lavoratori a tempo determinato, quando una categoria di docenti della scuola pubblica già precari è stata assunta a tempo indeterminato applicando la sanzione della stabilizzazione, come nel caso degli insegnanti non i.r.c. nella novella della legge n.107/2015, diventando lavoratori a tempo indeterminato comparabili, dimenticando per strada anche l'art.20 della Carta di Nizza, non invocato dal Giudice del rinvio ma ampiamente utilizzabile alla luce del costante riferimento nell'ordinanza del Tribunale di Napoli alla violazione

del principio di uguaglianza e non discriminazione, come del resto evidenziato sia dalla Commissione europea sia dall'Avvocato generale.

Ma l'obiettivo della Corte Ue era più importante ed è stato ampiamente raggiunto: valorizzare, attraverso il doppio dialogo con il Giudice nazionale del rinvio e la Corte costituzionale, la possibilità che, all'interno dell'ordinamento nazionale, fosse individuato un rimedio "unico" contro l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato nel pubblico impiego.

La Corte di giustizia ha scritto la sua ultima parola sul precariato pubblico italiano, puntando sulla unica misura della trasformazione automatica dei rapporti di lavoro a tempo determinato nel pubblico impiego, secondo le regole del diritto comune e del lavoro privato.

Tocca ora ai giudici nazionali o, meglio, alla Corte costituzionale, fare in modo che la stabilità lavorativa diventi la soluzione sanzionatoria per tutti coloro che si trovano nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni in condizioni analoghe di precarietà rispetto a chi è stato già stabilizzato, valorizzando, se del caso, all'interno dell'ordinamento, la Carta di Nizza e il suo carattere di nucleo fondamentale dei diritti costituzionali comuni in tutto il territorio dell'Unione europea.

In questo momento di grande confusione aggravata dalla pandemia e di forte e incomprensibile contrasto tra Cassazione e Consiglio di Stato su tanti fronti, rilevare che c'è condivisione di obiettivi e di metodo interpretativo sulla tutela effettiva dei diritti fondamentali tra Corte di giustizia e Corte costituzionale giova molto a tutti coloro che ancora credono nell'Europa nata nello spirito di Ventotene e dei padri fondatori.

Come quel grande italiano ed europeo, straordinario e umanissimo Presidente del Parlamento dell'Unione che è stato David Sassoli, a cui questo scritto è dedicato.
