

LA PRECARIETÀ DEL LAVORO NELLA SCUOLA PUBBLICA
ITALIANA NEL DIFFICILE DIALOGO TRA LE CORTI

Lorenzo Saltari*

Sent. C. giust., 26 novembre 2014, in cause C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13

Per la Corte di giustizia, il ricorso a supplenze annuali successive per la copertura di posti vacanti ed effettivamente disponibili nella scuola pubblica italiana, senza una puntuale previsione dello svolgimento di prove concorsuali che determinano l'immissione in ruolo, è contrario ai limiti sovranazionali ai contratti a tempo determinato. La pronuncia della Corte di Lussemburgo è l'esito di un duplice rinvio pregiudiziale: di un giudice ordinario e della Corte costituzionale italiana, che, per la prima volta in un processo incidentale, solleva una questione pregiudiziale. Le ragioni di questo primo rinvio sono molteplici ma dimostrano l'affidamento della Consulta nella proficua interazione con la Corte dell'ordine giuridico superiore. Nondimeno, la sentenza pregiudiziale crea incertezze applicative. Essa, inoltre, pur innestandosi in un giudizio costituzionale, pare aver seguito un sistema di bilanciamento tra diritti, interessi e altre esigenze solo in parte assimilabile a quello proprio della Consulta. La prima prova di dialogo (nel processo incidentale) tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia si dimostra difficile. Ciò crea incognite sia sulla sorte del personale della scuola, sia sulle prospettive del raccordo tra ordine giuridico europeo e nazionale propiziato dall'interazione diretta tra le Corti.

La questione decisa dalla Corte di giustizia

La disciplina italiana della scuola pubblica permette contratti a tempo determinato, reiterabili per molti anni, con personale supplente impiegato sia nella docenza sia nel supporto amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA). Ciò discende dall'assenza di un termine vincolante per lo svolgimento dei concorsi, che sono la condizione per l'immissione in ruolo di questi lavoratori.

Sono questi i presupposti per i quali la giurisdizione italiana chiede alla Corte di giustizia se tale regime prevenga adeguatamente l'impiego abusivo del lavoro flessibile in coerenza con i vincoli sovranazionali in materia. È utile chiarire subito che il giudice sovranazionale si è pronunciato nel senso dell'antinomia tra la disciplina italiana e il diritto europeo.

* Ringrazio il dott. Fabio Di Cristina per i commenti a una prima versione del testo.

Nondimeno, per comprendere le ragioni alla base di questa decisione e per analizzare e prefigurare le sue implicazioni è necessario ricostruire il tortuoso percorso processuale che ha determinato questa importante pronuncia. Importante perché, in ragione di come sarà applicata, potrebbe riguardare un gran numero di lavoratori precari della scuola¹, determinando così un costo significativo per l'erario pubblico e, aspetto, stranamente trascurato dai primi commentatori², precludere o almeno ostacolare l'accesso all'insegnamento a migliaia di giovani laureati, abilitati nei percorsi di tirocinio formativo attivo.

Le chance d'incremento della qualità della scuola italiana³, che è in larga misura il riflesso della formazione, della professionalità, della identità degli insegnanti, sono legate in modo non trascurabile alla vicenda giurisprudenziale qui in esame.

L'altro profilo d'interesse del caso concerne l'attivismo di parte dei nostri giudici del lavoro, schierati a favore delle rivendicazioni dei lavoratori precari della scuola e come esso abbia creato le condizioni per la diretta interazione tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia Ue nella definizione del raccordo sul punto tra l'ordine giuridico superiore e quello nazionale.

Il vincolo europeo all'eccessiva precarietà del lavoro dipendente e i suoi riflessi sull'ordinamento italiano

Nel dipanare la questione, conviene muovere dai contenuti e dalla portata del vincolo europeo alla successione dei contratti a tempo determinato.

La direttiva 1999/70/Ce dà forza giuridica all'Accordo quadro, concluso fra le organizzazioni intercategoriale CES, CEEP e UNICE, il cui obiettivo è il miglioramento della qualità del lavoro a tempo determinato con strumenti che garantiscano la non discriminazione e la creazione di un quadro normativo che prevenga gli abusi derivanti dalla successione di tali forme flessibili di lavoro.

Ai sensi della clausola 5 dell'Accordo quadro⁴, gli Stati membri, per prevenire gli abusi, dopo aver consultato le parti sociali, introducono una o più

¹ In base ad una stima ufficiosa, gli insegnanti interessati, cioè quelli che hanno scadenze-rinnovi contrattuali successivi per le medesime mansioni, sovente nella stessa sede scolastica, dovrebbero essere circa ben 140 mila.

² Si allude non tanto alla letteratura scientifica quanto ai resoconti apparsi sulla stampa quotidiana nazionale.

³ Per una visione d'insieme, si v. M. Dei, *La scuola in Italia*, Bologna, 2012.

⁴ La clausola 5, Accordo quadro, "Misure di prevenzione degli abusi", dispone: «1. Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti. 2. Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, e/o le parti sociali stesse dovranno, se del caso, stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato: a) devono essere considerati "successivi";

misure volte a fissare: a) le «ragioni obiettive» per la giustificazione del rinnovo di tali contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti a tempo determinato successivi; c) il numero consentito dei rinnovi di tali rapporti o contratti. Gli ordinamenti nazionali devono adottare queste previsioni se sono privi di «norme equivalenti» e – aspetto importante – in modo da tener conto delle esigenze specifiche di settori e/o categorie di lavoratori.

Il diritto europeo, dunque, intende limitare la precarietà del lavoro dipendente⁵, ma incorpora un fattore dinamico, ammettendo che il freno ai contratti a tempo determinato possa differire per ragioni obiettive da settore a settore, da categoria a categoria. Anche per questo, impiega una direttiva, e non una misura *self executing*, proprio per lasciare agli Stati membri margini di adattamento alle specifiche realtà nazionali nella fase di trasposizione.

Nel pubblico impiego privatizzato, è prescritto che le pubbliche amministrazioni per le proprie esigenze ordinarie assumono personale solo con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Tuttavia, «per rispondere a esigenze temporanee ed eccezionali» anch'esse possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa⁶.

Per contrastare gli abusi nell'impiego di personale precario, ogni anno, le amministrazioni redigono un rapporto analitico sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate. Tali informazioni sono inviate ai nuclei di valutazione o ai servizi di controllo interno, e anche al Dipartimento della Funzione pubblica che redige una relazione annuale per il Parlamento. Il dirigente che abbia abusato del lavoro a tempo determinato può incorrere nella mancata erogazione della retribuzione di risultato.

La violazione delle pubbliche amministrazioni di norme sull'assunzione o sull'impiego di lavoratori non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato. Vi osta la netta preclusione costituzionale (art. 97 cost.), costantemente ribadita dalla Consulta⁷. Tuttavia, è previsto per il lavoratore il diritto ad ottenere un risarcimento del danno subito.

Rispetto ai lavoratori dipendenti del settore privato, l'art. 5, c. 4-bis, del d.lg. n. 368/2001⁸, emanato in attuazione della direttiva 1999/70/Ce, dispone che «qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che

b) devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato».

⁵ Anche nella direttiva 91/533/Cee vi sono previsioni conferenti. Concernono gli obblighi d'informazione a favore del lavoratore sugli elementi essenziali del contratto o del rapporto di lavoro. Tra questi, vi è anche la precisazione circa il carattere temporaneo del contratto o del rapporto di lavoro e, quindi, la sua prevedibile durata (art. 2, par. 2, lett. e).

⁶ Artt. 35 e 36 del d.lg. n. 165/2001, come modificato dalla l. n. 102/2009 di conversione del d.l. n. 179/2009.

⁷ Sul punto, si v. S. Cassese, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 617 s.

⁸ Inserito dalla l. n. 347/2007; il decreto legislativo è stato modificato anche dal d.l. n. 112/2008.

intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato».

I vincoli sovranazionali all'abuso del precariato sembrano trovare un solido ancoraggio nella disciplina lavoristica: tutela risarcitoria nella sfera pubblica, anche tutela costitutiva in quella privata.

In questo quadro, s'inserisce l'art. 10, c. 4-*bis*, del d.lg. n. 368/2001⁹ che esclude dall'applicazione dell'art. 5, c. 4-*bis*, dello stesso decreto proprio «i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente e amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA). Ciò per garantire «la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato».

La *ratio* di questa disposizione va spiegata meglio. Nella scuola, si pone il peculiare problema di far collimare lo stock degli insegnanti col flusso degli studenti, non perfettamente prevedibile. Se lo "stock" non si allinea al "flusso" in modo reiterato può determinarsi la disfunzione di avere insegnanti senza classi (con chiari inconvenienti di spesa) o classi senza insegnanti (con evidenti problemi di universalità del servizio ed efficienza). Da qui discende la necessità di ricorrere alle supplenze cioè a personale con contratto a tempo determinato.

La disciplina delle supplenze è nell'art. 4 della l. n. 124/1999¹⁰. «Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro al data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in sovrannumero, e sempreché ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo, si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento non vacanti che si rendono di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico si provvede mediante il conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche. Si provvede parimenti al conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche per la copertura delle ore di insegnamento che non concorrono a costituire cattedre o posti orario»¹¹.

In base all'art. 1 del Decreto del Ministero della pubblica istruzione n. 131/2007 gli incarichi dei docenti e del personale ATA della scuola sono di tre tipi: a) supplenze annuali su posti vacanti e disponibili, in quanto privi di titolare; b) supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche, su posti vacanti, ma ugualmente disponibili; c) supplenze temporanee per ogni altra necessità, ossia supplenze brevi.

I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze in parola, necessari per garantire la costante erogazione del servizio

⁹ Come modificato dall'art. 9, c. 18 del d.l. n. 70/2011, convertito dalla l. n. 106/2011.

¹⁰ Come modificata dal d.l. n. 134/2009, convertito con modificazioni dalla l. n. 167/2009.

¹¹ Queste disposizioni si applicano anche al personale ATA.

scolastico, possono trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato solo in caso di immissione in ruolo, «ai sensi delle disposizioni vigenti e sulla base delle graduatorie previste dalla [l. n. 124/1999] e dall'art. 1, c. 605, lett. c) della l. n. 296/2006 e successive modificazioni».

L'immissione in ruolo del personale supplente¹² è regolata dagli artt. 399-401 del d.lg. n. 297/1997¹³. Ai sensi dell'art. 399, c. 1, del decreto: «l'accesso ai ruoli del personale della scuola materna, elementare e secondaria, ivi compresi i licei artistici e gli istituti d'arte, ha luogo per il 50 per cento dei posti a tal fine annualmente assegnabili, mediante concorsi per titoli ed esami e, per il restante 50 per cento, attingendo dalle graduatorie permanenti di cui all'art. 401». L'art. 401, c. 1-2, dello stesso decreto, dispone: «le graduatorie relative ai concorsi per soli titoli del personale docente della scuola materna, elementare e secondaria, ivi compresi i licei artistici e gli istituti d'arte, sono trasformate in graduatorie permanenti, da utilizzare per le assunzioni in ruolo di cui all'art. 399, c. 1. Le graduatorie permanenti [...] sono periodicamente integrate con l'inserimento dei docenti che hanno superato le prove dell'ultimo concorso regionale per titoli ed esami, per la medesima classe di concorso e il medesimo posto, e dei docenti che hanno chiesto il trasferimento dalla graduatoria permanente di altra provincia. Contemporaneamente all'inserimento di nuovi aspiranti è effettuato l'aggiornamento delle posizioni di graduatoria di coloro che sono già compresi nella graduatoria permanente».

L'ordito normativo italiano sul reclutamento nella scuola è labirintico. Ciò è conseguenza dell'intersezione di tre direttrici stratificate e tortuose: la privatizzazione del lavoro pubblico¹⁴, la precarietà nel lavoro dipendente privato, la storica peculiarità del regime del reclutamento del personale della scuola pubblica italiana¹⁵. Pare, allora, utile ricapitolare per punti il regime su cui è stata chiamata a pronunciarsi la Corte di giustizia.

Primo, la disciplina speciale del lavoro pubblico privatizzato concepisce l'impiego precario come temporanea eccezione alla regola dell'assunzione in via indeterminata. Prevede propri strumenti per contrastare l'uso eccessivo di rapporti flessibili nelle pubbliche amministrazioni. È preclusa in caso di abuso la trasformazione del contratto a tempo indeterminato, attesa l'obbligatorietà del concorso¹⁶.

Secondo, la normativa generale sul lavoro dipendente pone un termine temporale (trentasei mesi) all'avverarsi del quale il rapporto di lavoro da temporaneo è automaticamente riqualficato a tempo indeterminato¹⁷. Questo

¹² La cui posizione è appunto retta dall'art. 4, c. 14-bis, della l. n. 127/1999.

¹³ “Testo unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione”.

¹⁴ In argomento, S. Cassese, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. it. lav.*, 1993, 287 ss.; Id., *Dall'impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione?*, in questa *Rivista*, 2013, 315 ss.; e per un'ampia ricostruzione, si v. S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000; nonché, *Il sistema amministrativo italiano*, a cura di L. Torchia, Bologna, 2009, 279 ss.

¹⁵ Associazione Treelle, *Oltre il precariato. Valorizzare la professione degli insegnanti per una scuola di qualità*, Quaderno n. 6, Genova, 2006, p. 47; nonché sia consentito il rinvio a L. Saltari, *Formazione e reclutamento degli insegnanti in Italia. Un problema storico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 445 ss.

¹⁶ Artt. 35-36, d.lg. n. 165/2001 e succ. mod.

¹⁷ Art. 5, c. 4-bis, d.lg. n. 368/2001 e succ. mod.

vincolo è preso in attuazione della direttiva 1999/70/Ce che conferisce vincolatività all'Accordo quadro stipulato dalle organizzazioni intercategoriale.

Terzo, quest'ultima previsione non si applica espressamente alla scuola: settore nel quale l'esigenza di garantire l'offerta del servizio scolastico richiede l'impiego di personale docente e ATA supplente ovvero con contratto a tempo determinato¹⁸.

Quarto, il personale scolastico supplente è inquadrato in graduatorie provinciali divenute permanenti. L'immissione in ruolo, e dunque il passaggio a un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, avviene quando sono messi a concorso posti non temporanei. Questi posti sono coperti per la metà dai vincitori del concorso per titoli ed esami; per l'altra metà scorrendo dalle graduatorie provinciali¹⁹. Gli idonei non vincitori del concorso alimentano le graduatorie²⁰.

Quinto, lo svolgimento del concorso non segue un andamento cronologico predefinito dalla legge in modo vincolante²¹. Discende perlopiù da scelte rimesse alla discrezionalità del governo. Si tratta di decisioni molto condizionate dai vincoli di bilancio cioè dalla sussistenza di risorse finanziarie necessarie alla stabilizzazione del personale precario della scuola, oltre che all'assunzione della quota dei vincitori.

Diverse controversie principali, differenti rinvii pregiudiziali

Alcuni docenti della scuola statale e comunale del napoletano, assunti con contratti a tempo determinato susseguitisi negli anni, hanno lavorato sotto questo regime: l'uno, per 71 mesi in 9 anni (tra il 2003 e il 2012); l'altro, oltre 50 mesi in 5 anni (tra il 2006 e il 2012); un altro ancora, 60 mesi in 5 anni (tra il 2007 e il 2012); e l'ultimo, oltre 45 mesi in 5 anni (tra il 2006 e il 2011). Questi docenti hanno adito il Tribunale di Napoli ritenendo illegittimi i contratti e chiedendo, in via principale, la loro riqualificazione in rapporti a tempo indeterminato e, pertanto, l'immissione in ruolo, nonché il pagamento degli stipendi corrispondenti ai periodi di interruzione tra la scadenza di un contratto e l'entrata in vigore di quello successivo e, in subordine, il risarcimento del danno subito.

Il Tribunale sospende i procedimenti e decide di inviare una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia (ex art. 267 Tfu). Il quesito, rimesso al giudice sovranazionale, concerne la presunta incompatibilità della clausola 5 dell'Accordo quadro col sistema italiano delle supplenze dei lavoratori a tempo

¹⁸ Art. 10, c. 4-bis, d.lg. n. 368/2001 e succ. mod., nonché art. 4, l. n. 124/1999 e art. 1 D.M. 13 giugno 2007, n. 131.

¹⁹ Secondo le stime del Dipartimento per l'Istruzione del Miur (del novembre 2013), i docenti in graduatoria sono nel seguente numero e così ripartiti: 1) graduatoria ad esaurimento: 177.000; 2) graduatorie di istituto (II fascia): 8.000; 3) graduatorie di istituto (III fascia): 292.000 (di cui 70.000 hanno tre anni di servizio e, pertanto, hanno titolo ad accedere ai PAS e otterranno l'abilitazione in uno o due anni).

²⁰ Artt. 399-401, d.lg. n. 297/1994 e succ. mod.

²¹ A. De Geronimo, *Diritto del lavoro dei docenti della scuola statale. Reclutamento, diritti, doveri, responsabilità*, Milano, 2012.

indeterminato nella scuola pubblica. Il giudice remittente osserva che tale sistema si basa su graduatorie nelle quali i docenti supplenti sono iscritti in ordine di anzianità. Essi possono essere immessi in ruolo grazie alla loro progressione in tali graduatorie e ai posti disponibili. Sicché, questo sistema si presterebbe, come dimostrano il numero e la durata complessiva dei contratti a tempo determinato stipulati dalle parti in causa, a un uso abusivo di questa tipologia contrattuale. Il giudice, peraltro, sottolinea come la disciplina italiana non reca le misure di prevenzione degli abusi indicate nella clausola di diritto europeo.

Altri lavoratori della scuola pubblica, parimenti assunti con contratti a tempo determinato successivi, in parte docenti, in parte personale ATA, hanno lavorato per periodi compresi, a seconda dei casi, tra quattro e sette anni scolastici. Ritenendo anch'essi i loro rapporti contrattuali illegittimi, si sono rivolti al Tribunale di Roma e a quello di Lamezia Terme. Anch'essi hanno chiesto la riqualificazione del rapporto a tempo indeterminato e l'immissione in ruolo col conseguente pagamento delle retribuzioni non percepite nelle fasi d'interruzione da un contratto temporaneo e l'altro. In subordine, come i lavoratori di Napoli, hanno invocato una tutela risarcitoria.

Anche gli altri giudici aditi si sono interrogati sulla compatibilità dell'art. 4, c. 1 e 11, della l. n. 124/1999 con la clausola 5 dell'Accordo quadro. Essi, tuttavia, diversamente dal Tribunale di Napoli, hanno valutato che tale questione non si potesse risolvere né con un'interpretazione conforme, non essendo la clausola sovranazionale formulata in maniera non equivoca, né con la disapplicazione delle relative disposizioni nazionali, essendo la clausola 5 dell'Accordo quadro priva di "effetto diretto". Pertanto, essi hanno sottoposto alla Corte costituzionale, in via incidentale, una questione di legittimità, concernente la compatibilità della previsione della l. n. 124/1999 con l'art. 117, c. 1, cost.

Ne è scaturita la decisione della Corte costituzionale di rinviare alla Corte di giustizia in via pregiudiziale la questione per la quale la normativa italiana applicabile al settore scolastico non prevede, per quanto riguarda il personale assunto a tempo determinato, né la durata massima dei contratti né il numero massimo dei rinnovi, vale a dire le misure per contrastare l'abuso della precarietà degli impieghi previste appunto dalla clausola 5, punto 1, lett. b) e c) dell'Accordo quadro. La Consulta, tuttavia, nella sua ordinanza si è chiesta se tale normativa possa essere giustificata da una «ragione obiettiva» ai sensi del punto 1, lett. a) della clausola stessa.

Conviene soffermare l'attenzione sui differenti percorsi che hanno condotto la posizione dei precari della scuola all'attenzione dei giudici di Lussemburgo. I due rinvii pregiudiziali nascono da una rilevante divergenza interpretativa dei giudici aditi.

I Tribunali di Roma e Lamezia Terme, diversamente da quello di Napoli, vedono nella clausola 5 una norma sovranazionale priva di effetto diretto. Come tale non ne possono garantire la primazia né attraverso l'interpretazione conforme, né la disapplicazione. L'antinomia, dunque, per le due corti italiane può essere risolta solo dalla Corte costituzionale. La clausola 5 va intesa, infatti, come norma interposta all'art. 117, c. 1, cost.

Vi è un'altra difformità esegetica che merita attenzione.

I giudici, che sollevano la pregiudiziale costituzionale, ritengono che la lettura del diritto sovranazionale non dia luogo a dubbi e incertezze. Proprio la sua univoca interpretazione consente l'integrazione del presupposto necessario della non manifesta infondatezza della violazione²² mediata della legalità costituzionale dell'art. 4 della l. n. 124/1999, in assenza del quale il rinvio incidentale non sarebbe consentito.

Quest'aspetto è importante. Se i giudici remittenti avessero avuto dubbi sull'interpretazione della clausola europea, si sarebbe configurato un caso di "doppia pregiudizialità": europea e costituzionale²³. In questa evenienza, per consolidato orientamento, la Corte costituzionale è solita rigettare la questione proprio per l'assenza della non manifesta infondatezza.

Sulla chiarezza e univocità della portata del diritto sovranazionale, però, la Consulta dissente dal giudice *a quo*. Di conseguenza, essa stessa si fa promotrice di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, nell'ambito del processo incidentale avviato.

Per l'Italia, è una novità assoluta²⁴: mai prima d'ora la Corte costituzionale si era considerata "giurisdizione nazionale"²⁵ ai sensi dell'art. 267 Tfe in un suo processo iniziato in via d'eccezione²⁶. La Consulta attivamente ha perseguito il superamento del suo precedente orientamento²⁷, mostrandosi interessata a istaurare un dialogo con la Corte di Lussemburgo sulla spinosa vicenda dei lavoratori precari della scuola. La Corte costituzionale, altrimenti, avrebbe potuto percorrere una strada più semplice emanando un'ordinanza di rigetto perché, essendovi la necessità di chiarire la portata del diritto europeo, il giudice *a quo* avrebbe dovuto prima sollevare la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia e, poi, eventualmente, adirla.

²² Sul punto, è molto chiaro F. Sorrentino, *La Corte e le questioni pregiudiziali*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, 470 ss.

²³ Rispetto alle questioni doppiamente pregiudiziali, si v. l'inquadramento in M. Cartabia-J.W.W. Weiler, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000, 194 ss.; da ultimo, M. Losana, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale: il diritto costituzionale (processuale) si piega al dialogo tra le Corti*, in *Riv. AIC*, n. 1/2014.

²⁴ Cfr. R. Romboli, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Riv. AIC*, 3/2014.

²⁵ In argomento, E. Cannizzaro, *La Corte costituzionale come giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE*, in *Riv. dir. intern.*, 1996, 452 ss.

²⁶ Rinvio pregiudiziale era stato sollevato dalla Corte costituzionale in precedenza solo nell'ambito di un processo in via principale con l'ord. n. 103/2008 (su cui, *ex multis*, si v. M.P. Chiti, *La Consulta e il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso il concerto costituzionale europeo*, in questa *Rivista*, 2008, 961 ss.). Sulla distinzione tra processo costituzionale in via d'azione o principale e incidentale o di eccezione, si rinvia a G. Zagrebelsky-V. Marciànò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 269 ss. e 319 ss.

²⁷ Orientamento esplicitato nella ord. n. 536/1995 della Corte costituzionale, nella quale negava la sua configurazione di "giurisdizione nazionale", in quanto essa «esercita una funzione di controllo costituzionale, di suprema garanzia dell'osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle regioni» e le sue funzioni sono assai diverse da quelle degli organi giudiziari. In argomento, si v. M. Cartabia, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di N. Zanon, Napoli, 2006, 99 ss.

Quali le ragioni di quest'innovativa scelta del giudice delle leggi?

Riprendendo un'autorevole osservazione, potrebbe risponderci che la Corte costituzionale, dopo le iniziali timidezze, abbia ormai accettato pienamente di aprirsi al «dialogo tra le corti» per «definire i rapporti tra ordinamenti in sistemi giuridici complessi»²⁸.

Certamente, questa spiegazione coglie il generale cambio di prospettiva assunto dalla Corte costituzionale italiana nell'ultimo scorcio, che peraltro la pone sulla stessa falsariga tracciata dal *Tribunal constitucional* spagnolo (nell'ord. 9 giugno 2011, n. 86), dal *Conseil constitutionnel* francese (nell'ord. 4 aprile 2013) e dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco (nell'ord. 14 gennaio 2014)²⁹.

Nel caso in esame, tuttavia, merita di essere indagato un altro ordine di motivi che, in concorso a quello prima evocato, ha sollecitato il cambio di paradigma. In primo luogo, vanno dipanate le cause delle complesse interazioni avutesi nelle vicende giudiziarie dei supplenti della scuola tra i Tribunali e la Cassazione e le «triangolazioni» tra i primi con la Corte di giustizia, da un lato, e con la Corte costituzionale, dall'altro. In secondo luogo, non si può trascurare di esaminare come le esigenze di bilanciamento tra interessi e diritti nell'intricata disciplina italiana del reclutamento degli insegnanti si siano proiettate, prima, nella giurisprudenza della Cassazione, poi, nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale predisposta dalla Consulta. L'indagine prosegue lungo queste direttrici.

La Consulta tra la giurisprudenza della Cassazione e l'attivismo del Tribunale di Napoli

Sulla conformità della disciplina del reclutamento degli insegnanti ai vincoli sovranazionali si era già espressa con lapidaria chiarezza la Cassazione, nel 2012³⁰.

L'orientamento espresso dalla Suprema Corte può essere così condensato. Intanto, il sistema delle supplenze è pienamente conforme alle ragioni obiettive che anche per l'Accordo quadro giustificano la successione di contratti a tempo determinato. Inoltre, non vi sono dubbi interpretativi inerenti la disciplina sovranazionale rapportata a quella italiana. Non si configurano,

²⁸ Così S. Cassese, *La giustizia costituzionale in Italia*, cit., 619. Sul punto, si v. anche M.P. Chiti, *La Consulta e il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: il concerto costituzionale europeo*, in questa *Rivista*, 2008, 961 ss.; E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 133 ss.

²⁹ In argomento, R. Romboli, *op. cit.*; sul rinvio operato dalla Corte costituzionale tedesca, R. Caponi, *Salvaguardare l'Euro con ogni mezzo? Il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale tedesca*, in questa *Rivista*, 2014, 469 ss.; G. Rivosecchi, *Il Trattato sul Mea e il Fiscal Compact al vaglio del Tribunale costituzionale federale e della Corte di giustizia*, ivi, 478 ss.; J. Luther, *Il rinvio pregiudiziale di Karlsruhe sui poteri della Bce*, in *Quad. cost.*, 2014, 424 ss.; riguardo alla questione sottesa al rinvio del *Conseil constitutionnel*, si v. F. Fabbrini, *Pregiudizialità costituzionale: la riforma francese è contraria al diritto dell'Unione europea?*, in *Quad. cost.*, 2010, 382 ss.

³⁰ Sent. Cass. 20 giugno 2012, n. 10127.

dunque, i presupposti per operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, come invece richiesto dalle parti che avevano promosso il gravame.

Per meglio apprendere non solo le argomentazioni giuridiche ma anche l'*animus* del giudice italiano di ultimo grado, è utile riportare gli stralci salienti della sua controversa pronuncia. «[...] il conferimento dell'incarico di supplenza, specie quello annuale, è il veicolo attraverso il quale l'incaricato si assicura l'assunzione a tempo indeterminato in quanto, man mano che gli vengono assegnati detti incarichi, la sua collocazione in graduatoria avanza e, quindi, gli permette l'incremento del punteggio cui è correlata l'immissione in ruolo ex art. 399 del T.U. di cui al d.lg. n. 297 del 1994»³¹. «Il sistema delle supplenze in parola rappresenta, pertanto, [...] un percorso formativo-selettivo, volto a garantire la migliore formazione scolastica, attraverso il quale il personale della scuola viene immesso in ruolo in virtù di un sistema alternativo a quello del concorso per titoli ed esami e vale a connotare di una sua intrinseca "specialità e completezza" il corpus normativo relativo al reclutamento del personale scolastico. Né può sottacersi come il sistema in esame risponda anche all'esigenza di parametrare nella scuola una flessibilità in entrata che comporta una situazione di precarietà, bilanciata, però, ampiamente da una sostanziale e garantita (anche se in futuro) *immissione in ruolo che per altri dipendenti del pubblico impiego è ottenibile solo attraverso il concorso e per quelli privati può risultare un approdo irraggiungibile*³². Per di più a tale sistema di reclutamento non sono estranee indifferibili esigenze di carattere economico che impongono – in una situazione di generale crisi economica e di deficit di bilancio – risparmi doverosi per riscontrarsi nel sistema di reclutamento in esame, come detto, una seria prospettiva del riconoscimento di un lavoro a tempo indeterminato pur in assenza di alcuna legge di carattere costituzionale o comunitario capace di garantire, anche in presenza di un effettivo abuso di successione di contratti a termine, un rapporto a tempo indeterminato [...]»³³.

L'implicazione di queste considerazioni è che il sistema delle supplenze discende da esigenze di flessibilità proprie del settore, dai vincoli del bilancio statale, dall'esigenza di selezione alternativa al concorso per titoli ed esami. Questo peculiare modello di reclutamento conferma «una tipologia di flessibilità atipica destinata a trasformarsi in una attività lavorativa stabile»³⁴.

Il giudice della legittimità, inoltre, in un *obiter dictum*, evidenziato prima col corsivo, svela la propria "sensibilità" *lato sensu* politica rispetto alle rivendicazioni dei lavoratori a tempo determinato della scuola. È vero che a essi non si applica il d.lg. n. 368/2001 che recepisce la direttiva europea; ma è altresì vero che questa categoria non ha motivo per ritenersi particolarmente penalizzata: a) raggiunge la stabilizzazione del rapporto di lavoro senza concorso, pur afferendo alla sfera pubblica; b) e proprio tale appartenenza rende

³¹ Sent. Cass., *cit.*, pt. 43.

³² Enfasi aggiunta.

³³ Sent. Cass., *cit.*, pt. 45-47.

³⁴ In questo passaggio, la Cassazione riprende una definizione dottrinale probabilmente di L. Fiorillo, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interpretazione giurisprudenziale*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Volume primo, diretto da L. Fiorillo e A. Perulli, Torino, 2013, 687.

la loro posizione lavorativa assai più solida e garantita rispetto a quella di tantissimi lavoratori dipendenti del settore privato.

Alla stregua di queste premesse, la Cassazione afferma che «il *corpus* normativo disciplinante il reclutamento del personale», nel consentire la stipulazione di contratti a tempo determinato in relazione alla oggettiva necessità di far fronte, con riferimento al singolo istituto scolastico alla copertura dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili si riferisce a circostanze precise e concrete. Esse integrano le «ragioni obiettive» indicate dalla clausola 5, punto 1, lett. a) dell'Accordo quadro quali condizioni particolari che giustifichino il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato successivi. Tale *corpus*, dunque, è coerente con i vincoli sovranazionali poiché costituisce «norma equivalente» alle misure indicate nella clausola richiamata.

La Cassazione – aspetto ancor più delicato – ritiene che l'insieme delle pronunce della Corte di giustizia sulla direttiva 1999/70/Ce, lette con riferimento al diritto nazionale, non danno luogo a dubbi sull'interpretazione e sull'applicazione delle norme comunitarie. «Si è in presenza di un *acte claire*» per cui non si deve proporre rinvio pregiudiziale ai giudici di Lussemburgo³⁵.

La trama entro cui la sentenza pregiudiziale della Corte Ue s'inserisce appare ora più chiara. Il reale bersaglio contro il quale muove il rinvio pregiudiziale effettuato dal Tribunale di Napoli è la sentenza della Cassazione cui si è fatto riferimento. Quando la Corte costituzionale si determina a sollevare il proprio rinvio pregiudiziale è certamente consapevole di intervenire in questo “contesto relazionale” altamente conflittuale. Contesto nel quale un giudice italiano “inferiore” chiede manforte alla Corte Ue per scalzare l'interpretazione adottata dalla Cassazione, Corte a esso sovraordinata e di ultimo grado ma non propensa a sollecitare l'esegesi del giudice sovranazionale. Più che un semplice “dialogo” si tratta di un conflitto tra giudici nazionali che attiva giochi multipli di alleanze e resistenze con il coinvolgimento della Corte costituzionale e della Corte di giustizia.

³⁵ Sent. Cass., cit., pt. 64-65. Sui limiti “codificati” al rinvio pregiudiziale, come la presenza di un “atto chiaro”, si v. A. Adinolfi, *Il rinvio pregiudiziale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5317. La Suprema Corte aggiunge, «che il rinvio pregiudiziale non [deve] essere disposto allorquando la lettura delle direttive comunitarie consenta al giudice nazionale di accertare – attraverso una documentata, ragionata e poi motivata attività ermeneutica – la loro piena compatibilità con le norme interne, risponde al principio costituzionalizzato del processo “giusto” e di “ragionevole durata” (art. 111, c. 1-2, cost.) dal momento che un ricorso “disinvolto” alla pregiudiziale – perché non sorretto da una congrua e doverosa riflessione ed attenzione – potrebbe, in assenza di un ragionevole dubbio sulla esegesi delle suddette direttive, finire per determinare, oltre che pregiudizievoli ricadute sul versante socio-economico, anche alti costi privi di giustificazione». Può chiedersi se questo passaggio, in apparenza sovrabbondante, possa intendersi come una difesa preventiva rispetto a una possibile iniziativa volta all'ottenimento di un risarcimento del danno fondata sul mancato ricorso al rinvio pregiudiziale da parte di un giudice nazionale di ultimo grado. E, infatti, per E. Lamarque, *op. cit.*, 135, «La Corte di Giustizia [...] arriva a sanzionare come inadempimento dello stato il comportamento dei giudici nazionali – e in particolare proprio dei giudici italiani! – di ultimo grado che abbiano violato il diritto dell'Unione anche fuori dei casi di dolo o colpa grave, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o da valutazione dei fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale» che rinvia a C. giust., sent. 24 novembre 2011, in C-379/10. Su questo, si v. anche A. Adinolfi, *op. cit.*, 5318.

Nella sua ordinanza di rinvio pregiudiziale, la n. 207 del 2013, la Consulta, con misurato linguaggio indiretto prende nettamente posizione sia rispetto all'iniziativa del giudice del lavoro napoletano, sia riguardo al "diritto vivente" sancito in materia dalla Cassazione³⁶.

Senza mai farvi un richiamo esplicito, il rinvio del Tribunale di Napoli è stigmatizzato. La Consulta, nelle considerazioni preliminari, non a caso ribadisce che il rinvio pregiudiziale alla Corte Ue va fatto solo quando il contrasto tra la norma interna e quella europea sia risolubile dal giudice comune. Perché ciò accada, è necessario che la disposizione sovranazionale sia direttamente efficace ovvero incondizionata e sufficientemente precisa³⁷.

Sennonché, il giudice costituzionale trova nella stessa giurisprudenza europea l'affermazione per la quale la clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro non è incondizionata né sufficientemente precisa, tanto da non poter essere invocata da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale³⁸. Ma ciò, evidentemente, non è stato colto o è stato deliberatamente ignorato dal giudice di Napoli, il quale, di conseguenza, ha ritenuto di poter sciogliere l'antinomia a favore della norma europea sovraordinata, una volta ricevuta l'indicazione interpretativa della Corte di Lussemburgo.

Per il resto, l'inquadramento della questione effettuato dalla Consulta in larga massima collima con quello della Cassazione, differenziandosene su un punto. Nell'ordinanza si legge che l'art. 4, c. 1, della l. n. 124/1999 «potrebbe configurare la possibilità di un rinnovo dei contratti a tempo determinato senza che a detta possibilità si accompagni la previsione di tempi certi per lo svolgimento dei concorsi; questa condizione – unitamente al fatto che non vi sono disposizioni che riconoscano, per i lavoratori della scuola, il diritto al risarcimento del danno in favore di chi è stato assoggettato ad un'indebita ripetizione di contratti di lavoro a tempo determinato – potrebbe porsi in conflitto con la clausola 5, punto 1, della direttiva 1999/70/Ce; di conseguenza, pur avendo la Corte di giustizia già pronunciato varie sentenze sull'argomento, appare necessario chiedere alla medesima Corte in via pregiudiziale l'interpretazione della clausola [prima citata], in rapporto alla questione sottoposta a questa Corte per il giudizio di legittimità costituzionale, poiché

³⁶ In nessuno dei primi commenti all'ordinanza, scritti prima della pronuncia della Corte di giustizia, questo fattore di complessità è rilevato (U. Adamo, *Nel dialogo con la Corte di giustizia la Corte costituzionale è un organo giurisdizionale nazionale anche nel giudizio in via incidentale. Note a caldo sull'ord. n. 207/2013*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, consultabile all'indirizzo web forumcostituzionale.it; B. Guastaferrò, *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013*, *ivi*; L. Uccello Barretta, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale (nota a Corte cost. ord. n. 207/2013)*, consultabile all'indirizzo web rivistaaic.it, novembre 2013.

³⁷ Nella sent. n. 75 del 2012 la Consulta ha riassunto la giurisprudenza sui ruoli dei giudici nazionali comuni, della Corte costituzionale e della Corte di giustizia rispetto al diritto europeo. Sul tema, V. Onida, *«Armonia tra diversi» e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quad. cost.*, 2002, 556 ss.

³⁸ C. giust. sent., 15 aprile 2008, in C-268/06, *Impact*, nonché sent. 23 aprile 2009, in causa C-378/380/07, *Angelidaki*.

sussiste un dubbio circa la puntuale interpretazione di tale disposizione comunitaria e la conseguente compatibilità della normativa nazionale [...]».

Per la Corte costituzionale, quindi, la norma nazionale non è censurabile perché regola la tipologia delle supplenze. Tale previsione, anzi, è necessaria per assicurare la copertura dei posti vacanti di anno in anno. La congruità della norma è assicurata dalla sua proposizione finale, vale a dire che il conferimento delle supplenze annuali su «posti effettivamente vacanti e disponibili» ha luogo «in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione del personale di ruolo». Nella valutazione della Consulta, in astratto, il regime che consente rapporti a tempo determinato successivi è compatibile con i vincoli europei che ammettono flessibilità in presenza delle "ragioni obiettive" poste dal settore³⁹. I dubbi sorgono guardando al concreto funzionamento del meccanismo normativo, quando, per la Consulta, non si può ignorare che tra il 1999 e il 2012 non sono stati banditi concorsi.

Tuttavia, il dubbio che la Corte costituzionale rimette alla decisione della Corte di giustizia non è meramente retorico. Essa, infatti, oltre alla lunga sospensione dei concorsi, ricorda che nel 2011 vi sono state 66 mila nuove immissioni in ruolo, a seguito dell'elevato numero di pensionamenti; che il ricorso a contratti a tempo determinato è in netta diminuzione essendo questi ultimi passati da 233.886 nel 2007 a 125.934 nel 2012⁴⁰; che il concorso bandito nel 2012 ha determinato l'assunzione di 11.542 docenti e 5.300 unità di personale ATA. Potrebbe sostenersi, in altri termini, che la Consulta non pare propendere per l'ipotesi che il regime nazionale di reclutamento degli insegnanti contrasti col diritto europeo.

Proprio in ragione dell'effettività del dubbio, diversamente da quanto sostenuto dalla Cassazione, per la Consulta v'è l'esigenza di coinvolgere la Corte di giustizia. Nondimeno, dal modo in cui la questione è ricostruita, sembra inferirsi che il giudice delle leggi proponga alla Corte europea l'impostazione dell'esegesi nella pronuncia sulla presunta antinomia. È necessario uno scrutinio complessivo che bilanci tutti i diritti e gli interessi, insieme alle altre esigenze connesse alla questione.

Ci si aspetta dalla Corte Ue, coinvolta in un processo incidentale di costituzionalità, una decisione che rispecchi il metodo proprio di una giustizia costituzionale parte di una "*national political alliance*", "componente di equilibrio, parte attiva nel contribuire alla costruzione di una comunità"?⁴¹

³⁹ Su questo c'è la maggiore convergenza con la sentenza della Cassazione che proprio su questo punto è espressamente richiamata. In un passaggio dell'ordinanza n. 207/2013, si dice «il sistema scolastico italiano presenta esigenze di flessibilità fisiologicamente ineliminabili, riconducibili a diversi fattori, alcuni indipendenti dalle scelte del governo, tra i quali: mutamenti continui della popolazione scolastica; attribuzione delle cattedre, in larga percentuale, ad insegnanti donne, specie in cicli di formazione primaria, che esigono forme di tutela quanto ai congedi di maternità; fenomeni di immigrazione (allo stato attuale, circa quattro milioni di immigrati, che vanno doverosamente inclusi nel sistema scolastico; flussi migratori interni da regione a regione, [...]».

⁴⁰ Il valore è complessivo, comprende sia il personale docente che ATA.

⁴¹ Così, S. Cassese, *La giustizia costituzionale in Italia*, cit., 621.

Antinomia tra la disciplina italiana e il diritto europeo

La Corte di giustizia, a fronte dei rinvii provenienti dal Tribunale di Napoli e dalla Corte costituzionale sulla stessa materia, riunisce le relative cause, secondo il suo *modus operandi* in simili circostanze. I giudici sovranazionali, tuttavia, sembra non abbiano dato peso alla contraddizione insita in una pregiudiziale sollevata contemporaneamente da un giudice ordinario e dalla Corte costituzionale. E aspetto ancor più singolare, la Corte di giustizia assimila le ricostruzioni elaborate nei due rinvii. Pare, in altri termini, non abbia colto che nei due percorsi argomentativi vi sono notevoli differenze e un'unica vera analogia: la necessità che il giudice superiore chiarisca la portata della clausola di diritto sovraordinato.

La Corte Ue rileva il contrasto tra il diritto europeo e quello italiano. Questi sono i passaggi principali della sua pronuncia.

Il rispetto dei vincoli sovranazionali (clausola 5) richiede la verifica concreta che il rinnovo di successivi contratti di lavoro a tempo determinato miri a soddisfare *esigenze provvisorie*. Ne discende che occorre escludere che la disciplina nazionale (art. 4, c. 1, l. n. 124/1999 letta insieme all'art. 1 del d.m. n. 131/2007) sia utilizzata, in sostanza, per soddisfare bisogni permanenti e durevoli della scuola. In caso contrario, vi è ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato. L'esistenza di una "ragione obiettiva" non può, dunque, aversi se la flessibilità non sia impiegata per sopperire necessità provvisorie e temporanee. Poiché la normativa nazionale non fissa alcun termine preciso per lo svolgimento delle procedure concorsuali, dal momento che queste ultime dipendono dalle possibilità finanziarie dello Stato e dalla valutazione discrezionale dell'amministrazione, ne deriva che l'immissione in ruolo dei supplenti dipende da circostanze aleatorie e imprevedibili.

E, dunque, «in assenza di un termine preciso per l'organizzazione e l'espletamento delle procedure concorsuali che pongono fine alla supplenza e, pertanto del limite effettivo con riguardo al numero di supplenze annuali effettuato da uno stesso lavoratore per coprire il medesimo posto vacante, è tale da consentire, in violazione della clausola 5, punto 1, lettera a) dell'Accordo quadro, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, a causa della mancanza strutturale di posti di personale di ruolo nello Stato membro considerato».

Questa circostanza, spiega il giudice sovranazionale, è suffragata, oltre dai fatti emersi nei procedimenti principali, anche da altri elementi sottoposti alla Corte nella discussione (cui hanno preso parte le organizzazioni sindacali di categoria). Così, a seconda degli anni e delle fonti, risulta che il 30%, o addirittura, secondo il Tribunale di Napoli, il 61% del personale ATA delle scuole statali sia impiegato con contratti di lavoro a tempo determinato e che, tra il 2006 e il 2011, i docenti aventi tali contratti abbiano rappresentato tra il 13% e il 18% di tutti gli insegnanti in servizio nella scuola pubblica.

La Corte di giustizia, inoltre, argomenta che vincoli di bilancio determinano scelte di politica sociale di uno Stato membro e influenzano la natura o la portata delle misure da adottare. Essi, tuttavia, non possono

giustificare l'assenza di qualsiasi misura di prevenzione nel ricorso abusivo al lavoro flessibile.

Considerata anche l'assenza di strumenti risarcitori, la normativa nazionale «non risulta prevedere, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, alcuna misura di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro».

Conclusivamente, per la Corte di giustizia la disciplina sovranazionale «deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale [ATA], senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo. Risulta, infatti, che tale normativa, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, da un lato, non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti corrisponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine, e, dall'altro, non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato».

Le difficoltà nel “dialogo” tra le Corti e le implicazioni per la scuola pubblica

La Corte costituzionale, distinguendosi dalla Cassazione, col suo rinvio pregiudiziale ha dimostrato di non volersi ergere a difesa di un punto di vista nazionale potenzialmente contraddittorio rispetto all'ordinamento comune europeo. Si è aperta al dialogo, ma con giudizio, chiedendo al proprio interlocutore, tra le righe dell'ordinanza di rinvio, la stessa prudenza, in ragione delle ricordate implicazioni scaturenti da un approccio sbilanciato. Se questa premessa è corretta, la pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia sui supplenti della scuola suscita perplessità rispetto alla sua portata applicativa e all'idoneità a calarsi anche in un giudizio nazionale di legittimità costituzionale.

La sentenza della Corte di Lussemburgo, che afferma l'antinomia tra il diritto interno e quello sovranazionale, lascia aperta la questione sul modo in cui superarla. Il giudice europeo, raccoglie l'invito alla prudenza e si sforza di delimitare la platea dei destinatari del diritto da proteggere più incisivamente. Li individua nei supplenti di posti vacanti ed effettivamente disponibili. Si dovrebbe trattare dei titolari delle supplenze annuali su posti della pianta organica di diritto. A ben guardare questa perimetrazione è però instabile: non esclude con certezza che la tutela non sia estesa anche ai titolari di supplenze correlate alla durata delle attività didattiche. Nella prassi, infatti, sovente l'amministrazione, stretta da esigenze di contenimento della spesa, ricorre a

questo tipo di supplenza anziché a quella annuale, che sarebbe più coerente con la lacuna funzionale da colmare.

Inoltre, la sentenza europea non chiarisce inequivocabilmente quale pretesa tutelare in concreto: se il risarcimento del danno causato dall'abusiva reiterazione del contratto a tempo determinato; se la trasformazione del contratto e la conseguente costituzione del rapporto a tempo indeterminato. Con riferimento alla prima soluzione, rimane incerto quale danno sia risarcibile. Quello civilistico oppure un danno-sanzione da infliggere all'amministrazione per punire e scoraggiare la reiterazione dell'abuso? Anche le implicazioni costitutive del rapporto non sono meno problematiche. Contraddicono il principio del concorso pubblico sancito dalla Costituzione, perché alterano l'equilibrio tra anzianità e merito, 50 per cento l'una 50 per cento l'altro, nell'immissione in ruolo stabilito dalla legislazione di settore.

A conferma di quanto osservato, il Tribunale di Napoli, che aveva proposto direttamente il rinvio pregiudiziale, non ha atteso la pronuncia della Corte costituzionale, dando seguito al proprio attivismo, e ha già emanato la propria sentenza. In essa, ha creduto di poter trarre dalla pronuncia della Corte Ue elementi per dare alle parti del suo procedimento una tutela costitutiva del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, correlata alla refusione dei mancati introiti causati dai contratti a tempo determinato.

Che questo sia il modo corretto per adeguare l'ordinamento interno a quello europeo è molto controverso. Si pensi, infatti, che il Tribunale di Torino su questione analoga a quella napoletana, proprio sulla scorta della giurisprudenza europea qui in commento, ha deciso in maniera del tutto diversa riconoscendo esclusivamente una tutela risarcitoria pari a quindici mensilità.

La pronuncia in via pregiudiziale, il cui fine, va ricordato, è garantire l'applicazione omogenea del diritto sovranazionale, sta determinando in Italia applicazioni concrete assai eterogenee. Senza dimenticare che ancora pende il processo costituzionale e, quindi, vi è la probabilità che la Consulta declinerà il giudizio della Corte di giustizia in modi ancora diversi da quelle sin qui adottati dai giudici ordinari.

Potrebbe osservarsi che la matrice di queste incertezze è stata l'aver ammesso il ricorso di un giudice ordinario rispetto a una previsione normativa priva di efficacia diretta, pur in presenza di un rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale sulla stessa questione. Tuttavia, è lecito aspettarsi che la Corte di giustizia si adoperi per risolvere conflitti sorti tra giurisdizioni interne a uno Stato membro?

Quest'osservazione spinge ad allargare lo sguardo e a verificare l'approccio complessivo seguito dalla Corte di giustizia nel caso. La questione dei lavoratori precari della scuola pubblica è molto problematica perché tocca molteplici sfere d'interesse.

Nelle motivazioni della sentenza pregiudiziale, si fa cenno ai vincoli di bilancio che non possono essere valido motivo per comprimere oltremodo diritti forgiati dalle fonti europee. Per lo Stato italiano il ricorso ai supplenti ha costituito un risparmio di spesa: essi non percepiscono tutte le mensilità come se fossero di ruolo né maturano progressioni di carriera col conseguente adeguamento reddituale. Del resto, proviene da qui la spinta ad adire i giudici

del lavoro affinché si pronuncino sull'illiceità della successione di contratti a tempo definito. Le supplenze, però, consentono allo Stato, che attraversa una profonda crisi economico-finanziaria, di garantire annualmente a tutti gli scolari, italiani, cittadini europei e figli d'immigrati, il pieno godimento del diritto costituzionale all'istruzione.

Nell'ordito motivazionale della sentenza pregiudiziale può rilevarsi una dissonanza rispetto all'ordine delle cose presente nel mercato del lavoro italiano considerato nel complesso. L'analisi formalistica delle norme lascerebbe ritenere che il lavoro dipendente privato sia più garantito del lavoro dipendente, *sui generis*, nella scuola pubblica. Lì c'è il limite espresso alla reiterazione fissato in trentasei mesi e la previsione di forme di tutela risarcitoria. Nella scuola pubblica, è assente sia la prima sia la seconda garanzia. Nondimeno, l'osservazione della Cassazione per la quale l'immissione nelle graduatorie permanenti a esaurimento è in sé una forma di tutela della stabilità, prima *de facto* (successione delle supplenze) e poi di diritto (immissione in ruolo), era così priva di valore? L'analisi dei dati statistici, e prima ancora il senso comune, porta a dire che il lavoro pubblico, e la scuola pur nelle sue peculiarità non fa eccezione, è in concreto più protetto del lavoro privato. Curiosamente, invece, il nucleo giuridico della sentenza pregiudiziale è elevare le garanzie per i lavoratori della scuola a un livello analogo a quello dei lavoratori dipendenti del settore privato.

Che dire poi dell'obiettivo della direttiva 1999/70/Ce, interesse che la Corte di giustizia ha preso prevalentemente in considerazione, fedele all'interpretazione tradizionale del suo compito in sede pregiudiziale? Tale obiettivo è il contrasto al lavoro a tempo definito, ritenuto sulla scorta di valutazioni in parte discutibili, un disvalore da contrastare con mezzi idonei. L'attuale situazione socio-economica è sicuramente diversa da quella ben meno difficile dallo scorcio del secolo scorso. Vero è che una previsione normativa può essere sempre modificata da una successiva di segno diverso o opposto. Così, però, si dimentica uno strumento grazie al quale, ad esempio, la giurisprudenza costituzionale italiana ha adeguato ai nuovi tempi e ai nuovi valori e principi costituzionali un ordinamento costruito largamente sotto un regime autocratico, ossia l'interpretazione adeguatrice. L'adeguamento è riferito, non solo a ciò che è scritto nella Costituzione, ma anche a come quel testo è inteso in una certa fase storica, politica, economica e culturale⁴².

Nella vicenda della stabilizzazione dei precari della scuola, c'è poi un "convitato di pietra" mai evocato da nessuno dei protagonisti della interazione di cui si è dato conto. Il riferimento è agli outsider: l'ultima generazione di laureati e abilitati all'insegnamento nei tirocini formativi attivi⁴³. Si tratta di quella generazione nella quale il sistema scolastico nazionale ha investito per compiere il passaggio dalla figura dell'insegnante-lavoratore (formatasi negli

⁴² Sulla valenza della giustizia costituzionale nell'adeguamento dell'ordinamento ai cambiamenti che nel corso del tempo lo attraversano, preziosa è la lettura di G. Calabresi, *Il mestiere del giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2013, *passim*.

⁴³ Coloro che sono abilitati a conclusione del I ciclo di Tirocinio Formativo Attivo sono pari a 11.500 unità; mentre gli abilitandi al II ciclo di TFA (in fase di preparazione) sono circa 20.000 (stime Miur del novembre 2013).

anni Settanta-Ottanta) a quella dell'insegnante-professionista, di stampo europeo⁴⁴, da cui ci si attende un recupero di adeguatezza e qualità della scuola pubblica in Italia⁴⁵.

Se il comparto, in ragione della pronuncia europea protettiva degli interessi dei lavoratori precari, assorbirà ingenti risorse finanziarie, vuoi per stabilizzare gli insider, vuoi per pagare loro i risarcimenti, avrà fatalmente meno mezzi e darà meno possibilità a queste nuove leve di entrare nella scuola, vivificandone il tessuto deperito.

Considerare e pesare questi elementi è indispensabile per la formazione di un giudizio bilanciato ispirato al principio di ragionevolezza, nel modo assunto dal nostro giudice costituzionale⁴⁶. Tale giudice, come noto, è un organo ibrido: in parte giurisdizionale, sebbene staccato dalla magistratura; in altra parte, espressione del sistema politico-istituzionale⁴⁷. La Corte di giustizia, col rinvio pregiudiziale, è stata coinvolta dalla Consulta a partecipare all'interpretazione del suo peculiare ruolo, appunto di giudice costituzionale. Tale coinvolgimento implica uno sforzo. Richiede che anche la Corte di giustizia si appropri di questo complesso metodo di formazione delle decisioni.

Solo in parte i giudici di Lussemburgo sono riusciti in questo adattamento. E, infatti, alla fine, coerenti con la loro posizione istituzionale, essi hanno deciso in modo da garantire la preminenza al diritto sovranazionale sulla disciplina interna antinomica⁴⁸. Del resto, c'è da capire che è difficile chiedere loro di modificare una *forma mentis* profondamente assimilata.

I molti aspetti critici evidenziati portano a interrogarsi su una questione di fondo e cioè se tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia sia intercorso un dialogo "asimmetrico", derivante dal diverso ruolo dei due giudici nel caso in questione. Il concreto palesarsi di quest'asimmetria potrebbe limitare gli sviluppi della loro diretta interazione?⁴⁹

Sullo sfondo di questa complessa vicenda, rimane ferma una responsabilità della classe dirigente italiana: il non avere, per troppo tempo, messo mano al sistema di reclutamento degli insegnanti e non aver portato a compimento il disegno autonomistico della scuola, solo avviato negli anni Novanta dello scorso secolo⁵⁰. In coerenza con quel disegno, anche la gestione

⁴⁴ Si cfr. L. Dordit, *Modelli di reclutamento e formazione, sviluppo e valutazione degli insegnanti. Breve rassegna internazionale*, Provincia autonoma di Trento, 2011.

⁴⁵ Su questo, si cfr. L. Saltari, *op. cit.*, 450 ss. In tema, si v. anche A. Cavalli, *Gli insegnanti nella scuola che cambia*, Bologna, il Mulino, 2000.

⁴⁶ Sul punto, si v. S. Cassese, *La giustizia costituzionale*, 620.

⁴⁷ E. Cheli, *Il ruolo «politico» della Corte costituzionale*, ora in Id., *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, 2012, 107 ss.; G. Zagrebelsky, *La legge e il suo giudice*, Bologna, 2008, 311 ss., nonché G. Zagrebelsky-V. Marciànò, *op. cit.*, 156 ss., dove altri riferimenti bibliografici.

⁴⁸ A. Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford, 2004.

⁴⁹ S. Cassese, *I tribunali di babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.

⁵⁰ Sulla riforma avviatasi negli anni Novanta dello scorso secolo, si rinvia A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, 2003.

del personale docente e ATA avrebbe dovuto essere decentrata nelle singole scuole, dotandole così di effettiva autonomia⁵¹.

La situazione di stallo nel reclutamento nella scuola⁵², protrattasi eccessivamente, ha posto le condizioni per forme di *judicial activism* di segno molto diverso. Nondimeno, l'intervento di diversi giudici in questo complesso e delicato settore si mostra scarsamente adeguato a compensare l'inerzia del legislatore. L'azione giudiziaria probabilmente farà venire meno questa inerzia.

Il rischio che può profilarsi è che, a seguito della pronuncia europea, possa ritenersi inevitabile una stabilizzazione dei supplenti iscritti nelle graduatorie. Qualora questa immissione fosse molto ampia, nei prossimi anni si contrarrebbero gli spazi per un accesso concorsuale, per merito e non per *seniority*, nei ruoli della scuola pubblica italiana.

Dell'altro canto, un intervento legislativo pare necessario per almeno due ragioni. In primo luogo, una riforma della disciplina impugnata dinanzi alla Corte costituzionale potrebbe consentirle di interrompere lo svolgimento del processo incidentale per l'assorbimento della questione. Ciò impedirebbe una contrapposizione tra la Consulta e le giurisdizioni ordinarie che, diversamente dal giudice delle leggi, paiono in prevalenza su posizioni molto protese a favore dei supplenti della scuola.

In secondo luogo, trasferire il nodo dei precari dal piano giurisdizionale all'esame legislativo può favorire decisioni meno occasionali che valorizzino il principio per il quale il personale amministrativo (e quello della scuola non fa eccezione) non va concepito come una variabile indipendente rispetto alle sue funzioni⁵³ (ovvero alla conformazione della complessiva offerta didattica e educativa). In altri termini, la sentenza della Corte Ue potrebbe aver utilmente contribuito a creare le condizioni per una revisione più ampia e organica del settore della istruzione pubblica⁵⁴.

Qui, però, si apre una duplice soluzione. È preferibile intervenire con un decreto legge oppure è meglio seguire l'iter legislativo ordinario mediante la presentazione al Parlamento di un disegno di legge di riforma? Entrambe le scelte recano vantaggi e svantaggi⁵⁵.

⁵¹ Questa radicale innovazione è anticipata da S. Cassese, "Plaidoyer" per un'autentica autonomia delle scuole, in *Foro italiano*, 1990, V, 151.

⁵² In realtà, in questo segmento dell'ordinamento negli ultimi anni si sono susseguiti numerosi interventi normativi. Essi hanno adeguato agli standard europei il modello di formazione e abilitazione degli insegnanti, senza però superare lo stallo nel reclutamento, determinato dalla contrapposizione tra gli interessi del personale supplente, immesso nelle graduatorie, e le antitetiche aspettative dei neoabilitati. Su questo, si v. M. Cocconi, *Diventare insegnanti: le nuove regole*, in questa *Rivista*, 2011, 243 ss.

⁵³ Secondo il noto insegnamento di Massimo Severo Giannini (*In principio sono le funzioni*, in *Amministrazione civile*, II, n. 3, 1959, 11 ss.

⁵⁴ Questo peraltro corrisponde a una precisa intenzione del governo italiano che ha svolto un'ampia consultazione pubblica su come cambiare la scuola italiana. I risultati di quest'attività sono consultabili sul web all'indirizzo labuonascuola.gov.it.

⁵⁵ Il Consiglio dei ministri del 12 marzo 2015 ha deciso di intervenire con lo strumento del disegno di legge, nonostante il Ministero dell'Istruzione sembra che propendesse per l'emanazione di un decreto legge. Il testo di questo disegno di legge non è stato ancora reso pubblico.

Per un verso, l'uso della decretazione d'urgenza, grazie all'immediata efficacia delle misure adottate, avrebbe il pregio di fornire ai tribunali del lavoro una chiara e immediata indicazione di astenersi dall'affrontare i molti ricorsi che i supplenti della scuola stanno presentando proprio sulla scorta della giurisprudenza della Corte di giustizia qui in commento. Nondimeno, l'impiego di un decreto legge potrebbe far concentrare l'azione del governo principalmente sulla sorte lavorativa dei precari facendo passare in secondo piano una revisione più ampia e organica del settore. Vi sono, peraltro, prefigurazioni svolte ufficiosamente dal Ministero dell'Istruzione in base alle quali un'applicazione "meccanica" della sentenza pregiudiziale della Corte Ue potrebbe condurre al paradosso di mettere in cattedra docenti che hanno insegnato a lungo ma che da tempo hanno smesso di svolgere questa professione oppure potrebbe determinare la stabilizzazione di docenti di discipline che ormai hanno cessato di avere una rilevante valenza formativa per i nostri studenti.

La predisposizione di un disegno di legge, per altro verso, è la modalità normativa che meglio consente di affrontare la questione attraverso un insieme di misure di vasto respiro. In questo modo potrebbero desumersi migliori indicazioni su quanto e quale personale occorra immettere in ruolo nella scuola pubblica rinnovata. Inoltre, il maggiore coinvolgimento del Parlamento che così si avrebbe consentirebbe a tutti gli interessi direttamente o indirettamente incisi di far sentire la loro voce. Il riferimento è fra l'altro alla categoria dei neoabilitati che non rientrano nelle graduatorie provinciali a esaurimento. Tuttavia, il procedimento di approvazione di un disegno di legge, proprio per questa ragione, non richiede tempi lunghi. Tempi che, peraltro, potrebbero subire un'ulteriore dilatazione laddove la legge prevedesse deleghe o anche l'emanazione di regolamenti governativi di attuazione. Ciò potrebbe creare un inconveniente non trascurabile. Durante i mesi di discussione parlamentare e poi di attuazione governativa continuerebbero a "parlare" i giudici del lavoro i quali in ragione della pronuncia pregiudiziale, a seconda del loro differente orientamento su come attuarla, potrebbero decidere per la costituzione del rapporto a tempo indeterminato o disporre misure risarcitorie.

La legge, una volta approvata, potrebbe così trovarsi di fronte a molte situazioni definite in sede giudiziale, andando ad alimentare nuovi problemi. Ad esempio, non sembra un eccesso di tutele stabilizzare supplenti che, nelle more dell'approvazione della riforma del sistema, abbiano ottenuto da un giudice una cospicua tutela risarcitoria?

Anche da un inquadramento della vicenda che muova dalla disamina dei *pro* e dei *contra* delle differenti soluzioni normative⁵⁶ si evince che l'attivismo giudiziario in questo segmento dell'ordinamento porta alla genesi di problemi seriali per cui la soluzione di alcuni ne crea altri, non meno insidiosi.

Ciò nonostante potrebbe osservarsi che, se quest'attivismo non vi fosse stato, probabilmente si sarebbe continuato a procrastinare l'assorbimento del personale con contratto a tempo determinato della scuola pubblica italiana.

⁵⁶ Secondo l'approccio euristico suggerito da G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014.