

**Sulla “prudenza” del giudice in caso di contrasto tra normativa interna e diritto eurounitario non *self-executing*: il caso della reiterazione dei contratti di lavoro a termine dei docenti precari\***

*di Vincenzo Dascola – Dottorando di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali, Università di Pisa*

**ABSTRACT:** As you know, the decision of the Court of Justice of the European Union which specifies or supplements the meaning of an European Community rule (known as “preliminary ruling”) has the same effectiveness of the latter, so that the pronouncement is directly and immediately effective in national law in so far as the rule interpreted is also effective. But if the decision of the Court of Luxembourg has played a Community rule which is not directly effective in Member States so that a national provision is incompatible with the first, the Italian court has no choice but to apply the internal rule or lift the issue of constitutionality for violation of the obligations of Italian Republic to comply with Community law, enshrined in articles 11 and 117 of the Constitution.

An Italian labour court has chosen a different hermeneutical option: after having read the preliminary ruling, the Naples labour court did not apply the internal legislative provisions contrary to EU Directive 28 June 1999, n. 1999/70 / EC (Directive concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP).

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. L’opzione ermeneutica prescelta dal Giudice del lavoro di Napoli nella sentenza n. 528 del 25 gennaio 2015. – 3. (*segue*): gli argomenti utilizzati dal giudice per ponderare i principi in competizione, ed in particolare l’“assoluta” prevalenza del principio di adesione dell’Italia all’UE. Alcune considerazioni sulla “prudenza nel bilanciamento”. – 4. Gli snodi della motivazione della sentenza emessa dal Tribunale di Napoli il 21 gennaio 2015: rilievi critici. – 5. Conclusioni.

### **1. Premessa**

Il 17 maggio 2016 la Corte Costituzionale dovrà pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell’art. 4, commi 1 e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico).

---

\* Lavoro sottoposto a referaggio in base alle Linee guida della Rivista.

La Consulta dovrà decidere se la predetta disposizione normativa sia o meno contrastante con l'art. 117, comma 1, della Costituzione, nonché con la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE del Consiglio (Direttiva del Consiglio relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato).

La pronuncia verrà adottata dopo che la Corte di giustizia dell'Unione Europea con la sentenza del 26 novembre 2014 ha deciso la questione pregiudiziale dalla stessa Consulta sollevata in merito alla compatibilità con il diritto dell'Unione europea del sistema di reclutamento scolastico vigente in Italia e regolato dalla legge 124 del 3 maggio 1999, integrata dal Decreto del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca n. 131 del 13 giugno 2007 che, come è noto, istituiva il sistema del c.d. "doppio binario", consentendo le assunzioni del personale docente ed ATA per il 50 % tramite concorso e per il 50 % con lo scorrimento delle graduatorie permanenti di cui all'art. 401 del citato DM 131/2007.

La sentenza della CGUE è stata emessa nei procedimenti riuniti Mascolo e altri (C-22/13, C-61/13 a C-63/13 e C-418/13) aventi ad oggetto le domande di pronuncia pregiudiziale proposte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, da un lato, dal Tribunale di Napoli con ordinanze del 2, 15 e 29 gennaio 2013, pervenute in cancelleria il 17 gennaio (C-22/13) e il 7 febbraio 2013 (da C-61/13 a C-63/13), e, dall'altro, dalla Corte costituzionale, con ordinanza del 3 luglio 2013, pervenuta in cancelleria il 23 luglio 2013 (C-418/13).

Il Giudice del Lussemburgo, investito della pregiudiziale eurounitaria, ha affermato che *«la clausola 5, punto 1, dell'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, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo. Risulta, infatti, che tale normativa, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, da un lato, non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine, e, dall'altro, non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato»<sup>1</sup>.*

La Corte di Giustizia UE si era già occupata della direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28.6.1999, volta a prevenire l'abusiva reiterazione dei contratti a tempo determinato nella sentenza 4.7.2006, causa C-212/04, Adeneler, che aveva sancito l'applicabilità della stessa a tutti i lavoratori

---

<sup>1</sup> Cfr. il testo della sentenza emessa dalla Corte del Lussemburgo, sez. III, il 26 novembre 2014 nelle cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, promosse dalle Sig.re Mascolo Raffaella, Forni Alba e Racca Immacolata contro il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, con l'intervento della Federazione Gilda-Unams, della Federazione Lavoratori della Conoscenza (FLC CGIL) e della Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL), nonché dalla Sig.ra Russo Fortuna contro il Comune di Napoli e dai Sig.ri Napolitano Carla, Perrella Salvatore, Romano Gaetano, Cittadino Donatella e Zangari Gemma contro il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, reperibile sul sito web: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160109&doclang=it>.

indistintamente, pubblici e privati, nonché nella sentenza 7.9.2006, causa C-53/04, Marrosu, che aveva precisato che la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP 28.6.1999 sul lavoro a tempo determinato, cui ha dato attuazione la direttiva, «*impone – comunque – agli Stati membri l'obbligo di introdurre nel loro ordinamento giuridico almeno una delle misure elencate nel detto punto 1, lett. a)-c), qualora non siano già in vigore nello Stato membro interessato disposizioni normative equivalenti, volte a prevenire in modo effettivo l'utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato*». La stessa sentenza aggiunge che la facoltà di tenere in considerazione le particolari anzidette esigenze può, viceversa, legittimare nell'ambito dei singoli ordinamenti nazionali reazioni sanzionatorie adeguatamente modulate e distinte per settori attività e/ categorie di lavoratori, senza pregiudizio per la loro efficacia.

Nella sentenza “Mascolo” la Corte di giustizia, tra l'altro, ha evidenziato che è legittima la scelta dello Stato membro di occupare i posti di lavoro pubblici attraverso lo strumento del concorso. Inoltre, ha rilevato che costituisce una ragione obiettiva ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, l'utilizzo di lavoratori a tempo determinato per coprire il posto messo a concorso, nell'attesa dell'espletamento delle relative procedure.

Ciò premesso, però, al punto 99 della predetta sentenza viene evidenziato che sebbene una normativa nazionale che consenta il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi per la sostituzione di personale in attesa dell'esito di procedure concorsuali possa essere giustificata da una ragione obiettiva, *l'applicazione concreta* di tale ragione, in considerazione delle particolarità dell'attività di cui trattasi e delle condizioni del suo esercizio, deve essere conforme ai requisiti dell'accordo quadro. Ma nel settore scolastico dello Stato italiano – in assenza di bandi concorsuali per oltre un decennio: dal 1999 al 2012 – i lavoratori inseriti nelle graduatorie sono stati utilizzati con contratti a termine rinnovati di anno in anno.

Al punto 100 si legge che «[...] *come la Corte ha già dichiarato in numerose occasioni, il rinnovo di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, non è giustificato ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro. Infatti, un utilizzo siffatto dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato è direttamente in contrasto con la premessa sulla quale si fonda tale accordo quadro, vale a dire il fatto che i contratti di lavoro a tempo indeterminato costituiscono la forma comune dei rapporti di lavoro, anche se i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori o per determinate occupazioni e attività (sentenza Küçük, EU/C/2012/39, punti 36 e 37 nonché giurisprudenza ivi citata)*».

Dunque la Corte di Lussemburgo ha ritenuto il sistema di reclutamento per concorso *legittimo* ma ha contestualmente rilevato che nell'utilizzo concreto il sistema non è idoneo ad elidere gli abusi che la clausola 5 intende evitare con l'imposizione agli Stati membri dell'adozione di misure preventive e sanzionatorie efficaci ad ostacolare l'utilizzo reiterato di contratti a termine.

Le statuizioni della sentenza “Mascolo” prevedono implicazioni significative non solo per l'“esercito culturale di riserva”, costituito dai docenti ritrovatisi ad essere *precari*, o talvolta a

diventare *stabilmente precari*, ma anche per chi da anni langue nel “limbo” dei contratti a tempo determinato reiteratamente rinnovati con la Pubblica Amministrazione<sup>2</sup>.

Il Tribunale di Napoli, sez. lavoro, non ha atteso la sentenza della Corte costituzionale: dinanzi ai *dicta* della Corte di giustizia, ha riconosciuto ai ricorrenti il diritto alla conversione del rapporto di lavoro *a termine* in rapporto di lavoro *a tempo indeterminato*<sup>3</sup>.

Sulla scia del giudice napoletano, molti altri giudici del lavoro si sono orientati nei medesimi termini: anch’essi sono pervenuti a tali conclusioni senza attendere il responso della Consulta<sup>4</sup>.

Del resto, il Giudice del lavoro partenopeo aveva ritenuto di porsi esclusivamente il problema della conformità della normativa interna al parametro comunitario, non quello della conformità della medesima normativa alla Costituzione, benché questa, com’è noto, preveda che 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 (art. 117, comma 1).

Altri giudici, invece, come il Tribunale di Lamezia Terme ed il Tribunale di Roma, di fronte al contrasto tra la normativa interna e la normativa eurounitaria su richiamate, ed allo stesso modo, davanti al problema di ritenuta violazione dell’art. 117, comma 1, della Costituzione, hanno deciso di sollevare la questione di costituzionalità dinanzi alla Corte Costituzionale<sup>5</sup>.

A sua volta, la Consulta, com’è noto, con l’ordinanza n. 207 del 2013 ha sollevato per la prima volta in un giudizio in via incidentale la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia<sup>6</sup>. In tal modo, si può dire che finalmente la Corte – recependo i rilievi della dottrina – è uscita dalla posizione di isolamento che in passato aveva assunto, quando si riteneva esclusivamente organo di controllo del sistema costituzionale interno, ma non anche “autorità giudiziaria” legittimata ad esercitare il rinvio sull’interpretazione del diritto comunitario ai sensi dell’art. 267 del TFUE.

<sup>2</sup> Cfr., tra gli altri, C. SALAZAR, *La Corte costituzionale bussava ancora alle porte della Corte di giustizia dell’Unione europea: brevi note intorno alla questione pregiudiziale sui docenti precari nella scuola pubblica*, in [www.confrontocostituzionali.eu](http://www.confrontocostituzionali.eu), 9 settembre 2013.

<sup>3</sup> Cfr. sentenza emessa dal Tribunale di Napoli, sez. lavoro, nella persona del Giudice Dott. Paolo Coppola, n. 528 del 21.01.2015 reperibile su [www.dirittoscolastico.it](http://www.dirittoscolastico.it).

<sup>4</sup> Cfr., *ex multis*, Tribunale di Siena, sez. lavoro, 23 aprile 2015; Tribunale di Locri, sez. lavoro, sentenza n. 808/15; Tribunale di Torre Annunziata, sentenza n. 3318 del 2015 reperibili su qualsivoglia banca dati giurisprudenziale: *ex pluribus*, [www.leggiditaliaprofessionale.it](http://www.leggiditaliaprofessionale.it) ovvero [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>5</sup> Gli atti di promovimento (Ordinanze del Tribunale di Roma del 2 maggio 2012 e del Tribunale di Lamezia Terme del 30 maggio del 2012) sono reperibili all’indirizzo internet [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>6</sup> Numerosi sono i commenti in dottrina dell’ordinanza n. 207 del 2013: tra gli altri, v. A. CERRI, *La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte*, in *Giur. cost.*, 2013, 2897 ss.; M. LOSANA, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale: il diritto costituzionale (processuale) si piega al dialogo tra le corti ?*, in *Rivista AIC*, 24 gennaio 2014, n. 1; R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, 27; U. ADAMO, *Nel dialogo con la Corte di giustizia la Corte costituzionale è un organo giurisdizionale nazionale anche nel giudizio in via incidentale. Note a caldo sull’ord. n. 207/2013*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); B. GUASTAFERRO, *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull’ordinanza n. 207 del 2013*, *ivi*; M. REPETTO, *La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale UE anche in sede di giudizio incidentale: non c’è mai fine ai nuovi inizi*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it); M.P. IADICICCO, *Il precariato scolastico tra Giudici nazionali e Corte di Giustizia: osservazioni sul primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana nell’ambito di un giudizio di legittimità in via incidentale*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), gennaio 2014; L. UCCELLO BARRETTA, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale*, *ivi*, novembre 2013.

A dire il vero, ciò era già avvenuto con la sentenza n. 102 e con l'ordinanza n. 103 del 2008<sup>7</sup>, sulla scorta del rilievo in forza del quale «*la giurisdizione nazionale rilevante ai fini della ammissibilità del rinvio pregiudiziale [deve] essere desunta dall'ordinamento comunitario e non dalla qualificazione interna dell'organo rimettente*» e che peraltro, nei giudizi in via di azione, la Corte è l'unico organo giudiziario chiamato a decidere in ordine al loro oggetto.

Com'è stato rilevato da autorevole dottrina, la Corte costituzionale non ha “motivato” il proprio ripensamento ed ha deciso il rinvio «come se ciò si ponesse in assoluta continuità con la propria precedente giurisprudenza»<sup>8</sup>. I più hanno visto con favore tale approdo ermeneutico, considerato un'apertura della Consulta al dialogo con la Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>9</sup>.

## **2. L'opzione ermeneutica prescelta dal Giudice del lavoro di Napoli nella sentenza n. 528 del 25 gennaio 2015**

Il Tribunale di Napoli nella sentenza del 21 gennaio del 2015 ha ritenuto che sussistano “*elementi chiarissimi che consentono di ricostruire la materia conformemente alla disciplina superprimaria di rango eurounitario in maniera logica ed esaustiva*”<sup>10</sup>.

In realtà, a mio sommo parere, il giudice napoletano – mosso da una “ipersensibilità” comunitaria – ha forse messo da parte la prudenza<sup>11</sup> sin dal momento in cui ha deciso di avvalersi

<sup>7</sup> Tra i tanti commenti sull'ordinanza n. 103 del 2008 e sulla sentenza n. 102 del 2008, che ha dato origine al rinvio pregiudiziale, v. S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria e “integrazione” di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008, 898 ss.; F. SORRENTINO, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, in *Giur. cost.* 2008, 1288 ss.; M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di Giustizia: atto primo*, ivi, 2008, 1312 ss.; A. COSSIRI, *La prima volta della corte costituzionale a Lussemburgo. Dialogo diretto tra Corti, costituzionale e di giustizia, ma nei soli giudizi in via principale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); M.E. GENNUSA, *Il primo rinvio pregiudiziale da Palazzo della Consulta: la Corte costituzionale come “giudice europeo”*, in *Quad. cost.*, 2008, 612 ss.; P. ZICCHITTU, *Il primo rinvio pregiudiziale da Palazzo della Consulta: verso il superamento della teoria dualista?*, ivi, 615 ss.; L. DANIELE, *Corte costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte*, in *Giur. cost.*, 2009, 3551 ss.; T. GUARNIER, *La Corte costituzionale: “organo giurisdizionale” dinnanzi al suo primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea. Contraddizione, apertura o dissociazione?*, in *Giur. it.*, 2009, 40 ss.; T. GIOVANNETTI, *L'ultimo passo del cammino comunitario conduce la Corte a Lussemburgo*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); L. PESOLE, *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n. 103 del 2008*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); T. GIOVANNETTI, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino, 2009; F. FONTANELLI, G. MARTINICO, *Between Procedural Impermeability and Constitutional Openness: The Italian Constitutional Court and Preliminary References to the European Court of Justice*, in *European Law Journal*, vol. 16, 2010, 345 ss. Cfr., inoltre, la ricerca curata da P. PASSAGLIA, *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>8</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, cit., 27.

<sup>9</sup> Cfr., *ex multis*, M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e la Corte di Giustizia europea: argomenti per un dialogo diretto*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario*, Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007, Milano, 2008.

<sup>10</sup> Cfr. sentenza n. 528 del 2015 del Tribunale di Napoli, cit., 5.

<sup>11</sup> Richiamando il Sommo Poeta: “*«Conviensi dunque essere prudente, cioè savio: e a ciò essere si richiede buona memoria delle vedute cose, e buona conoscenza delle presenti e buona provvidenza delle future [...] Se bene si mira, da la prudenza vengono li buoni consigli, li quali conducono sé e gli altri a buono fine ne le umane cose e operazioni»* (cfr. DANTE ALIGHIERI, *Convivio*, IV, 27). Una virtù, quella della prudenza, che dovrebbe caratterizzare ciascun giudice, chiamato a decidere il caso allo stesso sottoposto con “prudente apprezzamento” (cfr. esemplificativamente, l'art. 116 c.p.c., I comma: “Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti”).

della facoltà di sollevare la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte del Lussemburgo, anziché dinanzi alla Corte costituzionale, sicché, una volta “eletta” la via della questione di interpretazione, a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia, egli ha ritenuto di dover “decidere” subito e di conseguenza il caso sottoposto al suo accertamento.

Invero ogni giudice, in seguito al rinvio in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, è comunque tenuto a interpretare la norma comunitaria in conformità alla decisione, fino eventualmente (ove ce ne siano gli estremi) a disapplicare la norma interna contrastante<sup>12</sup>. Ma in caso di doppia pregiudizialità, come nella fattispecie in esame, il Tribunale di Napoli, a mio parere, avrebbe potuto porsi il problema di affrontare e risolvere *anche* il profilo della rilevanza della questione di legittimità costituzionale, da proporre avanti alla Corte, ricorrendone i presupposti.

In questa prospettiva, il magistrato avrebbe potuto decidere – pur dopo la decisione della Corte del Lussemburgo – di attendere, per ragioni di opportunità, il responso della Consulta. Avrebbe potuto, ad esempio, rinviare la causa per la discussione e decisione immediatamente dopo l’udienza fissata per la trattazione della questione di legittimità costituzionale, atteso che, avuto riguardo alla interpretazione fornitagli dalla Corte del Lussemburgo, il contrasto tra norma interna e norma comunitaria *non auto-applicativa* né dotata di effetto diretto non era superabile in via interpretativa.

Diversa, invece, è stata l’opzione ermeneutica prescelta dal giudice partenopeo.

Come si sa, la Corte di Giustizia dell’Unione ha il compito di fornire l’interpretazione del diritto eurounitario o di statuire sulla sua validità, non ovviamente quello di applicare in modo diretto tale diritto alla situazione di fatto sulla quale verte il procedimento pendente dinanzi al giudice nazionale<sup>13</sup>. Infatti, l’applicazione alla fattispecie delle norme interpretate dalla Corte del Lussemburgo è attività notoriamente riservata al giudice nazionale.

Laddove, dunque, termina il ruolo della Corte in sede pregiudiziale, comincia, anzi “ricomincia” quello del giudice nazionale, il quale dalla pronuncia resa dal giudice UE sarà chiamato a trarre tutte le conseguenze concrete<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> In tal senso cfr., tra gli altri, R. CHIEPPA, *Nuove prospettive per il controllo di compatibilità comunitaria da parte della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, cit., 200. Ma v. anche, *ex pluribus*, G. GAIA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 2000, 65, secondo cui «è implicito nell’art. 234 (già art. 177) del Trattato CE [n.d.r.: ora art. 267 TUE] che il giudice nazionale che abbia sollevato una questione di interpretazione o di legittimità sia vincolato dalla pronuncia della Corte».

<sup>13</sup> Pacifica appare la giurisprudenza comunitaria sul punto, a partire dalla sentenza *Da Costa en Schaake NV e a.c. Amministrazione olandese delle imposte* - 27 marzo 1963, cause riunite 28/62, 29/62 e 30/62, in *Raccolta*, 1963, 59 e ss.

<sup>14</sup> Cfr. in tal senso R. CONTI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Dalla pratica alla teoria*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 7 maggio 2013. La bibliografia sui rapporti tra fonti eurounitarie e fonti interne e sull’efficacia delle prime nell’ordinamento interno è molto ampia. Tra gli altri, v. G. GAJA, voce *Fonti comunitarie*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VI, 1991, 433 ss. F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell’integrazione comunitaria*, Torino, 1996; M. CARTABIA, J.H.H. WEILER, *L’Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000; A. CELOTTO, *L’efficacia delle fonti comunitarie nell’ordinamento italiano: normativa, giurisprudenza e prassi*, con la collaborazione di F. ANGELINI, Torino, 2003; M. CARTABIA, L. CHIEFFI, *Art. 11*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, 263 ss.; G. CONTALDI, voce *Effetto diretto e primato del diritto comunitario*, in S. CASSESE (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, vol. III, Milano, 2006; V. SCIARABBA, *Tra fonti e Corti: diritti e principi fondamentali in Europa. Profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2007;; G. MARTINICO, *L’integrazione silente*, Napoli, 2008; A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell’Unione Europea*, Torino, 2010; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 7a ed., Padova, 2012; G. SERGES, *Art. 117, comma 1*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., vol. III, 2213 ss.; P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione Europea*, Torino, 2014.

Ebbene, dopo la sentenza “Mascolo”, tutti i dubbi interpretativi del magistrato napoletano pare siano stati fugati, inducendolo a disapplicare *sic et simpliciter* la normativa interna<sup>15</sup> e dichiarare la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra l’istante ed il Ministero convenuto, sebbene le statuizioni contenute nel predetto provvedimento si limitassero ad evidenziare che le disposizioni normative censurate, operanti in materia di impiego pubblico e precipuamente nel settore scolastico pubblico, non sono volte a prevenire in modo effettivo l'utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, in violazione di quanto previsto dall'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. Ciò con buona pace della giurisprudenza<sup>16</sup>, anche costituzionale, che aveva escluso categoricamente la praticabilità della soluzione ermeneutica adottata dal giudice partenopeo.

L’argomento utilizzato dal giudice napoletano, solo apparentemente convincente, non sembra condivisibile.

Ribadisco: la pronuncia della Corte di Giustizia che precisa o integra il significato di una norma comunitaria è “direttamente” ed “immediatamente” efficace nell’ordinamento nazionale solo *se e in quanto* lo sia anche la norma interpretata. In tal senso è l’insegnamento costante della Corte costituzionale. Basti ricordare la sentenza 11 luglio 1989, n. 389, in cui la Consulta, trattando del principio di applicazione diretta di norme comunitarie immediatamente efficaci nel diritto interno, ha avuto modo di precisare che «*quando questo principio viene riferito ad una norma comunitaria avente effetti diretti (...) non v’è dubbio che la precisazione o l’integrazione del significato normativo compiute attraverso una sentenza dichiarativa della Corte di giustizia abbiano la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate*».

Invero, nei casi in cui la Corte lussemburghese ha interpretato il significato di una norma comunitaria direttamente efficace in modo tale che una norma del diritto nazionale risulti incompatibile con essa, il giudice nazionale non deve più applicare la norma interna per la definizione dalla controversia al suo esame (senza poter sollevare questione di costituzionalità: v. Corte cost. n. 94 del 1995).

Nei casi in cui, invece, la Corte lussemburghese ha interpretato una norma comunitaria *priva di efficacia diretta* in modo tale che una norma interna risulti incompatibile con la prima, il giudice italiano non ha altra scelta che sollevare sulla stessa l’eccezione di illegittimità costituzionale «[...] per asserita violazione dell’art. 11 ed oggi anche dell’art. 117, comma 1, Cost.»<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Che nella giurisprudenza vi sia una forte tentazione di «abbattere del tutto il diaframma teorico che tuttora tiene distinti l’ordinamento italiano da quello euro-unitario e convenzionale e applicare direttamente e immediatamente il diritto dell’Unione e il diritto convenzionale come diritto prevalente sul diritto nazionale, anche di rango costituzionale» è rilievo formulato in dottrina, tra gli altri, da G. SCACCIA, «*Rottamare*» la teoria dei controlimiti? in *Quad. cost.*, 2013, 141.

<sup>16</sup> È stato più volte sancito dalla giurisprudenza di legittimità il principio secondo cui il giudice può procedere alla disapplicazione della norma nazionale contrastante con il diritto comunitario quando la norma comunitaria abbia efficacia *diretta* nell’ordinamento interno, e quindi *solo* nei casi di alcune norme del Trattato istitutivo, dei regolamenti, delle direttive che non richiedono, ai fini dell’applicazione, alcun provvedimento ulteriore da parte degli Stati membri, e delle decisioni rivolte ai singoli o agli Stati membri (*ex multis* cfr. Cass. pen., sez. III, ordinanza n. 1414 del 2006).

<sup>17</sup> In tal senso, v. Corte cost., sentenza n. 28 del 2010. Ma cfr. anche la nota sentenza “Granital” n. 170 del 1984, nonché *ex pluribus*, cfr. sentenze n. 317 del 1996, implicitamente n. 85 del 2002, n. 284 del 2007, n. 227 del 2010, con il commento di C. AMALFITANO, *Il mandato d’arresto europeo nuovamente al vaglio della Consulta*, in *www.forumcostituzionale.it*, 6 ss. ed infine la sentenza n. 75 del 2012.

Come rilevato da un altro giudice del lavoro, che ha ritenuto opportuno scegliere, per un caso identico a quello oggetto di esame da parte del Tribunale di Napoli, un'opzione ermeneutica diversa, «*il contrasto tra tale normativa europea e la legislazione italiana sul lavoro precario nella scuola pubblica non può essere risolto mediante la disapplicazione della fonte interna incompatibile, nella misura che appaia indispensabile per risolvere l'antinomia*»<sup>18</sup>.

La normativa comunitaria invocata dal giudice del lavoro non ha effetto diretto<sup>19</sup> e tantomeno il contrasto è rimediabile in via interpretativa, come si evince, tra l'altro, dalla lettura di uno degli atti di promovimento della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico), «*stante il carattere chiuso e in sé esaustivo della normativa di settore da cui origina, e l'inequivoca volontà legislativa – da ultimo ribadita con l'art. 9 d.l. 70/11 conv. in l. 106/11 – di mettere siffatta normativa al riparo da ogni "contaminazione" con regole e principi di genesi o derivazione europea. [...] Se così è, la disciplina vincolante per il giudice resta quella interna, salvo il potere/dovere del medesimo di provocare su di essa il controllo della Corte costituzionale*»<sup>20</sup>.

Nondimeno, il Tribunale di Napoli ha deciso di fornire un'interpretazione della disposizione normativa oggetto del suo apprezzamento innanzitutto conforme al diritto comunitario non *self-executing* di livello superprimario, ma – a suo dire – anche conforme alla Carta costituzionale.

### **3. (segue): gli argomenti utilizzati dal giudice per ponderare i principi in gioco, ed in particolare l'“assoluta” prevalenza del principio di adesione dell'Italia all'UE. Alcune considerazioni sulla “prudenza nel bilanciamento”**

Il giudice del lavoro partenopeo ha ritenuto che l'interpretazione offerta non violasse i principi: a) del pubblico concorso (come modalità di accesso ai pubblici uffici atta a selezionare i migliori) e b) del buon andamento della Pubblica Amministrazione (determinandosi costituzione di rapporti di lavoro senza previa verifica della necessità di manodopera e controllo su un indiscriminato accesso), perentoriamente affermando che «*l'art. 97 della Costituzione rappresenta un principio costituzionale debole, destinato a cedere di fronte agli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'UE*»<sup>21</sup>.

Ebbene, non pare che in tale caso il giudice del lavoro di Napoli abbia utilizzato con “prudenza” la tecnica del bilanciamento. Sembrerebbe infatti che consideri come “assoluto”, e quindi prevalente sempre e comunque sopra ogni altro, solo l'*obbligo comunitario*. Ma se ciò fosse vero, il

<sup>18</sup> Tra gli altri, v. Tribunale di Roma, ordinanza del 2 maggio 2012, cit.

<sup>19</sup> Secondo quanto stabilito dalla stessa Corte di giustizia nelle sentenze 15 aprile 2008, causa C-268/2006, Impact e 23.4.2009, in cause riunite C-378/07 e 380/07, Angelidaki ed altri, in cui è stato affermato il principio in forza del quale «*la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro non appare, sotto il profilo del suo contenuto, incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale in quanto, ai sensi di tale disposizione, rientra nel potere discrezionale degli Stati membri ricorrere, al fine di prevenire l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato, ad una o più tra le misure enunciate in tale clausola o, ancora, a norme equivalenti in vigore, purché essi tengano conto delle esigenze di settori e/o di categorie specifici di lavoratori; nel contempo non è possibile determinare in maniera sufficiente la protezione minima che dovrebbe comunque essere attuata in virtù di suddetta clausola*».

<sup>20</sup> Cfr. ordinanza del 2 maggio 2012 del Tribunale di Roma, cit.

<sup>21</sup> Cfr. sentenza n. 528 del 2015 del Tribunale di Napoli, cit., 40



principio o valore di adesione dell'Italia all'UE richiamato dal giudice del lavoro diventerebbe, schmittianamente parlando, "tirannico"<sup>22</sup>.

Cosa sia un diritto, un "valore", o un "principio" *tiranno* sembra potersi ricavare dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, in particolare dalla nota sentenza n. 85 del 2013: «*Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro*» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona.

Tiranno sembrerebbe essere un valore/principio (inteso come) assoluto e quindi predestinato a "vincere" sempre, anche nello scontro con altri valori/principi.

Un prudente utilizzo della tecnica del bilanciamento, dunque, non ammette il riconoscimento di un principio come assoluto, "tirannico", e ciò vale per tutti i principi, ivi compreso quello del rispetto degli obblighi comunitari.

Se il bilanciamento costituzionale sugli interessi sociali è svolto, in via ordinaria, dal legislatore, anche i singoli giudici effettuano quotidianamente operazioni ermeneutiche così complesse. Tuttavia, com'è stato evidenziato, la pluralità dei principi/valori/interessi cui le Costituzioni rinviano implica che «*essi non si strutturano, di regola, secondo una "gerarchia dei valori". Se ciò avvenisse, si determinerebbe un'incompatibilità col carattere pluralistico della società, inconcepibile nelle condizioni costituzionali materiali attuali. In caso di conflitto, il principio più elevato priverebbe di valore tutti i principi inferiori e darebbe luogo ad una minacciosa "tirannia del valore" fondamentalmente distruttiva. [...] La pluralità dei principi e l'assenza di una gerarchia formalmente determinata comporta che non vi possa essere una scienza della loro composizione, ma una prudenza nel loro bilanciamento*»<sup>23</sup>.

La laconicità dell'argomentazione utilizzata nella sentenza che si commenta, nella parte in cui il giudice si riferisce alla necessaria "prevalenza" del primato del diritto eurounitario (gli "obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'UE") sul principio di buon andamento della pubblica amministrazione, riconnesso, tra l'altro, al diritto all'istruzione, non sembra ispirata a *prudente bilanciamento*. La prudenza sarebbe stata necessaria, invece, nella composizione dei valori in gioco. Per citarne alcuni: il diritto all'istruzione; il beneficio della stabilità dell'impiego<sup>24</sup>; il principio del

<sup>22</sup> Forse la mente del giudice del lavoro partenopeo è stata, per dirla con Carl Schmitt, «*soggiogata, alla malia del pensare per valori?*». Del resto, secondo il giurista e filosofo del diritto tedesco, il carattere specifico del valore risiede «*nell'aver non già un essere, ma soltanto una validità*». Un valore non è, un valore si impone: «*Chi dice valore vuole far valere e imporre*»: cfr. C. SCHMITT, *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, a cura di G. GURISATTI, Milano, 2008, 52 ss. Com'è noto, secondo Schmitt, ogni valore si combatte "per la vita e per la morte". Perciò un valore non può restare fermo: posta la sua natura, il valore non può che essere im-posto, "fatto valere", anche con la violenza. È a questa imposizione violenta che Schmitt pensa ricostruendo la genealogia della filosofia dei valori: «*Le virtù si esercitano; le norme si applicano; gli ordini si eseguono; ma i valori vengono posti e imposti*» (ivi, 53). Il valore, poi, richiede sempre un *Angriffspunkt*, un "punto di attacco" già posto, prestabilito, predefinito e inattuabile, un "punto di vista" che squalifica a priori come cieco chi non vede il valore stesso (ivi, 63).

<sup>23</sup> Cfr., in tal senso, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 2001, 170.

<sup>24</sup> Come risulta dal secondo comma del preambolo dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, "il beneficio della stabilità dell'impiego viene inteso come elemento portante della tutela dei lavoratori" (cfr. punto 73 della sentenza "Mascolo"). La stabilità viene considerata un valore, tra gli altri, da M. NAPOLI, nel saggio

buon andamento della Pubblica Amministrazione; il principio del concorso per l'accesso ai pubblici uffici; il principio di apertura dell'ordinamento interno al diritto comunitario; il principio del vincolo del pareggio di bilancio, ecc.

L'assunzione di personale con contratti a tempo determinato, in assenza di concorsi pubblici atti a colmare le carenze di organico per più di due lustri<sup>25</sup>, con ogni probabilità, ha trovato giustificazione nella necessità di garantire il diritto fondamentale all'istruzione laddove, peraltro, la soluzione della conversione dei contratti di lavoro a termine degli insegnanti in contratti a tempo determinato è apparsa ipotesi difficilmente praticabile in assenza di criteri certi in grado di prevedere la consistenza numerica degli studenti che periodicamente presentano domanda di iscrizione agli istituti scolastici pubblici.

Inoltre, il principio del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione sarebbe indubbiamente inciso nella misura e nei termini in cui la conversione indiscriminata di contratti a termine in contratti a tempo indeterminato possa dare luogo ad un aumento significativo delle piante organiche, senz'altro preoccupante per i delicati equilibri finanziari ed i vincoli di bilancio cui lo Stato è tenuto non solo in ossequio alla normativa europea<sup>26</sup>, ma anche alla Costituzione<sup>27</sup>.

Com'è noto, la clausola 5 dell'accordo quadro, già menzionata, lascia agli Stati membri un'ampia libertà di azione e di scelta degli strumenti finalizzati ad evitare gli abusi nell'utilizzo dei contratti a tempo determinato e non pare che la sentenza "Mascolo" abbia fornito indicazioni specifiche e concrete circa il rimedio da utilizzare per realizzare l'obiettivo in questione.

Il buon andamento della pubblica amministrazione, *id est* l'efficienza della pubblica amministrazione, peraltro, è valore propugnato anche dall'Unione Europea, all'interno del cui

---

di apertura del numero monografico dedicato ai licenziamenti della *Rivista Quaderni di Diritto del lavoro e delle Relazioni industriali*, UTET, Torino, 2001 intitolato "Elogio della stabilità", in ID., *Lavoro, diritto, mutamento sociale* (1997-2001), Torino 2002, 160 ss. Come rilevato nella dottrina giuslavoristica, tuttavia, «la stabilità, come situazione di fatto socialmente desiderabile si esplica nell'interesse del singolo all'acquisizione e poi alla conservazione del posto di lavoro» (in tal senso v. G. FRANZA, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Milano, 2010, 42). L'attribuzione di rilevanza giuridica a questo interesse dipende però dalle scelte dell'ordinamento, perché «il principio della dignità umana deve essere definito distinguendo le qualità etico-sociali che lo costituiscono come valore assoluto, intangibile, dalle qualità empiriche (nella specie: titolarità di un posto stabile di lavoro) socialmente ritenute, in certe contingenze storiche, condizioni di realizzazione di tale valore» (in tal senso, v. L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, in AA.VV., *il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, Milano, 2002, *Atti Aidlass del Convegno di Ferrara 11-13 maggio 2000*, 18). Che non si possa configurare un vero e proprio diritto ad un lavoro stabile è stato affermato pacificamente dalla Corte costituzionale, la quale, tra l'altro, nella sentenza n. 419 del 2000, ha statuito che «la garanzia del diritto al lavoro apprestata dagli artt. 4 e 35 Cost. è affidata alla discrezionalità del legislatore quanto alla scelta dei tempi e dei modi di attuazione e non comporta una diretta ed incondizionata tutela del posto di lavoro (sentenze n. 46 del 2000, n. 419 del 1993, n. 152 del 1975; ordinanza n. 254 del 1997)».

<sup>25</sup> È circostanza notoria che prima dei concorsi indetti nel marzo 2016 e nel dicembre 2012, l'ultimo bando di concorso del Ministero dell'istruzione per l'accesso all'insegnamento nella scuola pubblica sia stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana del 13 aprile 1999.

<sup>26</sup> Com'è noto, con il Patto di Stabilità e Crescita (PSC) – introdotto con il regolamento comunitario n. 1466 del 1997 ed integrato da atti successivi conosciuti, tra gli altri, come *Six pack* e *Fiscal compact* – l'Unione europea si è prefissata l'obiettivo di raggiungere la parità di bilancio quale obbligo prioritario per tutti gli Stati membri divenuto prevalente ma non idoneo, comunque, ad annullare quello più generale della crescita in regime di concorrenza fissato solennemente nei trattati UE (artt. 102A, 103, 104 Trattato di Maastricht; 98, 99, 104 Trattato di Amsterdam; 120, 121, 126 Trattato di Lisbona).

<sup>27</sup> La legge costituzionale n. 1 del 2012, novellando gli articoli 81, 97, 117 e 119 Cost., come si sa, ha introdotto il principio dell'equilibrio tra entrate e spese del bilancio, correlandolo a un vincolo di sostenibilità del debito di tutte le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle regole in materia economico-finanziaria derivanti dall'ordinamento europeo.

ordinamento è arricchito dal “diritto ad una buona amministrazione” sancito dall’art. 41 della Carta di Nizza e dal principio della “buona gestione finanziaria” dettato dall’art. 317 del TFUE.

Si aggiunga che il pubblico concorso costituisce il metodo necessario e inderogabile anche per l’assunzione di personale scolastico, docente e non docente, in base all’articolo 97, comma 3, della Costituzione, il quale dispone che agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso e che il divieto, previsto dall’art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001 di conversione dei rapporti di lavoro a termine in rapporti di lavoro a tempo indeterminato è stato ritenuto rispettoso degli artt. 3 e 97 dalla giurisprudenza della Corte costituzionale: cfr. sentenza n. 89 del 2003<sup>28</sup>.

Se il giudice del lavoro di Napoli avesse deciso di rinviare la causa in attesa della decisione della Corte costituzionale, avrebbe potuto trarre determinazioni più prudenti alla luce della più raffinata attività di *bilanciamento* operata dal Giudice delle leggi. Il bilanciamento “costituzionale” spetta, infatti, «segnatamente agli organi di un ordinamento costituzionale: i Tribunali costituzionali»<sup>29</sup>.

Con la sentenza n. 238 del 2014 la Corte costituzionale, peraltro, sembra aver ribadito il principio in forza del quale indubbiamente, in via ordinaria, a lei è riservato il compito di utilizzare tale tecnica: «il bilanciamento rientrando tra “le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza”»<sup>30</sup>.

Naturalmente ciò non vale ad escludere che anche i singoli giudici possano effettuare, come in effetti accade di frequente, operazioni di bilanciamento. Talvolta è la stessa Corte costituzionale che delega tali complesse attività ermeneutiche ai singoli giudici: basti pensare alle sentenze additive di principio, specie a quelle “con delega di bilanciamento”<sup>31</sup>. Si pensi, infine, alla tecnica dell’*interpretazione conforme*<sup>32</sup>, in cui il ruolo svolto dai giudici nell’ordinamento trova una delle

<sup>28</sup> In essa si statuisce che «il principio fondamentale in materia di instaurazione del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è quello, del tutto estraneo alla disciplina del lavoro privato, dell’accesso mediante concorso, enunciato dall’art. 97, terzo comma, della Costituzione. L’esistenza di tale principio, posto a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell’amministrazione, di cui al primo comma dello stesso art. 97 della Costituzione, [...] giustifica la scelta del legislatore di ricollegare alla violazione di norme imperative riguardanti l’assunzione o l’impiego dei lavoratori da parte delle amministrazioni pubbliche conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio, in luogo della conversione (in rapporto) a tempo indeterminato prevista per i lavoratori privati». Ma v. anche le sentenze nn. 293 del 2009 e 267 del 2013.

<sup>29</sup> In tal senso, si v. A. SPADARO, voce *Bilanciamento*, in *Enc. fil.*, vol. II, Milano, 2006, 1261 s., nonché la bibliografia ivi indicata.

<sup>30</sup> Cfr. ultimo inciso del punto 3.1. del *Considerato in diritto* della sentenza n. 238 del 2014. Ma cfr. anche sentenza n. 236 del 2011, in cui si afferma che «interpretazione e bilanciamento, [...] sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza [...] A questa Corte compete, insomma, di apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell’ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi (sentenza n. 311 del 2009)». V., ancora, sentenza n. 317 del 2011.

<sup>31</sup> Cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 88 ss., 120 ss.

<sup>32</sup> La bibliografia, in materia, è molto vasta. Tra gli altri, v. A. RAUTI, *L’interpretazione adeguatrice come metacriterio ermeneutico e l’inversione logica dei criteri di rilevanza e non manifesta infondatezza*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Pisa, 2002, 496, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it); G. SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; A. RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell’interpretazione conforme*, Intervento al Convegno del Gruppo di Pisa su *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Milano 6 e 7 giugno 2008, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); M. D’AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l’interpretazione “conforme a”*, in AA.VV., *Studi in memoria di G. Floridia*, cit., 413 ss.; R. ROMBOLI *Qualcosa di nuovo ... anzi d’antico: la contesa sull’interpretazione conforme*

sue punte di massima e privilegiata espressione, sia che si tratti di interpretazione conforme a Costituzione, che, come nel caso del Tribunale di Napoli oggetto di queste brevi considerazioni, di interpretazione conforme a diritto euro-unitario. Soprattutto quest'ultima tecnica, di incrocio fra normativa interna ed euro-unitaria, richiede una particolare "prudenza", perché l'interprete si deve confrontare con norme che deve estrapolare da due ordinamenti distinti ed autonomi, pur se coordinati tramite una precisa articolazione di competenze<sup>33</sup>.

Con ogni probabilità, il Tribunale partenopeo ha deciso di andare "oltre" i limiti dell'interpretazione conforme a diritto eurounitario, spinto dal desiderio di rendere giustizia sostanziale con celerità ed immediatezza: desiderio umanamente comprensibile, ma forse non giustificabile giuridicamente. Eppure, la stessa Corte costituzionale nell'ordinanza n. 207 del 2013 aveva evidenziato che non fosse possibile risolvere il contrasto tra la normativa interna e quella eurounitaria in via interpretativa. Ed invero, la Corte di Lussemburgo afferma pressoché pacificamente il principio in forza del quale «*l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione contra legem del diritto nazionale*» (sentenze 8.10.1987, causa C-80/86, Kolpinghuis Nijmegen; 16.6.2005, causa C-105/03, Pupino).

Esiste, in effetti, un limite all'interpretazione conforme, di qualsivoglia tipo si tratti: il testo, l'"orizzonte di senso" della disposizione normativa. Oltre questo limite non pare sia consentito andare<sup>34</sup>. Nel caso di specie – come rilevato dai giudici che hanno sollevato la questione pregiudiziale di costituzionalità che la Corte dovrà decidere il 17 maggio 2016 – il contrasto non pare fosse rimediabile in via ermeneutica, stante il carattere chiuso e in sé esaustivo della normativa di settore da cui originava, e l'inequivoca volontà legislativa – da ultimo ribadita con l'art. 9 d.l. 70 del 2011 conv. in l. 106 del 2011 – di mettere siffatta normativa al riparo da ogni "contaminazione" con regole e principi di genesi o derivazione europea.

---

della legge, ivi, 677 ss.; R. PINARDI, *L'interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici comuni: le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. IV, Napoli 2009, 1523 ss.; AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate: atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009*, Milano 2010; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012; M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014; A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema dei sistemi" come problema*, in *Rivistaaic*, 2/2014; F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, ivi, 2/2014; R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, ivi, 1/2015.

<sup>33</sup> Com'è stato rilevato in dottrina, proprio per tale disomogeneità tra ordinamento interno ed ordinamento eurounitario, «il principio dell'interpretazione conforme al diritto comunitario necessita d'una applicazione prudente. Prudenza che, tuttavia, solo in parte è sollecitata dalla Corte di giustizia. Essa, infatti, se per un verso riconosce che l'interpretazione conforme non può essere praticata quando il dato testuale della disposizione interpretanda lo preclude (sent. 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino, condivisa, ora, da noi, da Cass. pen., sez. VI, 14 settembre 2006, n. 16542), per l'altro (con la stessa sentenza Pupino) ha esteso l'obbligo di interpretazione conforme ben al di là dei confini originari, e cioè anche nei confronti delle decisioni quadro adottate nell'ambito del III pilastro, senza peraltro trovare, per questa estensione (lo ha osservato bene Roberta Calvano), una motivazione convincente». In tal senso, M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, cit., 425.

<sup>34</sup> Vi è in dottrina chi, tuttavia, ritiene che il limite testuale all'interpretazione conforme possa essere superato in virtù di argomenti interpretativi ispirati in generale alla c.d. *intenzione* del legislatore (cfr. F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, 13), benché di solito si ritenga il contrario, l'"oggettivo" significato del testo dovendo prevalere sulla "soggettiva" *intention legislatoris*.

Né appariva ammissibile ricorrere alla tecnica dell'interpretazione adeguatrice al diritto euro-unitario, perché la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES, allegato alla direttiva 1999/70/CE non è incondizionata, né sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale. Ciononostante, secondo il Giudice del lavoro napoletano *«la compatibilità tra disciplina del precariato della scuola e l'ordinamento europeo è data solo dalla applicazione della disciplina generale di cui al d.lgs. n. 368/01 ed in specie dall'art. 5, comma 4-bis»*, che prevede la trasformazione del contratto di lavoro a termine in contratto di lavoro a tempo indeterminato (cfr. foglio 8 sentenza).

A tale conclusione il giudice è pervenuto superando i limiti dettati dalla normativa speciale per il pubblico impiego nel settore scolastico, ed in particolare, in primo luogo, dall'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, che prevede che, in ogni caso che *«la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative»*<sup>35</sup>; ed, in secondo luogo, dall'art. 10 comma 4-bis del d.lgs. n. 368 del 2001 (introdotto dal d.l. 70 del 2011), che dispone espressamente che *«sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato. In ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-bis, del presente decreto»*.

Né può sottacersi il fatto che il Tribunale di Napoli abbia posto la sua interpretazione in contrasto con l'art. 97, comma 3, della Costituzione, che prevede, com'è noto, che agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede tramite concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge e non certo ad opera del singolo giudice.

Addirittura, il giudice napoletano ha ritenuto recessivo il principio generale *lex specialis derogat generali*, di fronte alla necessità di adeguamento dell'ordinamento interno all'ordinamento comunitario: *«se non fosse applicabile la normativa generale (salvo espresse e specifiche deroghe) l'ordinamento interno del settore consentirebbe la diuturna ripetizione di contratti a termine senza la previsione della benché minima misura ostativa: ovviamente, stanti gli obblighi di interpretazione conforme, questo giudice non può addivenire ad una interpretazione in palese contrasto con gli obblighi di appartenenza dell'Italia alla Unione europea, la cui violazione è stata ritenuta dalla C.g.u.e. nella sentenza Mascolo»* (p. 8 della sentenza).

---

<sup>35</sup> La Corte costituzionale, com'è noto, nella sentenza n. 89 del 2003 aveva ritenuto tale norma rispettosa degli artt. 3 e 97 della Costituzione, e la Corte del Lussemburgo aveva affermato che la medesima non fosse in contrasto con la clausola 5 dell'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato, allorché fossero previste *«nel settore interessato, altre misure effettive per evitare, ed eventualmente sanzionare, il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato stipulati in successione»* (cfr. provvedimento emesso nella causa C-3/10 del 1° ottobre 2010, Affatato, punto 51).

#### **4. Gli snodi della motivazione della sentenza emessa dal Tribunale di Napoli il 21 gennaio 2015: rilievi critici**

Il giudice partenopeo è passato alla disamina del quadro normativo e giurisprudenziale in *subiecta materia*, cercando di fornire una ricostruzione dell'istituto giuridico disciplinato dall'art. 36 d.lgs. n. 165 del 2001, «*posto che l'assenza di una chiara interpretazione della disposizione si presta ad una giurisprudenza caso per caso*» (p. 9 della sentenza), evidenziandone forti elementi di criticità, determinati dal fatto che la misura risarcitoria non sarebbe stata pensata quale misura ostativa, avente lo scopo di prevenire gli abusi derivati dalla reiterazione dei contratti a termine.

Ha evidenziato come la Cassazione, con sentenza n. 27363 del 2014 (15 ottobre-23 dicembre) avesse ritenuto l'applicabilità dell'art. 5, comma 4-*bis* del d.lgs. 368 del 2001 al precariato pubblico non scolastico, con costituibilità di contratto a tempo determinato (cfr. p. 12 della sentenza). Ha rappresentato come fossero possibili misure ostative, anche cumulabili tra loro, agli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato, ma che l'"unica" misura sanzionatoria possibile, anche alla luce della più recente normativa, fosse la trasformazione del contratto di lavoro a termine in contratto di lavoro a tempo indeterminato (cfr. p. 14 della sentenza). Alle pagine 23 e seguenti della motivazione si è diffuso sulle argomentazioni adottate dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 26 novembre 2014, evidenziando come tale provvedimento si segnali per «*alcuni passaggi significativi, ma anche per talune omissioni, così rimettendo la soluzione, come suo compito, alla giurisdizione interna*».

Fornendo una lettura ermeneutica "sistemica" delle cause "Papalia" e "Mascolo", è giunto alla conclusione secondo cui – per la C.g.u.e. – «*o si costituisce il rapporto di lavoro ex art. 5 comma 4-bis, del d.lgs. 368/01, o, nel settore pubblico, vi è violazione del diritto eurounitario, in assenza di valida misura ostativa alla illegittima reiterazione dei rapporti di lavoro a termine con la P.A. Non costituisce infatti idonea misura ostativa il risarcimento del danno*» (p. 30 della sentenza).

La sentenza della Corte di Cassazione n. 10127 del 2012, a suo parere, risulta «*contraria alle statuizioni della C.g.u.e. in punto di interpretazione del diritto eurounitario*» (p. 31 della sentenza), non potendo più costituire, per tale ragione, un precedente ermeneutico.

Va evidenziato che la su richiamata pronuncia del Giudice della nomofilachia abbia ritenuto non ammissibile la soluzione della conversione del rapporto sia in caso di nullità del termine apposto al contratto che nell'ipotesi di illegittima reiterazione abusiva dei contratti in violazione della clausola 5 della direttiva UE 1999/70, in considerazione del fatto che l'art. 36 del d.lgs. 165 del 2001 pone un espresso divieto alla costituzione in via giudiziale di rapporti di lavoro, avuto riguardo all'obbligo, stabilito dall'art. 97 della Costituzione, di accedere a posti di lavoro pubblico solo tramite concorso, (principio stabilito a suo tempo dalla Corte costituzionale con la sentenza 89 del 2003, con cui si era ribadita la non applicabilità al pubblico impiego della disciplina del d.lgs. 368 del 2001, atto normativo che ha trasposto nell'ordinamento interno la direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE).

Questa giurisprudenza, peraltro, giustifica il divieto di conversione anche con riferimento alla specifica disciplina del settore scolastico, poi oggetto della sentenza "Mascolo", che viene interpretato come un *corpus* particolare finalizzato a garantire la continuità del servizio scolastico e che, attraverso il meccanismo delle graduatorie ad esaurimento, garantisce in un certo modo il progressivo riassorbimento del personale precario.

La sentenza 10127 del 2012 esclude che sia anche possibile il risarcimento del danno *ex art. 36* d.lgs. 165 del 2001, proprio in considerazione della presunta legittimità del sistema di reclutamento degli insegnanti "precari".

La Corte di Lussemburgo, nella sentenza “Mascolo”, anche se con precipuo riguardo al precariato non scolastico, ha preso una posizione abbastanza precisa: la previsione di cui all’art. 5 comma 4-*bis* del d.lgs. 368 del 2001, che – decorsi 36 mesi di lavoro a termine – dispone la trasformazione del contratto a tempo indeterminato, è ritenuta conforme alle finalità della clausola 5 della direttiva 1999/70, ai fini dell’eliminazione definitiva dell’abuso commesso.

Tuttavia, non sembra essersi spinta al punto di “indicare” alle competenti “autorità interne” una soluzione precisa, ossia la conversione dei contratti di lavoro da *determinato* ad *indeterminato*, quale misura di carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente “energico” e dissuasivo per un’efficace applicazione dell’accordo quadro.

Ma è questa, invece, l’interpretazione del giudice del lavoro di Napoli, così come di una recente sentenza della Corte di Cassazione con ogni probabilità tenuta in considerazione dal magistrato (sentenza n. 27363 del 15 ottobre-23 dicembre 2014).

Tale orientamento giurisprudenziale pare abbia trovato ulteriore conforto nella sentenza emessa dalla Corte di Cassazione l’8 gennaio 2015 n. 148 in materia di lavoro marittimo, resa in sede di rinvio dalla Corte europea che si era pronunciata – su remissione della stessa Corte di Cassazione – con la sentenza Fiamingo del 3 luglio 2014 (in causa C 362/13 e altre). In tale decisione la Corte, dopo avere affermato la prevalenza del disciplina speciale sul lavoro marittimo di cui all’art. 326 del codice della navigazione, rivaluta, secondo le indicazioni di Lussemburgo, l’art. 1344 del codice civile sul contratto in frode alla legge e cassa la sentenza della Corte di Appello di Messina che aveva rigettato la domanda di conversione di una successione di contratti a termine, rinviando per un nuovo esame nel merito, così dando forza ad una tutela rafforzata in caso di abuso nell’utilizzo di contratti a termine, in attuazione piena della clausola 5 della direttiva .

Tuttavia, non mancano voci dissonanti, provenienti, peraltro, dalla stessa Corte di Cassazione, che con la sentenza n. 27481, depositata il 30 dicembre 2014 (presidente Stile, estensore Tria), ha ribadito il divieto di conversione, decidendo definitivamente la nota vicenda dei dipendenti della Valle d’Aosta che erano stati oggetto della ordinanza “Papalia” del 2 dicembre 2013 della Corte europea<sup>36</sup>.

In breve, la questione concernente l’applicazione della misura sanzionatoria finalizzata all’eliminazione dell’abusiva reiterazione dei contratti di lavoro a tempo determinato pare materia ancora non definitivamente risolta, e quindi in parte controversa<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> La Corte di Lussemburgo era stata investita di questione pregiudiziale dal Tribunale di Aosta, che si era visto riformare dalla Corte di Appello di Torino le sentenze con le quali aveva liquidato 20 mensilità di risarcimento ai precari del comune e della Regione, poiché i lavoratori non avevano fornito la prova del danno subito. Il Tribunale aveva quindi chiesto alla Corte di Lussemburgo di verificare la compatibilità del sistema sanzionatorio, come interpretato dalla Corte torinese con la clausola 5 della direttiva, ricevendo come risposta che la normativa italiana, come interpretata dalla Corte torinese, osta alla direttiva quando il diritto al risarcimento del danno è subordinato all’obbligo, gravante su detto lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall’ordinamento eurounitario.

<sup>37</sup> Com’è stato condivisibilmente rilevato, il tema «*avrebbe certamente meritato un coordinamento tra i vari collegi della sezione lavoro della Cassazione, e [...] inevitabilmente, comporterà un passaggio alle sezioni unite, quanto meno al di fuori di quei settori non toccati da specifici interventi di espressa non applicabilità dell’art. 5 comma 4-bis, mentre per questi ultimi è certamente da prevedere una rimessione alla Corte costituzionale, finalizzato a verificare la possibilità di rimuovere l’espresso divieto sancito dall’art. 10 comma 4-bis. Senza contare lo sbandamento dei giudici di merito, tra quelli che si sentiranno spalleggiati da Lussemburgo nell’opzione della riqualificazione e sono rimasti sinora silenziosi ad attendere le pronunce delle Corti superiori e quelli che si arrocceranno sul risarcimento monetario, in difesa strenua del pubblico concorso, magari ancora da provare da parte del lavoratore e i molti che invece non*

Va segnalato, infine, che il giudice partenopeo – quanto ai costi del risarcimento del danno (e quindi ai possibili profili di violazione degli artt. 81 e 97 della Costituzione) – ha dettagliatamente evidenziato come tale misura risulterebbe oltremodo più dispendiosa per le casse dell’Erario rispetto alla misura della conversione del contratto di lavoro a termine in contratto di lavoro a tempo indeterminato.

## 5. Conclusioni

La sentenza del Tribunale di Napoli che qui si commenta dà vita ad alcuni problemi ancora non risolti, che ricordo in forma interrogativa.

Il singolo giudice, in caso di *diritto comunitario derivato* privo di effetto *diretto* contrastante con il diritto interno, può disapplicare quest’ultimo ed applicare direttamente il primo? E soprattutto: può effettuare questo tipo di operazione ermeneutica, evitando di investire la Corte costituzionale della questione pregiudiziale di compatibilità della normativa interna con la Carta costituzionale nella parte in cui prevede (art. 117, comma 1) che l’esercizio della funzione legislativa deve osservare i vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario, ma stabilisce anche che deve compiersi “nel rispetto della Costituzione”, e cioè di tutta la Costituzione (compresi gli artt. 81 e 97)? In un sistema di giustizia costituzionale come il nostro, ormai orientato verso una valorizzazione così forte del ruolo dei singoli giudici<sup>38</sup>, questa può spingersi al punto da consentire alle autorità giurisdizionali la disapplicazione della legislazione interna contrastante *anche* con il diritto euro-unitario non *self executing*?

L’attivismo dei singoli decidenti, che non di rado si ritengono gli unici giudici della conformità tra ordinamento interno ed europeo, come nel caso di specie, molto spesso li spinge a muoversi in campi inesplorati, azzardando interpretazioni conformi che contengono anche valutazioni circa il bilanciamento fra principi fondamentali costituzionali, che probabilmente solo la Corte costituzionale può fare in modo adeguato. Si tratta di campi sdruciolevoli per il singolo magistrato, non avvezzo ad affrontare tematiche segnatamente “proprie” del Giudice delle leggi.

Se ne ha conferma nel caso qui esaminato. Si legge, infatti, nella trama della motivazione della sentenza emessa dal singolo giudice, “sensibile” alla materia comunitaria che «*In ogni caso il giudice della conformità tra ordinamento interno ed europeo è il giudice comune il quale, solo ove riscontri il contrasto tra principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale ed i diritti inalienabili della persona umana, è tenuto a rilevare la questione di costituzionalità della legge di esecuzione del Trattato (Corte costituzionale, sentenza n. 170/84): nel caso di specie invero l’art. 97 della Costituzione non pare principio fondamentale dell’ordinamento interno, non coinvolgendo la forma di governo o diritti inalienabili della persona umana ed essendo presente*

---

*sapranno bene che pesci prendere in questa confusa situazione, riducendosi a sospendere ancora, in attesa della pronuncia “di ritorno” della Corte costituzionale dopo la Mascolo, le decisioni già a suo tempo rinviate in attesa della sentenza della Corte europea». In tal senso v. S. GALLEANO, La sentenza Mascolo sulla scuola e i suoi effetti sulle pronunce della Corte di Cassazione, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).*

<sup>38</sup> Sul punto cfr., tra gli altri: A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quad. cost.*, 1982, 521 ss.; A. GARDINO CARLI, *Giudici e Corte costituzionale nel sindacato sulle leggi. Gli “elementi diffusi” del nostro sistema di giustizia costituzionale*, Milano 1988; A. SPADARO, nel volume *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli E.S.I., 1990; AA. VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, a cura di E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI, Torino 2002; R. MANFRELLOTTI, *Giustizia della funzione normativa e sindacato diffuso di legittimità*, Napoli 2008.



*nell'ordinamento lo strumento per ovviare ad ogni problema di allocazione di risorse umane (la già ricordata mobilità). Quanto all'obbligo costituzionalmente orientato di interpretazione nel senso suddetto basta rimandare a quanto già rilevato in relazione agli artt. 81 e 97, comma 1, della Costituzione, ovvero ai costi del risarcimento del danno»<sup>39</sup>.*

Pur riconoscendo che solo la soluzione di sottoporre al vaglio della Corte costituzionale la normativa interna contrastante con il diritto eurounitario non auto-applicativo è in grado di assicurare la rimozione con effetti *generali* delle norme incompatibili col diritto sovranazionale, di recente un'autorevole dottrina ha avallato il ricorso alla tecnica della disapplicazione delle norme interne contrastanti anche con normativa comunitaria non *self-executing* da parte dei singoli giudici, nel dubbio sull'operato della Corte, le cui decisioni sono di fatto "generiche" ed esigono comunque un intervento concreto del giudice<sup>40</sup>.

Invero, la Corte costituzionale potrebbe indicare "la regola" da applicare al caso di specie solo laddove la soluzione potenzialmente adottabile al caso concreto sia costituzionalmente "a rime obbligate". In caso di emanazione di una sentenza di annullamento *tout court*, la lacuna normativa lasciata dall'espunzione dall'ordinamento della norma interna contrastante con la norma eurounitaria non *self-executing* potrebbe essere colmata dal singolo giudice "riesumando" la norma interna, in ipotesi, abrogata in precedenza dalla norma espunta con sentenza caducatoria della Corte costituzionale. Quale che sia la forma del seguito legislativo o giudiziario, resta il fatto che la Corte indica una strada *erga omnes*.

La ragione per cui a chi scrive pare opportuno non consentire al "singolo giudice" di rinvenire direttamente la regola applicabile al caso concreto da qualsivoglia fonte comunitaria *non auto-applicativa*, come nel caso di specie, mantenendo ferma la regola del ricorso alla Corte costituzionale, si rinviene nel fatto che – seguendo la via ermeneutica del Tribunale di Napoli – si aprirebbe uno spazio oltremodo ampio, quasi arbitrario, per l'esercizio di una funzione giurisdizionale *in via equitativa*.

L'interpretazione "conforme a" non dovrebbe essere utilizzata come un criterio in grado di consentire al giudice di superare il *range* di interpretazioni possibili secondo i canoni tradizionali del diritto. Non si potrebbe soppiantare del tutto l'uso dei tradizionali canoni interpretativi. In particolare, non si potrebbe soppiantare del tutto l'uso del canone testuale per arrivare a giustificare un esito del tutto opposto al testo.

<sup>39</sup> Così si legge a p. 40 della sentenza n. 528 del 2015 del Tribunale di Napoli, sez. lavoro.

<sup>40</sup> «Non poche volte il giudice comune, a seguito dell'eventuale annullamento della prima, è quindi chiamato a desumere dalla seconda la regola buona per il caso, cioè in buona sostanza a fare "applicazione diretta" di quest'ultima, un'applicazione "conseguenziale" alla pronuncia che è causa dell'annullamento stesso: né più né meno – come si è veduto – di ciò che ordinariamente si ha laddove si dia attuazione ad un'additiva di principio. Quale sia poi il tasso di creatività (o, diciamo pure, di "normatività") insito nella operazione posta in essere dal giudice comune è questione che va risolta caso per caso. Non si pensi tuttavia che il tasso medesimo s'innalzi laddove si abbia traduzione di un principio in una regola rispetto al caso di applicazione diretta di norma sovranazionale non bisogna di una conversione siffatta in quanto già di per sé sufficientemente dettagliata. È un dato infatti di comune esperienza quello per cui al piano in cui maturano le prassi interpretative non ci sono canoni fissi suscettibili di meccaniche e ripetitive applicazioni, nel segno della sostanziale continuità e della piatta uniformità. Più in là di siffatta constatazione, dunque, la teoria giuridica non è in grado di portarsi e si trova costretta a rimandare ad analisi di altra natura (statistiche, sociologiche, ecc.) al fine di stabilire l'id quod plerumque accidit, in via generale come pure in relazione a specifici ambiti materiali». Così A. RUGGERI, *Effetti diretti delle norme euro unitarie e Costituzione*, in *Riv. AIC*, n. 2/2015, 18 ss.

La Corte costituzionale non di rado si è mostrata avveduta di questo rischio, tant'è vero che in alcune sentenze, come la n. 110 del 2012 (ma v., già prima, la n. 219 del 2008), ha affermato che il testo deve essere il limite della interpretazione conforme. E ciò, a maggior ragione, dovrebbe valere per l'interpretazione "*conforme al diritto eurounitario*". Infatti: «*le interpretazioni conformi al diritto dell'Unione suggerite dalla Corte costituzionale, le rare volte in cui ci sono, non sono mai impossibili, ardite, contra legem. La Corte costituzionale non azzarda, non si spinge troppo oltre, non arriva mai a suggerire una rilettura della legge italiana talmente creativa da somigliare alla sostanziale disapplicazione del suo testo, al contrario, tra l'altro, di quello che essa stessa fa spesso e volentieri quando procede alla sola interpretazione conforme alla Costituzione. Evidentemente, per la Corte italiana vale la pena di sacrificare la lettera della legge nazionale solo sull'altare della superiore norma costituzionale, e non su quello del diritto dell'Unione, che ha già altri modi, più ortodossi, di prevalere su di essa*»<sup>41</sup>.

In conclusione, chi scrive: a) intanto non è affatto sicuro che la Corte di giustizia della Comunità europea, con la sentenza "Mascolo", abbia indicato – quale strumento migliore per ostacolare la deprecabile (e pressoché infinita per molti giovani precari) pratica della reiterazione dei contratti a termine – la trasformazione degli stessi in contratto a tempo indeterminato<sup>42</sup>; b) tantomeno è certo che lo strumento migliore per evitare tale pratica aberrante sia condannare lo Stato italiano a risarcire i danni nei riguardi di tutti gli insegnanti che per anni sono stati assunti attraverso il ricorso a tale tipologia contrattuale; c) dubita che i singoli giudici possano arrivare a questa soluzione caso per caso, senza un adeguato intervento *generale* del legislatore o comunque *erga omnes* della Corte costituzionale.

La Corte di giustizia pare abbia voluto evidenziare che la normativa interna non è conforme al diritto comunitario, non sussistendo ragioni oggettive legittimanti la reiterazione di contratti a termine, senza, tuttavia, indicare il rimedio praticabile. Probabilmente la Corte di giustizia voleva invitare le autorità competenti dello Stato italiano a stabilire una normativa di rango legislativo finalizzata a dettare delle scadenze periodiche in cui bandire dei concorsi a cattedra in caso di accertate carenze di organico.

La sentenza "Mascolo" sembra essersi limitata alla declaratoria di incompatibilità dell'attuale sistema, senza dare, nel dispositivo, precise indicazioni circa le sanzioni applicabili, rimettendo quindi alle autorità dello Stato membro la decisione sulle misure da adottare per ovviare agli abusi in concreto commessi.

Il legislatore, con ogni probabilità, per evitare che l'"esercito culturale di riserva" dichiarasse "guerra" allo Stato italiano, mediante la instaurazione di un contenzioso civile di dimensioni epocali, che non poche conseguenze avrebbe potuto determinare per le martoriolate casse erariali, è intervenuto con la legge n. 107 del 13 luglio 2015. La legge sulla "Buona scuola"<sup>43</sup> sembra aver

<sup>41</sup> Cfr. E. LAMARQUE, *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea secondo la Corte costituzionale italiana*, in AA.VV. *L'interpretazione conforme al diritto UE. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Atti del Convegno inaugurale del Dottorato di ricerca in "Diritto dell'Unione Europea e ordinamenti nazionali" del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara (Rovigo, 15-16 maggio 2014), Napoli, 2015, 100

<sup>42</sup> Tra i commentatori della sentenza "Mascolo", in effetti, vi è chi rileva che la stessa si limiti «alla declaratoria di incompatibilità dell'attuale sistema, senza dare, nel dispositivo, precise indicazioni circa le sanzioni applicabili, rimettendo quindi al giudice nazionale la decisione sulle misure da adottare per ovviare all'abuso commesso»: cfr. in tal senso S. GALLEANO, *La sentenza Mascolo sulla scuola e i suoi effetti sulle pronunce della Corte di Cassazione*, cit., 4.

<sup>43</sup> Pubblicata sulla G.U. della Repubblica n. 162 del 15 luglio 2015. Biasimevole appare la tecnica di redazione legislativa: la legge in questione consta di un unico articolo, composto da 212 commi. L'impellenza dell'approvazione

fornito una ragionevole soluzione alla problematica sollevata dalla sentenza “Mascolo”, tra le altre cose, dando luogo all’istituzione dell’“organico dell'autonomia”, funzionale alle esigenze didattiche, organizzative e progettuali delle istituzioni scolastiche come emergenti dal piano triennale dell’offerta formativa, nonché prevedendo per l’anno scolastico 2015/2016 «*un piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato di personale docente per le istituzioni scolastiche statali di ogni ordine e grado, per la copertura di tutti i posti comuni e di sostegno dell'organico di diritto, rimasti vacanti e disponibili all'esito delle operazioni di immissione in ruolo effettuate per il medesimo anno scolastico*»<sup>44</sup>. La predetta legge ha previsto, altresì, l’obbligatoria indizione, con cadenza triennale, di concorsi nazionali per titoli ed esami, indetti su base regionale, per tutti i posti vacanti e disponibili, nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, nonché per i posti che si rendano tali nel triennio<sup>45</sup> ed ha stabilito la pubblicazione del bando di un concorso «*per titoli ed esami per l'assunzione a tempo indeterminato di personale docente per le istituzioni scolastiche ed educative statali ai sensi dell'articolo 400 del testo unico di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, come modificato dal comma 113 del presente articolo, per la copertura, nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, di tutti i posti vacanti e disponibili nell'organico dell'autonomia, nonché per i posti che si rendano tali nel triennio*»<sup>46</sup>. Infine, ha sancito il divieto di reiterazione di contratti di lavoro a tempo determinato stipulati con il personale docente, educativo, amministrativo, tecnico e ausiliario presso le istituzioni scolastiche ed educative statali, per la copertura di posti vacanti e disponibili, che non potranno superare la durata complessiva di trentasei mesi, anche non continuativi<sup>47</sup>.

La Consulta il 17 maggio 2016 dovrà dar seguito alla sentenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea del 26 novembre 2014, che ha affermato il principio in forza del quale la pratica della reiterazione dei contratti a termine, se non caratterizzata da certe garanzie, è contraria al diritto dell’UE. La circostanza che problemi temporali ed organizzativi abbiano ostacolato la predisposizione di concorsi pubblici e quindi la stipula di contratti a tempo indeterminato per i vincitori degli stessi non costituisce una giustificazione all’automatica reiterazione di contratti a tempo determinato. La Corte costituzionale – in considerazione della modifica del quadro normativo intervenuta con la legge 107 del 2015, nonché a seguito della sentenza “Mascolo”<sup>48</sup> – potrebbe restituire gli atti al giudice per un riesame della rilevanza a seguito di *ius superveniens*<sup>49</sup>.

La vicenda sommariamente esaminata, appare sintomatica della “fluidità” e, allo stesso tempo, della “problematicità” della tutela multilivello nel sistema ordinamentale europeo.

---

di un atto normativo così importante per la maggioranza parlamentare ha indotto il legislatore, *more solito*, ad obliterare le regole, i metodi e gli strumenti per la miglior redazione normativa

<sup>44</sup> Cfr. art. 1, comma 95, l. 107 del 2015.

<sup>45</sup> Cfr. art. 1, comma 113, l. 107 del 2015.

<sup>46</sup> Cfr. art. 1, comma 114, l. 107 del 2015.

<sup>47</sup> Cfr. art. 1, comma 131, l. 107 del 2015.

<sup>48</sup> Così è avvenuto in casi analoghi: v., ad es., ord. 241 del 2005 e 252 del 2006.

<sup>49</sup> Cfr., *ex pluribus*, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 147; M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI (a cura di), *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale - Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la Corte costituzionale di Ungheria*. Palazzo della Consulta, 11 giugno 2010, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 4; R. ROMBOLI, *Evoluzione giurisprudenziale ed aspetti problematici della restituzione degli atti al giudice a quo*, in *Giur. cost.*, 1992, 543 ss.; ID., *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).