

Vincenzo De Michele

L'effetto diretto del principio di non discriminazione della Carta di Nizza nelle conclusioni dell'Avvocato Generale sugli insegnanti di religione precari

Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi

Virus, stato di eccezione e scelte tragiche.

Le politiche del lavoro, economiche e sociali e la tutela dei diritti fondamentali nei tempi incerti dell'emergenza sanitaria e della crisi.

La costruzione di un nuovo diritto del lavoro.

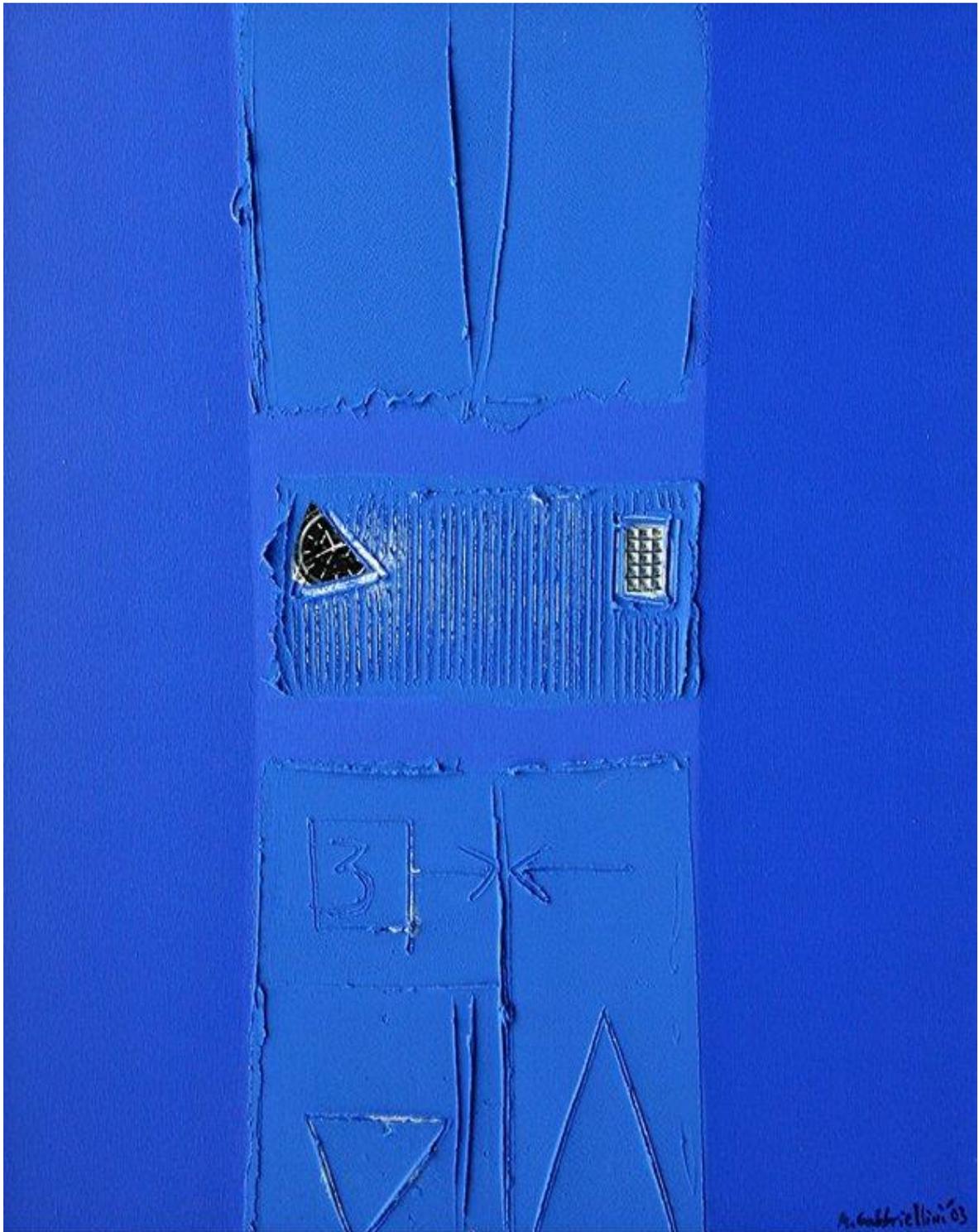
Conversazioni sul lavoro a distanza

da agosto 2020 a marzo 2021

promosse e coordinate da **Vincenzo Antonio Poso**

Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone





Andrea Gabriellini, *Spazio/Tempo*, 2003 (Ciclo Frantumazioni)

Vincenzo De Michele

L'effetto diretto del principio di non discriminazione della Carta di Nizza nelle conclusioni dell'Avvocato Generale sugli insegnanti di religione precari

*aggiornato al 18 maggio 2021

* Il presente contributo è di prossima pubblicazione in Europeanrights.eu

SOMMARIO: 1. Le questioni pregiudiziali sugli insegnanti di religione cattolica del Tribunale di Napoli: il conflitto tra Corte di giustizia e Corte costituzionale. - 2. L'ordinanza del Tribunale di Napoli tra discriminazione per motivi di culto e violazione del principio di uguaglianza. - 3. Le conclusioni dell'A.G. Tanchev sulla pregiudiziale "costituzionale" europea del Tribunale di Napoli sugli i.r.c.: l'applicazione diretta della Carta di Nizza nel potere del giudice nazionale: a) La posizione della Commissione Ue e dell'Avvocato generale sulla discriminazione; b) La normativa speciale sullo stato giuridico degli insegnanti di religione cattolica; c) La discriminazione secondo la Commissione europea per violazione della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro; d) La discriminazione indiretta per ragioni religiose nelle conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev e l'applicazione diretta dell'art.21 della Carta.

1. Le questioni pregiudiziali sugli insegnanti di religione cattolica del Tribunale di Napoli: il conflitto tra Corte di giustizia e Corte costituzionale.

A distanza di quindici anni dalla prima ordinanza pregiudiziale del Tribunale di Genova del 21 gennaio 2004¹ di interpretazione della direttiva 1999/70/CE il Tribunale di Napoli aveva riproposto sul precariato pubblico italiano la stessa problematica che la sentenza Marrosu-Sardino² della Corte europea non aveva risolto, con l'incerta risposta della

¹ Est. Basilio, causa C-53/04 "Marrosu-Sardino", in *Lav. giur.*, 2004, 9, 885 e ss., con nota di C.A. Costantino.

² 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.

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

Il 13 febbraio 2019 il Tribunale di Napoli³ ha sollevato lo stesso «*conflitto di tipo costituzionale*» rispetto alla nuova sentenza n.248/2018 *in subjecta 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*

³ Est. Coppola.

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 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 antiabusive 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.5072/2016⁴ 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 Trapani⁵ con la pregiudiziale "comunitaria" con l'ordinanza del settembre 2016 nella causa C-494/16 Santoro sul precariato degli enti locali siciliani, subito dopo dal Tribunale di Foggia⁶ 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 2010⁷ sul precariato sanitario, la Corte di giustizia ha risposto al Tribunale di Rossano⁸, 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

⁴ Est. Petrusa.

⁵ Cassazione, S.U., sentenza 15 marzo 2016, n.5072.

⁶ Est. De Simone.

⁷ Corte di giustizia Ue, ordinanza 1 ottobre 2010, causa C-3/10, *Affatato c. ASL Cosenza*, EU:C:2010:574.

⁸ Est. Coppola.

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 Valenza⁹ 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 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 Papalia¹⁰ la Corte di giustizia, sulla pregiudiziale del Tribunale di Aosta¹¹ 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.

⁹ Corte di giustizia Ue, sentenza 18 ottobre 2012, da C-302/11 a C-305/11, *Valenza ed altri*, EU:C:2012:646.

¹⁰ Corte di giustizia Ue, ordinanza 12 dicembre 2013, in causa C-50/13, *Papalia* contro *Comune di Aosta*, EU:C:2013:873.

¹¹ Est. Gramola.

Con la sentenza Mascolo¹² 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 Napoli¹³ e dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n.207/2013.

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 Santoro¹⁴ 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 che la conversione di un contratto*

¹² 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, Fli-Cgil e Gilda-Unams nella causa *Racca* C-62/13, EU:C:2014:2124.

¹³ Est. Coppola.

¹⁴ Corte di giustizia Ue, sentenza 7 marzo 2018, causa C-494/16, *Santoro* contro *Comune di Valderice* e *Governo italiano*, EU:C:2018:166.

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 Sciotto¹⁵ 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 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 imposto 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,

¹⁵ Corte di giustizia Ue, sentenza 25 ottobre 2018, causa C-331/17, Sciotto contro Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, EU:C:2018:859.

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 Rossato¹⁶ 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 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.187/2016¹⁷ 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.107/2015¹⁸, 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

¹⁶ 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.

¹⁷ Corte cost., sentenza 20 luglio 2016, n.187.

¹⁸ 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.

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 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 motivazione¹⁹ (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 Mangold²⁰, 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

¹⁹ 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.

²⁰ Corte di giustizia Ce, sentenza 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold v. Helm*, EU:C:2005:709, in *Lav.giur.* 2006, 5, 459, con nota di P.Nodari; in *Foro it.*, 2006, IV, 341, con nota di V. Piccone e S. Sciarra, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*; in *Riv.it.dir.lav.*, 2006, 251, con nota di O. Bonardi, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di giustizia*; in *Riv.giur.lav.*, 2007, 205, con nota di L. Calafà; in *Riv.crit.dir.lav.*, 2006, 387, con nota di A. Guariso; in *Dir.lav.*, 2006, (1-2), 3, con nota di A. Vallebona. Sulla sentenza Mangold cfr. anche G. Franza, *La disciplina europea del lavoro a termine interpretata dal giudice comunitario*, in *Mass.giur.lav.*, 2006, 230-234; L. Ciaroni, *Autonomia privata e principio di non discriminazione*, in *Giur.it.*, 2006, 1816-1822; L. Imberti, *Il criterio dell'età tra divieto di discriminazione e politiche del lavoro*, su *Riv.it.dir.lav.*, 2008, 2, 301-317; L. Cappuccio, *Il caso Mangold e l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria sul principio di non discriminazione*, AA.VV., *Dieci Casi sui Diritti in Europa: uno strumento didattico*, Bologna, 2011, 111-124; A. D'Aloia, *Il principio di non discriminazione e l'integrazione europea "attraverso" la Corte di giustizia: riflessi del caso Mangold*, ivi, 125-139; V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, 48-70; R. Cosio, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, I, 311 ss.

“comunitario” delle Sezioni unite e andasse nella direzione della riqualificazione 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 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 riqualificazione 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.».

2. L'ordinanza del Tribunale di Napoli tra discriminazione per motivi di culto e violazione del principio di uguaglianza

L'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli ha scelto la strada della negazione di un ruolo valoriale e giuridico-istituzionale della Corte costituzionale *in subiecta materia*.

Infatti, diversamente dalle precedenti ordinanze di rinvio pregiudiziale dello stesso giudice nelle cause Affatato e Mascolo, il Tribunale di Napoli chiede 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 riquilificazione 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 e, implicitamente, l'art.20 della Carta di Nizza.

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»²¹.

²¹ Cfr. Corte di giustizia Ue, sentenza 18 novembre 2010, C-356/09 Kleist, EU:C:2010:703, punto 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 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 è estremamente interessante per le conseguenze pratiche della futura decisione della Corte di giustizia.

Se la Corte Ue si limitasse, come nell’ordinanza Maturi²², 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 trittico di sentenze Egenberger²³, Bauer e Willmeroth²⁴ e Max-Planck²⁵ 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 era intervenuta ad applicare in orizzontale tra privati il divieto di discriminazione per motivi di età, fondando la

²² 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.

²³ Corte di giustizia Ue, sentenza 17 aprile 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257.

²⁴ Corte di giustizia Ue, sentenza 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, Bauer e Willmeroth, EU:C:2018:871.

²⁵ Corte di giustizia Ue, sentenza 6 novembre 2018, causa C-684/16, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, EU:C:2018:874.

disapplicazione della norma interna soltanto sulla direttiva 2000/78/CE, come nei casi Mangold²⁶, Palacios de la Villa²⁷, Bartsch²⁸ e Küçükdeveci²⁹.

Si tratterebbe, ove adottato, di un percorso giudiziale non invasivo del potere legislativo, ma che si limiterebbe, 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 e preoccupanti (per le finanze erariali) appaiono 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 (in caso di accoglimento, scontato, del quarto quesito sui poteri del giudice nazionale) le norme interne ostantive per applicare il diritto Ue (sempre con la copertura costituzionale degli artt.20 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), dovrebbe 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, con l'aggiunta del risarcimento del danno per l'ingiustificata precarizzazione costituito dalle maggiorazioni previste dall'art.5, comma 1, d.lgs. n.368/2001 per ogni giorno di servizio successivo al raggiungimento dei 36 mesi di lavoro, 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).

²⁶ Corte di giustizia Ce, sentenza 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold v. Helm*, EU:C:2005:709.

²⁷ Corte di giustizia CE, sentenza 16 ottobre 2007, causa C-411/05 *Palacios de la Villa*, EU:C:2007:604.

²⁸ Corte di giustizia CE, sentenza 23 settembre 2008, causa C-427/06 *Bartsch*, EU:C:2008:517.

²⁹ Corte di giustizia Ue, sentenza 19 gennaio 2010, causa C-555/07 *Küçükdeveci*, EU:C:2010:21.

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, provocherebbe 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 Sciotto 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), 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.

Ma si confrontano, all'interno della causa pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Napoli, due opposte posizioni della giurisprudenza costituzionale: il controllo accentratore di costituzionalità introdotto con un contestato *obiter dictum* dalla sentenza n.269/2017³⁰ della Consulta, immediatamente dopo la seconda decisione della Corte di giustizia sul caso Taricco³¹, e la primazia del diritto dell'Unione, riconosciuta dallo stesso Giudice delle leggi, qualche mese prima, con la sentenza n.111/2017³², in materia di discriminazione sulle condizioni di lavoro per l'accesso alla pensione di vecchiaia tra uomini e donne.

3. Le conclusioni dell'A.G. Tanchev sulla pregiudiziale "costituzionale" europea del Tribunale di Napoli sugli i.r.c.: l'applicazione diretta della Carta di Nizza nel potere del giudice nazionale

a) La posizione della Commissione Ue e dell'Avvocato generale sulla discriminazione

³⁰ Corte costituzionale, Pres. Grossi, Est. Cartabia, sentenza 7 novembre 2017, n.269.

³¹ Corte di giustizia Ue, sentenza 5 dicembre 2017, causa C-42/17, M.A.S. e M.B., EU:C:2017:936.

³² Corte costituzionale, Pres. Grossi, Est. Sciarra, sentenza 12 maggio 2017, n.111.

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, recepito dalla direttiva 1999/70 (d'ora innanzi, accordo quadro).

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 equivalenti³³. 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 abusi³⁴, 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:

- 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;

³³ 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, punto 54.

³⁴ 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, punto 86; sentenza 25 ottobre 2018, Sciotto, C-331/17, EU:C:2018:859, punto 38.

- 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 diretto³⁵ 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 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*

³⁵ 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.

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.

b) La normativa speciale sullo stato giuridico degli insegnanti di religione cattolica

A questo punto occorre chiarire le norme di diritto che nel tempo hanno regolamentato lo stato giuridico degli insegnanti di religione cattolica.

Se prima del Concordato del 1984 poteva evidenziarsi una normativa tipica dello Stato confessionale pre-Conciliare che poteva trovare una sua giustificazione nella logica della precedente normativa concordataria, complessivamente connotata da un'evidente e rigida spartizione di competenze tra lo Stato e la Chiesa, nelle c.d. "*res mixtae*", successivamente a tale data l'impianto normativo è entrato in sintonia con i principi costituzionali di eguaglianza e libertà individuale e di laicità dello Stato, cui appare ispirarsi proprio a partire dal testo dell'Accordo di revisione del 1984.

In particolare, l'articolo 9, n. 2 del citato Accordo ha innovato, profondamente, lo statuto epistemologico ed il fondamento normativo dell'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica italiana.

Dall'idea di una materia di insegnamento isolata dalle altre perché avente una sua autonoma "*ratio*" nel disegno confessionale di uno Stato autoritario, che vedeva nella

religione un fattore ideologico di unità nazionale utile ai propri fini politici (*«L'Italia considera fondamento e coronamento dell'istruzione pubblica l'insegnamento della dottrina cristiana secondo la forma ricevuta dalla tradizione cattolica»*: art. 36 Concordato), si è passati, attraverso la mediazione dei principi costituzionali, ad una formulazione normativa che riflette una concezione dell'insegnamento religioso impartito nella scuola pubblica come una componente del suo più ampio progetto educativo e didattico, offerto liberamente a tutti gli studenti e, come tale, destinato ad inserirsi con pari dignità nel quadro del panorama formativo della scuola italiana.

Gli elementi che esplicitano questa rinnovata concezione della materia sono tutti racchiusi nel primo comma della seconda parte dell'art. 9 dell'Accordo del 1984, laddove il legislatore concordatario ha individuato il fondamento epistemologico di tale insegnamento nel *«valore della cultura religiosa»* e nella considerazione che *«i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano»*; ha riaffermato la volontà di *«assicurare»* tale insegnamento nelle scuole pubbliche di ogni ordine e grado, con affermazione che ha un'immediata vincolatività giuridica per l'Amministrazione scolastica, oltre che un evidente significato politico; ha inserito tale insegnamento *«nel quadro delle finalità della scuola»*, rimarcando la sua sostanziale equiparazione alle altre materie scolastiche e riconoscendone il pieno concorso al perseguimento degli obiettivi formativi della scuola pubblica.

Tale insegnamento mantiene, peraltro, tutta la sua specificità sul piano dei contenuti, che restano confessionali, corrispondenti cioè alla dottrina e al magistero della Chiesa cattolica, per assicurare i quali anche la nuova normativa ha previsto che esso sia impartito da *«insegnanti che siano riconosciuti idonei dall'autorità ecclesiastica, nominati, d'intesa con essa, dall'autorità scolastica»* [lett. a), punto 5 del Protocollo addizionale all'Accordo]. La principale e logica conseguenza di tale specificità è costituita dal regime soggettivamente facoltativo cui è soggetto tale insegnamento, la cui frequenza deve essere frutto di una libera scelta della famiglia, o, a partire dai quattordici anni, dell'alunno stesso a tutela della sua piena libertà di coscienza e di religione (legge 18 giugno 1986 n. 281).

Sicché il Protocollo Addizionale dell'Accordo tra Santa Sede e Repubblica italiana, di revisione del Concordato Lateranense, ratificato con la Legge n. 121/1985, ha statuito che l'insegnamento della religione cattolica deve essere *“..impartito in conformità alla dottrina della Chiesa e nel rispetto della libertà di coscienza degli alunni, da insegnanti che siano*

riconosciuti idonei dall'autorità ecclesiastica, nominati, d'intesa con essa, dall'autorità scolastica".

La determinazione dei programmi, delle modalità di organizzazione di tale insegnamento, anche in relazione alla collocazione nel quadro degli orari delle lezioni, i profili di qualificazione professionale degli insegnanti sono stati, poi, demandati all'"Intesa" tra le competenti Autorità scolastiche e la Conferenza episcopale italiana, prima recepita nel D.P.R. n. 751/1985.

Più precisamente, l'art. 9 del menzionato Accordo della L. n. 121/1985 ha riconosciuto il valore della cultura religiosa, tenendo conto che i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano. Cosicché, il punto 5 del Protocollo Addizionale alla legge in questione ha disposto che l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole materne ed elementari potesse essere impartito dall'"*insegnante della classe*", riconosciuto idoneo dall'Autorità ecclesiastica, disposto a prestare il detto servizio.

Successivamente, l'Intesa n. 751/1985, poi modificata con il D.P.R. n. 175/2012, ha disposto che nelle scuole elementari potessero essere impartite due ore di insegnamento per settimana, mentre nelle scuole materne fosse organizzato nell'ambito delle specifiche ed autonome attività.

L'Intesa richiamata, al punto 4.1., ha statuito che l'insegnamento della religione cattolica è impartito nel "*quadro delle finalità*" dello specifico ordine e grado di scuola: "*4.1. L'insegnamento della religione cattolica, impartito nel quadro delle finalità della scuola, deve avere dignità formativa e culturale pari a quella delle altre discipline. Detto insegnamento deve essere impartito in conformità alla dottrina della Chiesa da insegnanti riconosciuti idonei dall'autorità ecclesiastica e in possesso di qualificazione professionale adeguata*". Chiarendo, poi, al punto 4.3.1., lettere b.2) e b.3), che l'insegnamento della religione potesse essere legittimamente affidato, in via prioritaria, a insegnanti della sezione o della classe, in via subordinata a insegnanti incaricati.

Diritto ribadito anche al punto 2.6. dell'Intesa il quale ha statuito che: "*Nelle scuole dell'infanzia e nelle scuole primarie, in conformità a quanto disposto dal n. 5, lettera a), secondo comma, del protocollo addizionale, l'insegnamento della religione cattolica, nell'ambito di ogni istituzione scolastica, può essere affidato dall'autorità scolastica, sentito l'ordinario diocesano, agli insegnanti della sezione o della classe riconosciuti idonei e disposti a svolgerlo, i quali possono revocare la propria disponibilità prima dell'inizio dell'anno scolastico*".

Integrando il disposto del punto 4.4. lettera b) dell'Intesa n. 751/1985, secondo la quale possono insegnare religione nelle scuole primarie: " b) [a] chi, fornito di titolo di studio valido per l'insegnamento nelle scuole materne ed elementari, sia in possesso dei requisiti di cui al primo comma del presente punto 4.4; oppure a chi, fornito di altro diploma di scuola secondaria superiore, abbia conseguito almeno un diploma rilasciato da un Istituto di scienze religiose riconosciuto dalla Conferenza episcopale italiana".

L'Intesa ha, poi, rimarcato il fatto che il suddetto personale faccia parte, a tutti gli effetti, della componente docente "con gli stessi diritti e doveri", in quanto l'insegnamento della religione cattolica è impartito, in prima istanza, dagli insegnanti di posto comune, in subordine, come detto, dai docenti incaricati di religione, sicchè il punto 2.8 dell' Intesa n. 175/2012, ha, testualmente, statuito che: "Gli insegnanti incaricati di religione cattolica fanno parte della componente docente negli organi scolastici con gli stessi diritti e doveri degli altri insegnanti ma partecipano alle valutazioni periodiche e finali solo per gli alunni che si sono avvalsi dell'insegnamento della religione cattolica, fermo quanto previsto dalla normativa statale in ordine al profitto e alla valutazione per tale insegnamento. Nello scrutinio finale, nel caso in cui la normativa statale richieda una deliberazione da adottarsi a maggioranza, il voto espresso dall'insegnante di religione cattolica, se determinante, diviene un giudizio motivato iscritto a verbale".

In un secondo tempo, l'art. 1, commi 1 e 2, della L. 186/2003 ha formalizzato lo stato giuridico disponendo, per la prima volta, i "ruoli" degli insegnanti di religione a cui, per effetto della menzionata legge, è stato applicato lo stato giuridico e il trattamento economico che il D.lgs. n. 297/1994 e la contrattazione collettiva hanno stabilito per i docenti delle scuole di ogni ordine e grado: " 1. Ai fini dell'insegnamento della religione cattolica nelle scuole statali di ogni ordine e grado, quale previsto dall'Accordo che apporta modificazioni al Concordato lateranense e relativo Protocollo addizionale, reso esecutivo ai sensi della legge 25 marzo 1985, n. 121, e dall'Intesa tra il Ministro della pubblica istruzione e il Presidente della Conferenza episcopale italiana, resa esecutiva con decreto del Presidente della Repubblica 16 dicembre 1985, n. 751, e successive modificazioni, sono istituiti due distinti ruoli regionali, articolati per ambiti territoriali corrispondenti alle diocesi, del personale docente e corrispondenti ai cicli scolastici previsti dall'ordinamento. 2. Agli insegnanti di religione cattolica inseriti nei ruoli di cui al comma 1 si applicano, salvo quanto stabilito dalla presente legge, le norme di stato giuridico e il trattamento economico previsti dal testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e

grado, di cui al decreto legislativo 16.4.1994, n. 297, e successive modificazioni, di seguito denominato "testo unico", e dalla contrattazione collettiva".

In seguito, il comma 5 dell'art. 40 del contratto collettivo nazionale del Comparto Scuola stipulato il 29 novembre 2007, come integrato dal CCNL del 19.04.2018, ha confermato che "1. *Al personale del presente articolo si applicano le disposizioni di cui ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 25. [...] 5. Gli insegnanti di religione cattolica sono assunti secondo la disciplina di cui all'art. 309 del decreto legislativo n. 297 del 1994, mediante contratto di incarico annuale che si intende confermato qualora permangano le condizioni ed i requisiti prescritti dalle vigenti disposizioni di legge.*"

L'art. 25 del contratto collettivo in questione ha riaffermato l'equiparazione degli insegnanti di religione con i docenti a tempo indeterminato, nonché l'assoggettamento della specifica disciplina alla legge ed alla normativa comunitaria": "3. *I rapporti individuali di lavoro a tempo indeterminato o determinato del personale docente ed educativo degli istituti e scuole statali di ogni ordine e grado, sono costituiti e regolati da contratti individuali, nel rispetto delle disposizioni di legge, della normativa comunitaria e del contratto collettivo nazionale vigente [...]*".

In effetti il comma 3 del richiamato art. 309, D. Lgs. n. 297/1994, aveva già disposto l'equiparazione degli insegnanti di religione con quelli delle altre discipline stabilendo che: "*I docenti incaricati dell'insegnamento della religione cattolica fanno parte della componente docente negli organi scolastici con gli stessi diritti e doveri degli altri docenti*", per cui lo "*status giuridico*" del suddetto personale religione "*incaricato*" è lo stesso dei docenti delle altre discipline, partecipando, "*pleno iure*", alla vita della comunità scolastica, alle valutazioni periodiche, per gli alunni che si sono avvalsi dell'insegnamento della religione cattolica, nonché alle attività aggiuntive all'insegnamento, come previste dall'art. 29 del CCNL 2006/2009.

Il servizio di religione cattolica è stato riconosciuto, ai fini della valutazione nelle graduatorie di III fascia relativa alle supplenze per gli anni scolastici 2017/2019, ai sensi del punto 2), lettera D) della tabella "B" allegata al Decreto ministeriale n. 374/2017, quale servizio "*non specifico*" rispetto alla graduatoria per cui si procede a valutazione, comprendendo, quindi, anche quello di religione cattolica.

Per l'effetto, lo "*status*" giuridico dei ricorrenti nel procedimento principale pendente davanti al Tribunale di Napoli, sia per la statuizione delle citate fonti legislative e contrattuali, sia per tipologia di insegnamento, sia per identità di diritti e di obblighi di servizio da esso

derivanti, sia per l'identità dei titoli di studio all'uopo richiesti per l'insegnamento non può che non essere lo stesso degli insegnanti su posto comune, in quanto le "condizioni di impiego", tra cui è compresa l'anzianità di servizio, sono tra loro "comparabili" e, per altro verso, non vi sono "ragioni oggettive" tali da giustificare la discriminazione segnalata dal Giudice del rinvio, in presenza di periodi di servizio continuativi da oltre quindici anni, in qualche caso da oltre venti anni, senza stabilità lavorativa.

c) La discriminazione della Commissione europea per violazione della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro

Premesso l'articolato quadro normativo interno sullo stato giuridico degli i.r.c., i percorsi argomentativi della Commissione e dell'A.G. divergono sulla discriminazione applicabile alla fattispecie di causa.

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.

d) La discriminazione indiretta per ragioni religiose nelle conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev e l'applicazione diretta dell'art.21 della Carta

Viceversa, l'Avvocato generale Tanchev ritiene 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 *Egenberger*³⁶. 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

³⁶ Corte di giustizia Ue, sentenza 17 aprile 2018, *Egenberger*, C-414/16, EU:C:2018:257.

nazionale interessato³⁷, consentendo di garantire, anche indirettamente, i diritti spettanti ai ricorrenti ai sensi degli articoli 21 e 47 della Carta³⁸.

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 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. 21³⁹ della Carta, e il principio della parità di trattamento come tutelato dall'art. 20⁴⁰ della Carta. La tutela garantita dal diritto primario dell'Unione, e più specificatamente dagli articoli 20 e 21 della Carta include la discriminazione indiretta e

³⁷ 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.

³⁸ Corte di giustizia Ue, sentenza 21 novembre 2019, Deutsche Lufthansa, C-379/18, EU:C:2019:1000, punto 61 e giurisprudenza ivi citata.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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 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 Carta⁴¹, così come le leggi degli Stati membri che attuano le misure dell'UE⁴² (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 Léger⁴³ sulla discriminazione fondata sull'orientamento sessuale e Glatzel⁴⁴ 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 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. 47⁴⁵ (conclusioni Tanchev, punto 50).

⁴¹ Corte di giustizia Ue, sentenza 1° marzo 2011, Association Belge des Consommateurs Test-Achats e a., C-236/09, EU:C:2011:100.

⁴² Corte di giustizia Ue, sentenza 3 febbraio 2021, Fussl Modestraße Mayr, C-555/19, EU:C:2021:89, punto 95; sentenza 29 ottobre 2020, Veselības ministrija, C-243/19, EU:C:2020:872, punti 34 e 35).

⁴³ Corte di giustizia Ue, sentenza 29 aprile 2015, Léger, C-528/13, EU:C:2015:288.

⁴⁴ Corte di giustizia Ue, sentenza 22 maggio 2014, Glatzer, C-356/12, EU:C:2014:350.

⁴⁵ 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.

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 quadro⁴⁶, un obbligo che si estende alla designazione dei rimedi giuridici⁴⁷. 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 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.

Peraltro, va ricordato che con le due sentenze nn.6679-6680/2019⁴⁸ la Cassazione aveva applicato i principi enunciati dalla Corte di giustizia, richiamandone le due sentenze 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 (sentenza Milkova⁴⁹): *«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*

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Corte di giustizia Ue, sentenza 22 dicembre 2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811.

⁴⁸ Cass., S.L., Pres. Bronzini, Est. Piccone, sentenze 7 marzo 2019, n.6679 e 6680.

⁴⁹ Corte di giustizia Ue, sentenza 9 marzo 2017, causa C-406/15 Milkova, EU:C:2017:198.

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).

La sentenza Milkova è stata ignorata dall'Avvocato generale nelle conclusioni della causa sugli i.r.c., così come ha ignorato la sentenza Mino Schuch-Ghannadan⁵⁰.

Con la sentenza Mino Schuch-Ghannadan la Corte di giustizia si è pronunciata in una controversia riguardante una ricercatrice universitaria a tempo determinato e con orario parziale in Austria, segnalando l'esistenza di una situazione di doppia discriminazione sia per ragioni di sesso con violazione della direttiva 2006/54/CE sia per violazione della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale recepito dalla direttiva 97/81/CE, che emerge dalla legislazione austriaca, che prevede che la durata complessiva dei contratti di lavoro consecutivi a tempo determinato dei ricercatori universitari non può eccedere 6 anni, o 8 anni nel caso di attività a tempo parziale, salvo la concessione di una proroga unica per una durata massima di 10 anni per i lavoratori a tempo pieno, e di 12 anni nell'ipotesi di attività a tempo parziale, se sussiste una giustificazione obiettiva, che consiste, in particolare, nella necessità di continuazione oppure di conclusione di progetti di ricerca e di pubblicazioni in corso.

La mancata evocazione della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato in combinato disposto con l'art.20 della Carta da parte dell'Avvocato generale Tanev ha una duplice motivazione, perché gli consente da un lato di non entrare "in conflitto" con la sentenza n.248/2018 della Corte costituzionale, dall'altro di rispettare la decisione finale della Corte di giustizia sugli effetti della sentenza Sciotto e dell'applicazione del principio di non discriminazione ivi enunciato, astenendosi dal prendere posizione sul punto.

Per quanto riguarda la Corte costituzionale italiana, va ricordato che nelle conclusioni del 17 dicembre 2020 nella causa C-824/18 (EU:C:2020:1053) al punto 81, l'avvocato generale Tanev aveva stigmatizzato il comportamento della Corte costituzionale federale tedesca Bundesverfassungsgericht (in prosieguo: il «BVerfG») nella causa Weiss (2 BvR 859/15), quando aveva dichiarato che una sentenza della Corte di giustizia era viziata da

⁵⁰ Corte di giustizia Ue, sentenza 3 ottobre 2019, causa C-274/18 Mino Schuch-Ghannadan, EU:C:2019:828.

eccesso di potere, e inapplicabile in Germania, la sentenza Weiss e a. della Corte Ue⁵¹ nonché inapplicabili varie decisioni della Banca centrale europea relative al programma di acquisto del settore pubblico per il 2015.

In quell'occasione Tanchev aveva sottolineato che, anziché mettere a repentaglio l'intero sistema della comunità dell'Unione basata sullo Stato di diritto e adottare un siffatto approccio inedito, il BVerfG avrebbe potuto spiegare ciò che, a suo avviso, era criticabile nella giurisprudenza della Corte di giustizia e avrebbe potuto poi effettuare un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte Ue, sottolineando così il diverso e corretto comportamento della Corte costituzionale italiana, che ha sollecitato la Corte comunitaria con la sentenza del 5 dicembre 2017, M.A.S. e M.B. (C-42/17, EU:C:2017:936) un ripensamento della decisione resa nella causa Taricco C-105/14 (EU:C:2015:555).

Per altro verso, come ha sottolineato la stessa Commissione europea nelle sue osservazioni scritte, 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

⁵¹ Corte di giustizia Ue, Grande Sezione, sentenza 11 dicembre 2018, Weiss e a., C-493/17, EU:C:2018:1000.

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.

Condivisibile, però, appare lo sforzo dell'Avvocato generale Tanchev di glissare il presunto conflitto tra la sentenza Sciotto della Corte di giustizia e la sentenza n.248/2018 della Corte costituzionale, su cui giustamente insiste il Tribunale di Napoli nell'ordinanza di rinvio.

Dovrà essere la Corte di giustizia a dire l'ultima parola sul punto, chiarendo innanzitutto la propria giurisprudenza per uscire da quelle incertezze interpretative che hanno spesso condizionato i giudici nazionali, compresa la Corte costituzionale italiana.

Se possibile, valorizzando la Carta di Nizza e accentuando il suo carattere di nucleo fondamentale dei diritti costituzionali comuni in tutto il territorio dell'Unione europea, come peraltro emerge nelle pregevoli conclusioni scritte in commento dell'Avvocato generale Tanchev.
