

Precari e senza indennità di fine rapporto – volume II. **La carenza di tutele dei funzionari pubblici** ***ad interim* davanti alla CGUE**

di Nicolò Fuccaro

Title: The lack of protections of interim civil servants before the EU Court of Justice

Keywords: Principle of non-discrimination; Public sector employment; Compensation for termination of the employment relationship.

1. – La causa definita con la pronuncia in commento ha per oggetto tre questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di giustizia dell'Ue dal Tribunale amministrativo n. 14 di Madrid, nell'ambito di una controversia tra una funzionaria *ad interim* e il Comune della capitale spagnola, relativamente alla mancata corresponsione di un'indennità al termine del rapporto che legava le due parti.

La controversia principale è stata promossa dal ricorso della sig.ra Almudena Baldonedo Martín in seguito al rigetto della richiesta del pagamento della citata indennità da parte del datore di lavoro, presso cui aveva svolto le mansioni di addetta alla manutenzione delle aree verdi, a partire dal 2005 e per quasi 7 anni e 5 mesi. La donna era stata nominata dal Comune per la copertura di un posto vacante sinché non fosse stato incaricato, per dette mansioni, un funzionario di ruolo; tale fatto, avvenuto nel 2013, aveva determinato l'interruzione del rapporto di lavoro.

Alcuni anni dopo la lavoratrice domandava all'ente locale un'indennità – da calcolare in venti giorni di retribuzione per anno di servizio – per la cessazione delle funzioni, fondando la propria richiesta sull'applicazione diretta verticale del diritto Ue. Ai sensi dell'art. 4, par. 3, del Trattato sull'Unione europea, infatti, gli Stati membri sono tenuti ad adottare qualsiasi misura finalizzata ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati e dal diritto derivato dell'Unione; segnatamente, per quanto concerne il caso di specie, in ossequio ai principi di eguaglianza e di non discriminazione (sanciti, rispettivamente, dagli artt. 20 e 21, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali), essi debbono, da una parte, garantire che i lavoratori a tempo determinato non siano trattati – salvo che sussistano ragioni oggettive – in maniera meno favorevole rispetto a quelli a tempo indeterminato a loro comparabili, solo per il fatto di avere un rapporto di lavoro a termine, e, dall'altra, dotarsi di misure di prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di rapporti di lavoro a tempo determinato (come prescrivono, rispettivamente, le clausole 4 e 5 del dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva 1999/70/CE che ne ha dato attuazione).

Di tutta risposta il Comune di Madrid opponeva un diniego, fondato sull'asserita legittimità – ai sensi della normativa spagnola – di tale assunzione a tempo determinato, confutando che si potesse parlare di un trattamento discriminatorio dei funzionari ad interim rispetto ai funzionari di ruolo, in quanto neppure a questi ultimi spetta alcuna indennità di fine rapporto. Per comprendere appieno le ragioni avanzate dall'ente locale, occorre soffermarsi sui due atti normativi che nella circostanza rilevano.

Si tratta in primo luogo dello Statuto di base dei dipendenti pubblici (approvato dal regio decreto legislativo n. 5/2015), che si applica, tra l'altro, ai funzionari di ruolo, ai funzionari ad interim e agli agenti reclutati con contratto permanente (a tempo determinato o indeterminato). Nello specifico, i funzionari ad interim, posizione ricoperta dalla sig.ra Baldonedo Martín, possono essere nominati «per motivi di necessità e urgenza espressamente giustificati», qualora, tra le varie ipotesi, vi siano posti vacanti che al momento non possono essere ricoperti da funzionari di ruolo e cessano una volta venuta meno la causa delle loro nomina. Proprio l'impossibilità che siano disponibili funzionari di ruolo per coprire posti vacanti costituisce la condizione per la nomina di funzionari ad interim da parte dell'ente comunale (per la precisione, del presidente del consiglio comunale), sempre che – e sino a che – sussistano ragioni d'urgenza imposte dalle circostanze, come previsto dal regio decreto n. 896/1991.

L'altro atto normativo che viene in rilievo in questa sede è lo Statuto dei lavoratori (approvato con il regio decreto legislativo n. 1/1995) che tra le cause di estinzione del contratto a tempo determinato – di cui all'art. 49 – prevede: i motivi espressamente indicati nel contratto; la scadenza del termine o la realizzazione del compito o del servizio oggetto del contratto; ragioni oggettive (espressamente indicate dall'art. 52: inidoneità del lavoratore; mancato adeguamento di quest'ultimo alle modifiche tecniche ragionevoli realizzate sul posto di lavoro; motivi economici, tecnici o relativi all'organizzazione o alla produzione quando il numero dei posti è inferiore a quello previsto dal regime dei licenziamenti collettivi; assenze reiterate dal posto di lavoro, anche se giustificate, a determinate condizioni). L'estinzione del contratto per una delle ragioni oggettive testé riportate comporta – ai sensi dell'art. 53, par. 1, lett. b) – il versamento al lavoratore di un'indennità computata in 20 giorni di retribuzione per anno di servizio (per un massimo di 12 mensilità). Inoltre, ex art. 56, un'indennità pari a 33 giorni di stipendio per anno di servizio spetta invece – in alternativa alla reintegrazione nel posto di lavoro – a coloro che sono licenziati senza giustificato motivo.

Quest'ultima disciplina si applica solamente ai lavoratori “contrattualizzati”, ossia il cui rapporto di lavoro ha un regime giuridico di natura privata (per quanto il datore di lavoro possa anche essere un'amministrazione o un ente pubblico), mentre non trova applicazione – secondo l'art. 1 del medesimo Statuto – ai funzionari pubblici (siano essi di ruolo o ad interim). Pertanto, a questi ultimi l'ordinamento nazionale non riconosce il diritto di ricevere, una volta cessate le loro funzioni, un'indennità come quella richiesta dalla sig.ra Baldonedo Martín, la quale, per l'appunto, fondava la propria rivendicazione sull'applicazione diretta verticale delle citate disposizioni di diritto sovranazionale.

Contro il rigetto oppostole, la lavoratrice proponeva ricorso davanti al giudice amministrativo, il quale, accertato che la ricorrente, durante il periodo di impiego, aveva svolto in maniera costante e continuativa le mansioni di manutenzione degli spazi verdi spettanti al funzionario di ruolo temporaneamente sostituito, lamentava la carenza di elementi di fatto necessari a contestualizzare con precisione la fattispecie oggetto della controversia pendente davanti a sé. Il datore di lavoro, infatti, non chiariva per quali ragioni il posto ricoperto dalla ricorrente fosse rimasto vacante, né con quali modalità (promozione interna, concorso o altra procedura selettiva) ella

fosse stata incaricata, e neppure se durante tale periodo fosse stato organizzato un concorso per l'assunzione di un funzionario di ruolo.

2. – Ciò affermato, il Tribunale spagnolo sottoponeva alla Corte di giustizia tre questioni pregiudiziali attinenti all'interpretazione del diritto eurounitario che rileva nel caso di specie, onde accertare la compatibilità della normativa nazionale con esso.

Con la prima, viene chiesto se sia corretto sostenere che la clausola 4 dell'accordo quadro (sul divieto di discriminazione dei lavoratori a tempo determinato rispetto a quelli a tempo indeterminato comparabili), secondo l'interpretazione che ad essa deve darsi, non può trovare applicazione nella fattispecie de qua, in quanto al funzionario di ruolo – al pari di quello ad interim – non spetta ricevere un'indennità per la cessazione delle proprie funzioni come quella richiesta dalla ricorrente. Parimenti, secondo lo stesso giudice, non può evocarsi neppure una comparazione tra il funzionario ad interim e l'agente contrattuale a tempo determinato (a cui invece, applicandosi lo Statuto dei lavoratori, spetta un'indennità del genere, benché a determinate condizioni), poiché entrambi sono lavoratori a tempo determinato. Come già affermato dalla CGUE, infatti, «un'eventuale differenza di trattamento tra alcune categorie di personale a tempo determinato [...] non rientra nel divieto di discriminazione consacrato da tale accordo quadro» (sent. Pérez López, C-16/15, punto 66, concernente un caso in cui – analogamente a quello in esame – la comparazione prospettata dal giudice del rinvio riguardava due categorie di rapporti di lavoro che differivano per il carattere statutario o contrattuale, anziché per la durata determinata o indeterminata).

La Corte nella sostanza avalla il ragionamento svolto dal giudice spagnolo, riconoscendo che i funzionari ad interim non subiscono un trattamento peggiore rispetto ai funzionari di ruolo con essi comparabili, ma, acquisite alcune informazioni integrative oggetto di specifico quesito in udienza, introduce altresì ulteriori elementi di contesto da tenere in considerazione. Dalle risposte delle parti emerge, infatti, che il posto occupato dalla ricorrente ben poteva essere ricoperto da un agente assunto con contratto a tempo indeterminato, come avvenuto nel medesimo periodo per un lavoratore adibito a identiche mansioni, al quale spetterebbe l'indennità di fine rapporto di cui all'art. 53, par. 1, lett. b), dello Statuto dei lavoratori, in caso di licenziamento per una delle ragioni oggettive previste dall'articolo precedente.

Occorre però – secondo il giudice sovranazionale – che sia il Tribunale spagnolo, una volta verificata la veridicità degli elementi di fatto descritti, a sancire se le due figure di lavoratori si trovino in situazioni paragonabili, tenendo presente che esercitare le medesime mansioni od occupare lo stesso posto sono fattori che, in linea di principio, le rendono tali (cfr., in tal senso, *ex plurimis*, sent. Grupo Norte Facility, C-574/16, punti 50-51, concernente un lavoratore assunto con contratto di sostituzione per svolgere le stesse funzioni di un altro lavoratore che, usufruendo di un pensionamento parziale, aveva ridotto il proprio orario di lavoro; sent. Montero Mateos, C-677/16, punti 53-54, su cui si rinvia a N. Fuccaro, *Precari e senza indennità di fine rapporto. Profili di disparità di trattamento dei lavoratori a tempo determinato davanti alla Corte di giustizia*, in *DPCE online*, n. 3, 2018, 715 ss., riguardante un lavoratore impiegato con contratto di *interinidad* per svolgere temporaneamente le stesse funzioni di un lavoratore a tempo indeterminato).

Una volta vagliato positivamente questo aspetto, bisogna valutare se sussiste un motivo oggettivo per il quale l'ordinamento spagnolo prevede il versamento di un'indennità per gli agenti contrattuali a tempo indeterminato, licenziati per una delle ragioni di cui all'art. 52 dello Statuto dei lavoratori, ma non per i funzionari ad interim una volta cessate le loro funzioni. Tale motivo è individuato dalla Corte nell'«oggetto specifico dell'indennità di licenziamento» e nel «contesto particolare in

cui [la sua corresponsione] si inserisce» (punto 43 della pronuncia in commento). Detta indennità è volta a compensare l'imprevedibilità dell'interruzione del rapporto di lavoro e, dunque, per ristorare il lavoratore dinanzi alla delusione del suo legittimo affidamento circa la stabilità del rapporto: difatti, lo scioglimento – per iniziativa del datore di lavoro – di un contratto a tempo indeterminato, per le ragioni oggettive sopra evocate, avviene in circostanze che turbano l'ordinario svolgimento del rapporto lavorativo e che non erano state preventivate al momento della stipula del contratto. Diversamente, invece, la conclusione di un rapporto di lavoro a tempo determinato non è evento impreveduto, bensì noto sin da principio alle parti, che ne conoscono il momento dello spirare (es., il raggiungimento del termine concordato, il compimento di uno specifico compito o il verificarsi di un determinato evento, come recita la definizione di cui alla clausola 3, punto 1, dell'accordo quadro) e che, a tal riguardo, non devono manifestare alcuna volontà interruttiva.

A supporto di siffatta argomentazione, la Corte fa riferimento, in particolare, alla sentenza de Diego Porras “bis”, C-619/17 (spec. punti 70-74), in cui analogamente si evidenzia come l'estinzione di un contratto a tempo determinato, quale quello di *interinidad*, si verifica in un contesto profondamente diverso – connotato da predeterminazione del momento della cessazione – rispetto all'interruzione di un rapporto a tempo indeterminato che segue ad una delle cause di cui all'art. 52 dello Statuto dei lavoratori (cfr. anche sent. Montero Mateos, cit., punti 60-63). Nel caso in esame, parimenti, si afferma che la cessazione del rapporto di lavoro che legava la sig.ra Baldonado Martín e il Comune di Madrid è stato determinato, come previsto nell'atto di incarico, dalla nomina di un funzionario di ruolo nel posto occupato temporaneamente dalla ricorrente.

3. – Sotto un altro aspetto, il giudice del rinvio rileva che il posto di giardiniere dell'amministrazione pubblica spagnola, come quello ricoperto dalla lavoratrice, può essere assegnato tanto a un funzionario ad interim quanto a un agente contrattuale a tempo determinato e che tale scelta, nel caso di specie, spettava unicamente (e liberamente) al Comune; tuttavia, mentre al secondo è dovuta un'indennità – pari a 12 giorni di retribuzione per anno di servizio (ex art. 49, par. 1, lett. c), Statuto dei lavoratori) – alla scadenza del contratto, per il primo tale (o analogo) trattamento non è previsto. Pertanto, il Tribunale amministrativo di Madrid domanda alla Corte di giustizia se possa riconoscersi alla lavoratrice il diritto di ottenere l'indennità per la cessazione delle sue funzioni, facendo leva sul raffronto con il regime giuridico riguardante gli agenti contrattuali a tempo determinato ovvero sull'applicazione diretta verticale delle disposizioni sovranazionali indicate nel ricorso, espressione del diritto alla parità di trattamento e del principio di non discriminazione (sull'applicazione diretta verticale di tale principio generale del diritto Ue, cfr. sent. Dansk Industri, C-441/14, concernente una normativa nazionale discriminatoria sotto l'aspetto dell'età).

Il giudice europeo chiarisce, in primo luogo, che la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, vietando che ai lavoratori a tempo determinato sia riservato un trattamento peggiore – per quanto riguarda le condizioni di impiego – rispetto a quelli a tempo indeterminato, non può trovare applicazione con riferimento a difformità di trattamento tra diverse categorie di lavoratori a tempo determinato.

Secondariamente, come osservato dagli agenti della Commissione europea, dagli artt. 151 e 153 TFUE – che definiscono gli obiettivi dell'Unione e degli Stati membri in materia di diritti sociali fondamentali e le misure generali per perseguirli – non possono farsi derivare il diritto all'indennità della ricorrente né l'obbligo dello Stato spagnolo a soddisfarlo.

In terzo luogo, prendendo in considerazione gli artt. 20 e 21 della Carta di Nizza, occorre premettere che l'ambito applicativo di questa fonte – avente, ex art. 6 TUE, il medesimo valore giuridico dei trattati Ue – per quanto attiene all'azione degli Stati membri è limitato all'«attuazione del diritto dell'Unione» (art. 51, par. 1, CDFUE). Per escludere che, relativamente alla fattispecie in esame, l'indennità di cui all'art. 49, par. 1, lett. c), dello Statuto dei lavoratori spagnolo sia volta a dare attuazione alla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, la Corte richiama quanto già sancito con la citata sentenza de Diego Porras “bis” (spec. punti 92-95). Tale compenso, infatti, deve sempre essere corrisposto a un lavoratore “contrattualizzato” al momento della cessazione delle sue funzioni, non rilevando a tal riguardo l'eventuale carattere abusivo dell'utilizzo di una successione di rapporti di lavoro a tempo determinato, che la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro mira a prevenire. L'indennità in parola, perseguendo un obiettivo diverso da quello prefissato da tale clausola, non può configurarsi quale misura attuativa del diritto dell'Unione (segnatamente, dell'accordo quadro), ai sensi della Carta; da ciò conseguendo che quest'ultimo atto non è idoneo a costituire parametro per la valutazione della disparità di trattamento oggetto del procedimento pendente dinanzi al giudice rimettente.

4. – In ultimo, il Tribunale spagnolo osserva che la ricorrente ha ricoperto per quasi sette anni e mezzo il ruolo di funzionaria ad interim, figura prevista per far fronte a esigenze temporanee o transitorie espressamente giustificate ma utilizzata nel caso in esame per soddisfare, al contrario, esigenze permanenti, privando così la lavoratrice dei diritti riconosciuti ai funzionari di ruolo o agli agenti contrattuali.

Ciò posto, come asserisce lo stesso giudice, la normativa spagnola applicabile alla fattispecie oggetto del procedimento principale non appresta, nei confronti del lavoratore impiegato alle dipendenze di una pubblica amministrazione, le stesse tutele predisposte dallo Statuto dei lavoratori e opponibili al datore di lavoro privato. Nel settore pubblico, infatti, se da una parte è indubbio che – come previsto anche dall'ordinamento italiano, in ossequio all'art. 97, quarto comma, Cost. – lo status di funzionario di ruolo può conseguirsi soltanto tramite concorso pubblico o analoga procedura selettiva, dall'altra la Corte suprema spagnola ha aperto alla conversione in personale a tempo indeterminato non permanente degli agenti contrattuali a tempo determinato, in caso di abuso nelle assunzioni temporanee. Purtroppo, quest'ultima soluzione non garantisce il raggiungimento del risultato perseguito dalla clausola 5 dell'accordo quadro, in quanto l'amministrazione potrà ugualmente sopprimere il posto di lavoro de quo o, una volta nominato un funzionario di ruolo, licenziare il lavoratore che tale posto occupava (fermo il versamento dell'indennità di cui all'art. 53, par. 1, lett. b), dello Statuto stesso).

Per quanto l'unica misura idonea a perseguire gli obiettivi fissati dall'accordo quadro consista – secondo il giudice del rinvio – nella trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro stabile a tempo indeterminato, il mancato recepimento della direttiva con riferimento al settore pubblico lascerebbe come unica soluzione a tutela della lavoratrice ricorrente il pagamento a suo favore, da parte dell'ente locale, di un'indennità equiparabile a quella – di cui all'art. 56 dello Statuto dei lavoratori – conseguente a un licenziamento illegittimo.

Rispetto a tale questione, tuttavia, la Corte neppure entra nel merito degli argomenti avanzati dal giudice del rinvio, concordando con il governo spagnolo circa il fatto che la clausola 5 dell'accordo quadro non può trovare applicazione laddove non venga in gioco una successione di contratti o di rapporti a tempo determinato, come secondo la propria pacifica giurisprudenza (cfr. sentt. Mangold, C-144/04, punti 41-42; Küçük, C-586/10, punto 45). Nel caso di specie, come detto, la lavoratrice era impiegata in modo costante e continuativo nella medesima posizione, sulla base di un

unico rapporto di lavoro stabilito con il Comune di Madrid. Pertanto, quest'ultima questione, ritenuta di natura ipotetica, viene dichiarata irricevibile.

Volendo soffermare brevemente l'attenzione sui profili processuali di quest'ultimo pronunciamento, in prospettiva comparata, si può rilevare come l'istituto dell'irricevibilità non trovi riscontro nella giurisprudenza costituzionale italiana (se si eccettuano alcuni limitati casi attinenti al mancato rispetto dei termini previsti dall'ordinanza di ammissibilità dei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato: cfr., ad es., ordd. n. 41 del 2010 e n. 185 del 2014). Qualora una questione di legittimità costituzionale sia sollevata dal giudice a quo in maniera ipotetica (oppure contraddittoria, o in forma alternativa), la Corte costituzionale è solita pronunciarne la (manifesta) inammissibilità (cfr., *ex plurimis*, ordd. n. 351 del 2007; n. 66 del 2006); soluzione che consente al Giudice delle leggi di esprimersi più agilmente mediante ordinanza (anziché sentenza), procedendo in camera di consiglio (al posto che in udienza pubblica).

Peraltro, nel vagliare l'ammissibilità della questione sollevata, le due Alte Corti muovono da prospettive differenti, o, per meglio dire, richiedono un diverso grado di motivazione dell'atto di promovimento (almeno in linea teorica e terminologica). Mentre la Corte costituzionale richiede che sia adeguatamente motivata la sussistenza dei requisiti di rilevanza e di non manifesta infondatezza, la Corte di giustizia attribuisce alle questioni relative all'interpretazione del diritto Ue una «presunzione di rilevanza», che viene meno soltanto quando «appaia in modo manifesto» che detta richiesta ermeneutica «non ha alcun rapporto con l'effettività o l'oggetto del procedimento principale», quando la Corte stessa «non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari» per esprimersi o, appunto, quando «la questione sia di tipo ipotetico» (punto 68 della sentenza in commento; conformemente, *ex multis*, sentt. de Diego Porras “bis”, cit., punto 77; Altiner e Ravn, C-230/2017, punto 22).

5. – In conclusione, la Corte di giustizia afferma che la normativa nazionale che rileva nel caso in esame non contrasta con le disposizioni del diritto dell'Unione evocate dal giudice del rinvio, secondo l'interpretazione che a queste ultime occorre fornire. Segnatamente, la mancata previsione di un'indennità di fine servizio per i funzionari ad interim, come quella disciplinata dall'art. 53, par. 1, lett. b), dello Statuto dei lavoratori spagnolo, non costituisce una disparità di trattamento – incompatibile con la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato – di tali lavoratori, né rispetto ai funzionari di ruolo (i quali parimenti non percepiscono alcuna indennità del genere) né rispetto agli agenti contrattuali a tempo indeterminato (il cui licenziamento per ragioni oggettive risulta imprevedibile nell'an e nel quando, frustrando pertanto il loro legittimo affidamento circa la stabilità del rapporto di lavoro). La difformità di trattamento tra gli stessi funzionari ad interim e gli agenti contrattuali a tempo determinato – che invece non sarebbe improprio considerare irragionevole, posto che le due tipologie di rapporto di lavoro differiscono soltanto per la natura statutaria o contrattuale del regime giuridico applicabile – non può invece essere valutata con riferimento alla testé citata clausola 4, in quanto il divieto di discriminazione da quest'ultima dettato riguarda il trattamento riservato ai lavoratori a tempo determinato rispetto a quelli a tempo indeterminato comparabili.

La pronuncia annotata si pone in assoluta continuità con le precedenti – e a più riprese in essa citate – sentenze del 5 giugno 2018, Montero Mateos, e del 21 novembre 2018, de Diego Porras “bis”, che riguardavano la medesima normativa nazionale. Queste ultime avevano segnato un revirement rispetto alla precedente sentenza del 14 settembre 2016, de Diego Porras (C-596/14), che «aveva indotto i giudici spagnoli a concedere ai lavoratori con contratto di interinidad la stessa indennità spettante, in particolare, ai lavoratori a tempo indeterminato in caso di

cessazione del contratto per una delle ragioni oggettive di cui all'articolo 52 dello Statuto dei lavoratori» (N. Fuccaro, op. cit., 720).

L'elemento differenziale recato dalla fattispecie in esame consiste nella natura pubblica del regime che disciplina il rapporto di lavoro della ricorrente. E mentre per i lavoratori impiegati con contratti di *interinidad* viene esclusa l'indennità spettante alla scadenza del termine convenuto (di cui all'art. 49, par. 1, lett. c), Statuto), ma non quella derivante dall'estinzione del rapporto per ragioni oggettive (di cui all'art. 52 Statuto), i funzionari ad interim sono esclusi anche da quest'ultima, non rientrando il loro regime giuridico nell'ambito di applicazione dello Statuto dei lavoratori.

Inoltre, sempre a differenza di quello dei lavoratori "contrattualizzati", il rapporto di lavoro della sig.ra Baldonado Martín – anche qualora ritenuto in frode alla legge, in quanto di durata talmente estesa da snaturarne la funzione, ossia quella di soddisfare esigenze temporanee o transitorie – non potrà essere riqualificato né trasformato in rapporto a tempo indeterminato, posto che lo status di funzionario di ruolo può essere assunto soltanto tramite concorso. Con tutta evidenza, si è viepiù in presenza di un vuoto di tutela, riguardante tale categoria di lavoratori, che all'ordinamento spagnolo spetterebbe colmare.

Nicolò Fuccaro
Università degli studi di Genova
nicolo.fuccaro@edu.unige.it