

Non c'è pace per la scuola italiana: anche il Comitato europeo dei diritti sociali contesta la politica e la giurisprudenza nazionale sui precari della scuola. E la Commissione europea riapre una procedura di infrazione per tutto il precariato nel pubblico impiego.

Sergio Galleano

Avvocato giuslavorista del foro di Milano

Sommario: 1. Alle origini del contenzioso scolastico. - 2. L'avvento della normativa europea. - 3. L'intervento di chiusura della Corte costituzionale. - 4. I primi interventi della Corte di giustizia sul precariato pubblico italiano. - 5. La strenua resistenza della Cassazione: a) la sentenza 392/2012. - 6. b) La sentenza 10127/2012. - 7) L'ordinanza Papalia della Corte di giustizia. - 8. La preparazione della nuova rimessione alla Corte di giustizia sulla scuola. - 9. La sentenza Mascolo. - 10. La legge sulla buona scuola. - 11. La sentenza 5072/2016 delle Sezioni unite della Cassazione e la Corte costituzionale 194/2016. - 12. Le sentenze della Corte di cassazione 22552-3-4-5-6 del 2016. - 13. Il parere del Comitato europeo dei diritti sociali. - 14. Conclusioni. - Appendice: ma il problema è veramente il concorso?

1. Alle origini del contenzioso scolastico

Nel nostro paese l'accesso ai pubblici impieghi è consentito esclusivamente tramite concorso, salvo i casi espressamente stabiliti dalla legge, in applicazione dell'art. 97 Costituzione e 36 del d.lgs. 165/2001 e, dapprima, dall'art. 36 del d.lgs. 29/1993 e dall'art. 3 del T.U 3/1957, il quale ultimo già prevedeva che: «[s]alve le eccezioni previste dal presente decreto, l'assunzione agli impieghi senza il concorso prescritto per le singole carriere è nulla di diritto e non produce alcun effetto a carico dell'Amministrazione, ferma restando la responsabilità dell'impiegato che vi ha provveduto».

Il problema dell'utilizzo dei contratti a termine nel pubblico impiego si è presto evidenziato, poiché la stipulazione di tale tipologia di contratti, ancorché la normativa prevedesse il loro utilizzo alle condizioni indicate dalla contrattazione collettiva e, di seguito, nell'ipotesi di esigenze oggettive¹, non era soggetta, di fatto, ad alcun controllo. Solo dal 2008 veniva poi introdotto l'obbligo di esperimento di procedure selettive anche per l'assunzione di lavoratori a termine².

Insomma, quella che inizialmente doveva essere una forma di garanzia che consentiva a tutti l'accesso ai posti pubblici ed evitava assunzioni clientelari era divenuto, nel corso degli anni, uno

1 Ma l'indicazione delle ragioni oggettive viene disposta solo con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, attraverso il rinvio alla legge 230/1962. Le ragioni oggettive però non venivano mai verificate in concreto, come dimostra l'uso di oltre il decennio di lavoratori assunti a termine, anche continuativamente, in tutti i rami delle pubbliche amministrazioni per interi decenni. Non esistevano limiti né temporali né di numero massimo di contratti successivi. Da ancor prima era comunque prevista l'assunzione per periodi non superiori a tre mesi, comunque rinnovabili (con la formazione di specifiche graduatorie) per l'assunzione di lavoratori stagionali o, comunque a termine: si ricordano i famosi "trimestrali" della ex Amministrazione delle Poste e delle telecomunicazioni e presso i Tribunali per lo svolgimento di mansioni ausiliarie.

2 Con la modifica introdotta dall'art. 49, comma 1, D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2008, n. 133.

strumento per mantenere nella condizione di precariato decine di migliaia di lavoratori³. Ciò anche perché la norma, in origine, non prevedeva, almeno esplicitamente, a fronte del divieto di riqualificazione a tempo indeterminato⁴, alcun diritto al risarcimento del danno in favore del lavoratore in caso di illegittimità o di abuso dei contratti, solo successivamente riconosciuto⁵ peraltro, come vedremo, in linea del tutto teorica, sino all'intervento determinante della Corte di giustizia con l'ordinanza Papalia⁶.

Ciò era tanto più vero nel settore scolastico, dove addirittura il «sistema»⁷ era – ed è, di fatto, in gran parte - tuttora basato su una legislazione nella quale i contratti a termine hanno una loro specifica ed istituzionale funzione. Nonostante l'art. 97 della Costituzione, infatti, il sistema di reclutamento della scuola era strutturato nel senso che il personale docente ed ATA (Assistenti tecnico amministrativi) seguiva il cd. “doppio binario”, ovvero il 50% del personale veniva attinto dalle graduatorie permanenti alle quali si iscriveva chi possedeva il titolo di studio e - successivamente - di specializzazione richiesto, mentre il restante 50% era (avrebbe dovuto essere) assunto tramite i rari concorsi che, comunque, non vennero più banditi dal 1999 al 2012.

La legge 27 dicembre 2006, n.296 (legge finanziaria per il 2007) all'art.1, comma 605, aveva previsto un piano triennale di immissione in ruolo del personale docente e ATA della scuola pubblica e la trasformazione delle graduatorie permanenti di cui all'art. 401 d.lgs. n.297/1994 in graduatorie ad esaurimento che, nell'intenzione del legislatore, avrebbero dovuto portare all'assorbimento di tutto il precariato scolastico.

La trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento, in assenza di concorsi e per sopperire alle necessità di docenti e personale ATA, ha però portato alla creazione di graduatorie aggiuntive (di merito, provinciali, di istituto), suddivise a loro volta in fasce. Un sistema ancor più complicato che ha portato ad un vasto contenzioso che tuttora pende avanti ai giudici sia amministrativi che ordinari del lavoro⁸.

2. L'avvento della normativa europea

3 Senza contare che, paradossalmente, essa stessa finiva per essere strumento clientelare, visto che le assunzioni a termine finivano per essere “mirate” ad assumere personale già appositamente individuato: si veda, per l'attualità, l'articolo di Sergio Rizzo, *Parenti e amici da sistemare, la Calabria regala posti ai precari*, La Repubblica, 7 marzo 2021, pag. 16.

4 Previsto invece nel settore privato con la legge 230/1962.

5 Con la modifica apportata all'art. 36 del d.lgs. 29/1993, dall'art. 22 D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80.

6 Rocco Papalia c/ Comune di Aosta del 12.12.13 in causa C-50/13 sulla quale v. *L'intervento legislativo sul caso Poste Italiane e le sanzioni contro l'abuso di contratti a termine nel pubblico impiego: la Corte di giustizia si pronuncia ancora sulle “peculiarità” dell'ordinamento italiano; Papalia c. Comune di Aosta*, Corte giust. UE, 12.12.2013, causa C-50/13, *ivi*, 2014, II, 75, con nota di Ales.

7 La legislazione scolastica costituisce una delle peggiori anomalie del nostro sistema giuridico nazionale. Oggetto di interventi continui dall'unità d'Italia ad oggi, è attualmente contenuta in due provvedimenti legislativi, il d.lgs. 297/94 (Testo unico delle leggi sulla scuola, dove sono confluiti i decreti delegati nn. 416, 417, 418, 419, 420 emanati con D.P.R. 31 maggio 1974, costituito da ben 667 articoli) e la legge 194/1999 (dichiarata poi parzialmente incostituzionale con la sentenza 184/2016 dalla Consulta, come vedremo) entrambi oggetto di continue modifiche ed aggiornamenti. A questi provvedimenti si aggiungono la *congerie* di norme di fonte secondaria (decreti ministeriali, circolari, regolamenti emessi e/o modificati ogni anno) necessariamente escluse dal Testo unico perché la delega di cui alla L. 121/91 era riferita a disposizioni di natura legislativa. A tale mortificante quadro si aggiungano le modifiche delle riforme Berlinguer del 2000, Moratti del 2003, Gelmini del 2008 e, infine, la “buona scuola” di Renzi del 2015 approvata dopo la sentenza Mascolo, di cui infra. Ai provvedimenti legislativi ed amministrativi si aggiunge infine la disciplina contrattuale collettiva che incide sullo svolgimento del rapporto. Per una veloce ma completa panoramica v. G.N. Martino, *Compendio di legislazione scolastica*, Independently published, 22 aprile 2020.

8 Se ne trova ampia traccia sulle due riviste on line più importanti: orizzontescuola.it e tecnicadellascuola.it.

Il sistema italiano dell'utilizzo improprio del contratto a termine è stato messo in crisi dall'approvazione in sede europea della Direttiva n. 70 del 28 giugno 1999 sul contratto a tempo determinato la quale, oltre a sancire il divieto di discriminazione tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato, ha anche disposto un sistema atto prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato.

In particolare, la clausola 5 della Direttiva ha previsto che gli stati membri dovevano, con il coinvolgimento delle parti sociali, «introdurre una o più delle seguenti misure (tenendo conto delle esigenze di settori e categorie specifici di lavoratori): - ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; - la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; - il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti».

Inoltre, sempre la clausola 5 della Direttiva ha previsto che: «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"; b) devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato».

Queste misure sono state adottate sul presupposto, precisato nel 6° considerando della Direttiva, secondo il quale: «i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro e contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorare il rendimento».

Pare dunque chiaro che il legislatore europeo, fermo restando l'ambito di discrezionalità ("se del caso") dei singoli Stati membri, indicava comunque la riqualificazione a tempo indeterminato dei rapporti, come la sanzione più idonea alla eliminazione dell'abuso.

L'irrompere della Direttiva nel nostro ordinamento ha scombussolato il sistema. Non tanto nel settore privato, dove già vigeva il principio delle ragioni oggettive quale condizione per la validità dell'apposizione del termine e la sanzione della trasformazione a tempo indeterminato del contratto in caso di utilizzo improprio della tipologia⁹, quanto in quello pubblico, in primis la scuola, dove, come si è visto, l'abuso nell'utilizzo dei contratti a termine e, per l'assenza di serie sanzioni, la conseguente impunità era divenuta la regola.

3. L'intervento di chiusura della Corte costituzionale

Mentre nel settore privato il legislatore interveniva con il d.lgs. 368/2001¹⁰, approvato in affermata applicazione della Direttiva, confermando l'obbligo di riqualificazione del rapporto in caso di violazione del principio di sussistenza delle ragioni oggettive, in caso di prosecuzione e, oltre certi limiti, di proroghe dei contratti (e dopo un periodo massimo¹¹) nulla veniva mutato nel settore pubblico, con l'effetto che non erano previste, come si è detto, misure sanzionatorie quantomeno

9 Legge 230/1962, come si è detto, seguito successivamente, dal d.lgs. 368/2001 e, nell'attualità, dal d.lgs. 81 del 2015.

10 Cfr. AA. VV., *La nuova disciplina del lavoro a termine*, a cura di L. Menghini, Milano, 2002; AA. VV., *Il nuovo lavoro a termine*, a cura di M. Biagi, Milano, 2002; AA. VV., *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, a cura di G. Perone, Torino, 2002; L. Menghini, *Lavoro a termine, referendum, Direttiva 1999/70/CE, Patto di Milano*, in Riv. Giur. Lav., 2001, pag. 610; G. Mannacio, *Contratto a termine: prime riflessioni sulla nuova disciplina*, in Foro It., 2002; L. Zappalà, *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua una direttiva travisandola*, Dir. Merc. Lav., 2001, pag. 653; G. Pera, *Sulla nuova disciplina del contratto di lavoro a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, in Riv. Giur. Dir. Lav., 2002, I.

11 Misura, questa, inserita poi con l'art. 5 comma 4 bis del d.lgs. ad opera dell'art. 1, comma 40, lett. b), L. 24 dicembre 2007, n. 247, a decorrere dal 1° gennaio 2008.

efficaci, equivalenti ed effettive come nel settore privato. L'originario art. 36 del d.lgs. 165/2001 riecheggiava l'omologa norma del d.lgs. 29/1993.

La riqualificazione a tempo indeterminato restava vietata ed il risarcimento del danno era una illusione, posto che la Corte di cassazione non consentiva che questo venisse collegato alla perdita del posto di lavoro, cui il lavoratore, si sosteneva, non aveva diritto per l'assenza del concorso, condizione fondamentale per l'accesso al pubblico impiego.

La questione venne così portata all'attenzione della Corte costituzionale con un'ordinanza del Tribunale di Pisa che interrogava la Consulta sulla compatibilità con la Direttiva dell'art. 36, comma 2, del d.lgs. 165/2001 che vietava la conversione dei rapporti a tempo indeterminato in caso di abuso nella pubblica amministrazione a differenza che nel settore privato. La causa riguardava proprio un lavoratore della scuola inquadrato come ATA¹², che aveva operato a termine per anni alle dipendenze del Comune ed era passato a quelle del Ministero dell'istruzione.

La Consulta rigettava la sollevata questione di costituzionalità, osservando che: «[v]a, infatti, considerato - limitando l'esame al solo profilo genetico del rapporto, che nella specie viene in considerazione - che il principio fondamentale in materia di instaurazione del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è quello, del tutto estraneo alla disciplina del lavoro privato, dell'accesso mediante concorso, enunciato dall'art. 97, terzo comma, della Costituzione. L'esistenza di tale principio, posto a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, di cui al primo comma dello stesso art. 97 della Costituzione, di per sé rende palese la non omogeneità - sotto l'aspetto considerato - delle situazioni poste a confronto dal rimettente e giustifica la scelta del legislatore di ricollegare alla violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori da parte delle amministrazioni pubbliche conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio, in luogo della conversione (in rapporto) a tempo indeterminato prevista per i lavoratori privati».

Il limite della pronuncia della Consulta era quello di avere ignorato completamente (non se ne fa neppure cenno) la disciplina europea (nel frattempo, infatti, era scaduto il termine per l'applicazione della Direttiva 1999/70) che, invece, era stata il presupposto che aveva portato la stessa Corte a dichiarare inammissibile il referendum per la abrogazione della disciplina del contratto a termine proposto dai radicali con la sentenza n. 41 del 2000.

4) I primi interventi della Corte di giustizia sul precariato pubblico italiano

Preclusa la strada nazionale la questione approdò quindi in sede europea con un'ordinanza del Tribunale di Genova nella causa Marrosu e Sardino, due cuochi che da anni operavano a termine in una struttura sanitaria ligure. Con l'omonima sentenza del 7 luglio 2006¹³ la Corte di giustizia, nel sancire l'applicabilità della Direttiva anche al settore del pubblico impiego, stabilì che il sistema giuridico italiano – solo risarcimento del danno senza conversione, per via del concorso - non ostava alla Direttiva a condizione che «tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico».

¹² Il quale, come tale, avrebbe peraltro dovuto essere assunto per chiamata dall'Ufficio di collocamento, ex art. 16 della legge 56/987 e non tramite concorso.

¹³ In causa C-53/04 sulla quale v. M. Miscione, *Non trasformazione dei contratti a termine nel lavoro pubblico*, in *Lav. giur.*, 2006, 968; A. Miscione, *Il contratto a termine davanti alla corte di giustizia: legittimità comunitaria del d.lgs. 368 del 2001*, Argomenti Dir. Lav., 2006, 6, 1623;

La sentenza Marrosu e Sardino indusse il legislatore nazionale (che, all'epoca, comprese la portata, anche economica, dell'intervento della Corte di giustizia) ad affrontare il problema e portò alle prime stabilizzazioni, disposte dal Governo Prodi con le leggi finanziarie 2007 (commi 519, 520, 529 e 940 dell'art. 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296) e 2008 (commi 90, 92, 94, 95, 96 e 106 dell'art. 3 della legge 24 dicembre 2007 n. 244), poi bloccate dal decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008 del successivo Governo Berlusconi.

Dopo un periodo di sostanziale immobilismo, seguiva un'altra rimessione, conclusasi poi con l'ordinanza Affatato del 1° ottobre 2010¹⁴ che, richiamando i principi già stabiliti con la sentenza Marrosu e Sardino e nel prendere atto della «mancanza di un chiaro orientamento della giurisprudenza nazionale in merito alle modalità per il risarcimento del danno»¹⁵ precisava che: «[s]petta al giudice del rinvio valutare in che misura le disposizioni di diritto nazionale miranti a sanzionare il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione siano conformi a questi principi» utilizzando i criteri dell'equivalenza e dell'effettività nel valutare misura alternativa prevista dal legislatore nazionale.

5. La strenua resistenza della Cassazione: a) la sentenza 392/2012

Il 14 giugno 2012, nell'aula magna della Cassazione, veniva tenuto un convegno organizzato da Magistratura democratica, dall'Associazione giuslavoristi italiani e dalla Rivista giuridica del lavoro, ovvero da magistrati, avvocati e studiosi del diritto del lavoro, per discutere sui contratti a termine nel pubblico impiego¹⁶.

L'annunciata, ampia partecipazione era dovuta anche ad una sentenza resa pochi mesi prima dalla Corte (la 392 del 13 gennaio 2012¹⁷), molto criticata da tutti gli interventi del convegno, perché escludeva (anche nell'ipotesi di più contratti a termine illegittimi¹⁸) la conversione in un contratto a tempo indeterminato e ribadiva ancora una volta la prevalenza del disposto di cui all'art. 36 del d.lgs. 165/2001 il quale, risultando «funzionalizzato a responsabilizzare la dirigenza pubblica nel rispetto delle norme imperative in materia nonché a risarcire i danni che il lavoratore dimostri di avere subito per la violazione delle suddette norme - risulta alternativo a quello disciplinato dal D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, art. 5, escludendone in ogni caso l'applicazione».

In quella causa, ovviamente, nessun danno era stato dimostrato dal lavoratore, come del resto era prevedibile laddove la Corte aveva chiarito che la sua sussistenza deve «essere ancorata ad una eventualità non verificata e cioè ad occasioni di lavoro che si sarebbero potute verificare in futuro», con esclusione del danno conseguente alla perdita del posto di lavoro. Un'ipotesi – quella

14 Sulla quale vedi: *Affatato c. Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza*, Corte giust. UE, 1° 10.2010, causa C-482/10, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 859 ss., con nota di Borzaga; N. Zampieri, *Lo stato dell'arte sull'abuso del contratto a termine nel pubblico impiego contrattualizzato*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2010, pag. 956;

15 V. punto 56 dell'ordinanza.

16 Il lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni: profili discriminatori, reperibile al seguente indirizzo mail: <https://www.ediesseonline.it/convegno/?convegno=il-lavoro-a-termine-nelle-pubbliche-amministrazioni-profilo-discriminatori>. Al convegno partecipavano il Presidente onorario della Corte di Cassazione, Sergio Mattone con relazioni di Donata Gottardi (docente nell'Università di Verona) e di Luigi Menghini (docente nell'Università di Trieste) e gli interventi di V. Di Michele (Avvocato), R. Foglia (Presidente onorario della Cassazione), M.A. La Notte Chirone (Magistrato), A. Maresca (docente nella Sapienza Università di Roma) e le conclusioni Amos Andreoni (docente nella Sapienza Università di Roma).

17 Pres. ed est. Vidiri, rel. Meliàdò: pare evidente che l'originario relatore non condividesse l'orientamento del collegio e che la redazione della motivazione venne fatta dal Presidente.

18 Ancorché in quella causa si trattasse di un unico contratto a termine.

individuata dalla cassazione – tanto ipotetica quanto improbabile e, comunque, indimostrabile: tanto che non si ha notizia di una qualche decisione della Suprema Corte che riguardi una liquidazione del danno di tal tipo.

È chiaro come la Corte di cassazione si poneva dunque in palese e voluto contrasto con la ordinanza Affatato, ignorando le indicazioni della Corte di giustizia sull'utilizzo dei principi di effettività ed equivalenza della misura alternativa alla conversione del rapporto

6. b) La sentenza 10127/2012

Il convegno cui si è fatto cenno era anche stato indetto poiché in Corte era da poco stata discussa una causa, il 5 giugno 2012, che riguardava il precariato scolastico, dalla quale si attendevano chiarimenti in merito alla palese inadeguatezza delle misure sanzionatorie, tanto più in presenza del vasto problema del precariato scolastico.

Tre giorni dopo il convegno la Cassazione depositava la sentenza 10127 del 15 giugno 2012 (Pres. Vidiri, est. Napoletano), una sentenza di 30 pagine (e 73 punti numerati, esposizione allora inusuale per la Corte italiana), con la quale conferma la legittimità della normativa che nega ogni diritto ai precari della scuola, docenti e personale ATA.

Afferma la Corte che la disciplina specifica della scuola sarebbe rinvenibile nella legge 297 del 1994 e nella più recente 124 del 1999. Secondo tale normativa il sistema di reclutamento nel settore della scuola segue un suo regime specifico, basato sulle graduatorie a cui attingere per coprire organici di fatto e di diritto, basato sul famoso “doppio canale” di graduatorie permanenti da cui attingere il personale da assumere in via definitiva. Tale normativa, si affermava, sarebbe stata finalizzata ad assicurare, di fronte ad una certa variabilità del numero degli utenti, la costante erogazione del servizio scolastico.

La normativa, ribadisce la Corte, non risultava essere stata abrogata né dal testo unico sul pubblico impiego del 2001 (che infatti, si legge nella sentenza, all'art. 70, fa salve le procedure di reclutamento di cui alla legge 247) e neppure dal D.Lgs. 368/2001 (applicazione della Direttiva UE 99/70 sul contratto a termine). Conferma di tale impostazione sarebbe l'art. 9 del D.L. n. 70 del 2011 dove, nel ribadire, attraverso l'inserimento del comma 4 bis all'art. 10 del D.Lgs. 368/2001, la estraneità alla disciplina del contratto a termine delle procedure di reclutamento del personale scolastico, si avrebbe la riprova della specialità della materia, alla quale, per espressa previsione, non si applica neppure l'art. 5 del 368 che regola la disciplina delle proroghe (e successivamente fisserà il termine massimo di 36 mesi per l'automatica riqualificazione a tempo indeterminato del rapporto).

Insomma, per farla breve, la scuola è un modo a sé. Anzi, il sistema scolastico è del tutto estraneo non solo alla normativa generale del contratto a termine di cui al D.Lgs. 368/2001 (normativa, si badi bene, approvata in applicazione della Direttiva UE 99/70) ma, addirittura, a quella del testo unico del pubblico impiego di cui al D.lgs. 165/2001.

Ma questo giustifica la estraneità del settore scolastico anche alla disciplina della clausola 5 della direttiva? Sì, risponde la Cassazione: la clausola 5 della Direttiva, afferma la Corte, nel disporre l'obbligo dell'adozione delle misure preventive prevede che ciò avvenga 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.

Poiché l'assunzione dei precari avviene attraverso le graduatorie, dunque con un metodo imparziale, tanto costituiva una misura preventiva finalizzata a prevenire gli abusi, che sono quindi esclusi in radice (sentenza, par. 63).

Inoltre, nello specifico settore del servizio scolastico non sarebbe possibile determinare a priori il fabbisogno per la copertura del servizio per il variare degli utenti e quindi è giustificata, anche sotto tale profilo, la disciplina «equivalente» della scuola dettata dallo Stato italiano (par. 40, 59 e 60).

Anzi: il precario italiano sarebbe un privilegiato, come dice la sentenza (paragrafo 46): non può sottacersi, afferma infatti la Corte, come il sistema in esame risponda anche all'esigenza di parametrare nella scuola una flessibilità in entrata che comporta una situazione di precarietà, però bilanciata, ampiamente, da una sostanziale e garantita (anche se in futuro) immissione in ruolo che, per altri dipendenti pubblici è ottenibile solo attraverso il concorso e per quelli privati può risultare di fatto un approdo irraggiungibile. Ciò ha portato a parlare nella materia scrutinata di una sorta di tipologia di flessibilità atipica destinata a trasformarsi in una attività lavorativa stabile.

6) La relazione del Massimario della Cassazione

Anche la sentenza 10127/2012 fu oggetto di serrate critiche, ma la più sorprendente venne proprio dalla Cassazione stessa. La Presidenza della sezione lavoro della Corte, infatti, dopo le critiche alle due decisioni citate, aveva commissionato al Centro studi della Suprema Corte il compito di verificare la "coerenza" interpretativa della sentenza.

Si legge infatti nella relazione del Massimario: «[l]a Sezione Lavoro di questa Corte ha chiesto a questo Ufficio di approfondire, nell'ambito della disciplina dei contratti a tempo determinato nel comparto della scuola pubblica, i principi giurisprudenziali comunitari in materia di abuso dei contratti a termine, tenuto conto della natura pubblicistica del servizio, del principio di assunzione mediante concorso e della esistenza di una specifica disciplina di settore, nonché in materia di non discriminazione (con particolare riferimento al trattamento retributivo ed agli scatti di anzianità).».

Così rilevava l'Ufficio del Massimario della Cassazione nella relazione n.190/2012: «[s]ulla base dell'esame della giurisprudenza comunitaria e delle pronunce nazionali su richiamate, e tenuto conto dei rilievi critici della dottrina, sembra di potersi pervenire ai seguenti punti. La normativa generale del d.lgs. n. 368 del 2001 e la direttiva sono applicabili anche al lavoro pubblico a termine ed anche, salvo esclusioni espresse, ai lavoratori a termine della scuola: in tal senso, le assunzioni con violazione di norme imperative non possono dar luogo alla costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze della pubblica amministrazione (ex art. 36 del d.lgs. 165 del 2001). Peraltro, il rapporto dei precari della scuola è oggetto di una disciplina specifica (e speciale) sotto vari aspetti, e si evidenziano in particolare, tra gli altri: la tipizzazione legislativa delle diverse tipologie di supplenze, della loro durata, delle modalità di attribuzione, e la funzionalizzazione rispetto alle esigenze, spesso continuative e permanenti, della continuità del servizio didattico; la costituzione di rapporti di lavoro (anche a tempo indeterminato) sulla base di procedure non concorsuali che hanno nelle graduatorie permanenti il loro epicentro (tanto che sia le assegnazioni degli incarichi temporanei di insegnamento, sia la gran parte delle immissioni in ruolo, avvengono attingendo alle medesime graduatorie); l'inapplicabilità, legislativamente disposta, della sanzione della conversione in rapporti a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a termine durati oltre 36 mesi, anche nell'ipotesi di protrazione di rapporti a termine legittimamente stipulati in origine. La reiterazione oltre 36 mesi del rapporto di lavoro del personale non di ruolo assunto in relazione alla posizione nelle graduatorie permanenti è connaturata al sistema nazionale e, formalmente, è legale, ma non sembra in linea con la disciplina comunitaria, sicché occorre risolvere il conflitto fra

ordinamenti secondo i principi generali come evidenziati dalle indicazioni derivanti in materia dalla giurisprudenza comunitaria. Al di là della portata della clausola 5 dell'accordo quadro (che è applicabile verticalmente, verso lo Stato e gli organi statali), la conversione del rapporto non è un rimedio -comunitariamente necessario- all'abuso del termine, potendo essere adottati dallo Stato, per il raggiungimento dello scopo assegnato dalla direttiva comunitaria, anche altri strumenti tecnico giuridici, sempreché tuttavia questi siano specifici strumenti effettivi volti a prevenire l'abuso e a sanzionarlo. Nella fattispecie in disamina, se non si ammette la conversione del rapporto, l'abuso del termine non avrebbe di fatto alcuna sanzione in quanto il risarcimento del danno, peraltro concretamente difficilmente configurabile e dimostrabile, non riguarderebbe la mancata prosecuzione del rapporto per la scadenza del termine, ma solo il diverso danno eventualmente subito nel passato (difficilmente configurabile se non per i periodi tra un contratto e l'altro, trattandosi di personale regolarmente retribuito), né potrebbe avere carattere sanzionatorio (essendo esclusi i punitive damages nel nostro sistema): va dunque registrato che la clausola 5 è applicabile allo Stato verticalmente e che la conversione del rapporto è l'unico rimedio effettivo che consente di prevenire e sanzionare l'abuso del termine da parte della pubblica amministrazione. A tale conversione non sembra d'ostacolo l'art. 36 t.u.p.i. su richiamato, nelle ipotesi in cui l'assunzione (pur a termine) è stata legalmente effettuata sulla base delle graduatorie permanenti, atteso che da queste stesse graduatorie secondo la legge (cui rimanda l'art. 97, co. 3, Cost.) si attinge (in parte ovvero, in caso di mancanza di concorsi, in tutto) per le immissioni in ruolo. Nell'ordinamento scolastico, peraltro, sono state introdotte altre norme speciali che ostacolano (a decorrere dalla loro efficacia, naturalmente) la conversione. L'art. 4, comma 14-bis, della legge n. 124/1999, introdotto dalla riforma del 2009, secondo un'interpretazione letterale sembra essere ostativa della conversione; la norma, peraltro, potrebbe essere oggetto (ove la relativa operazione ermeneutica non sembri forzata) di interpretazione comunitariamente conforme, venendo ad essere letta come norma escludente -solo- le immissioni in ruolo che non siano realizzate attingendo dalle graduatorie permanenti (restando così ammessa l'immissione in ruolo per effetto di conversione di rapporti sorti sulla base delle dette graduatorie permanenti). In ogni caso, vi è anche altra norma speciale (art. 9 comma 18 d.l. 13 maggio 2011, n. 70 conv. in legge 12 luglio 2011, n. 106, che ha introdotto l'art. 10 comma 4-bis del d.lgs. 368/2001) che esclude l'applicazione dell'art. 5 co. 4-bis del d.lgs. 368 del 2001 (e la conversione in rapporto a tempo indeterminato del rapporto a termine protratto oltre i 36 mesi) - assicurando in sostanza al lavoratore a termine una posizione di "precario a vita" - ; tale norma - il cui tenore letterale appare insuperabile e non sembra poter consentire alcuna interpretazione conforme - contrasta con la disciplina dettata dalla direttiva comunitaria, direttamente applicabile allo Stato (ed in relazione alla quale situazione pendono due procedure di infrazione attivate dalla Commissione europea contro l'Italia), e tuttavia, poiché la clausola 5 non contiene norme incondizionate direttamente applicabili che possano prevalere sulla norma interna (o su entrambe le norme interne suddette, ove si acceda all'altra interpretazione richiamata del comma 14-bis), la conversione del rapporto non può ammettersi (nei rapporti nei quali la norma in discorso è, *ratione temporis*, applicabile) se non previa rimozione della norma nazionale confliggente con quella comunitaria, attraverso il giudizio di legittimità costituzionale della norma interna. Allo stato è pendente questione di legittimità dell'art. 4, comma 1, della legge n. 124 del 1999, ma non anche - per contrasto con l'art. 11 e 177 Cost. -, in relazione all'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, quale parametro interposto dell'art. 10, comma 4-bis, del d.lgs. 368/2001, né dell'art. 4, comma 14-bis, della legge n. 124/1999, norme che sembrano (in particolare la prima, come si è poc'anzi prospettato) le sole che impediscono, per i rapporti soggetti temporalmente al loro ambito di applicazione, la conversione del rapporto e realizzano il contrasto con la disciplina europea. Infine, va ricordato che il principio

di parità di trattamento, che ha effetto diretto, importa - in favore del lavoratore a tempo determinato che non ottenga la conversione del rapporto - la garanzia in ogni caso di pari condizioni retributive (rispetto al lavoratore a tempo indeterminato) ed il riconoscimento degli scatti anzianità, senza la limitazione della norma interna, che dovrà essere disapplicata, in quanto contrastante con il detto principio.».

In buona sostanza, la relazione n.190 del 24 ottobre 2012 l'Ufficio del Massimario della Cassazione affermava l'applicabilità del d.lgs. n.368/2001 anche ai lavoratori pubblici e il diritto alla stabilità lavorativa e all'anzianità di servizio alle stesse condizioni dei lavoratori privati, anche nel settore della scuola pubblica, salvo l'esistenza delle norme ostative (art.4, comma 14-bis, legge n.124/1999 e art.10, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001), che andavano disapplicate dal giudice per l'efficacia verticale della direttiva 1999/70/CE nei confronti dello Stato italiano quale datore di lavoro o che andavano sottoposte a scrutinio di legittimità costituzionale, per rimuoverle definitivamente dall'ordinamento interno.

Proprio il giorno successivo al deposito della relazione del Massimario, cui i vertici della Corte non diedero alcun peso, ricevute informazioni nazionali non positive sul rispetto degli obblighi comunitari nei confronti dei supplenti della scuola e sull'applicazione dell'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001, la Commissione UE, dopo l'invio della lettera di messa in mora del 14 marzo 2011, in data 25 ottobre 2012 apriva la procedura di infrazione n.2124/2010 prima nei confronti del solo personale ATA, estendendola con il parere motivato del 21 novembre 2013 anche al personale docente, per la non applicazione della direttiva 1999/70/Ce, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato nel settore scolastico italiano.

7) L'ordinanza Papalia della Corte di giustizia

Nel frattempo, con ordinanza del 3 gennaio 2013 in causa C-50/13, Papalia¹⁹, il Tribunale di Aosta, che liquidava un risarcimento del danno pari a 20 mensilità di retribuzione in caso di abusivo ricorso al contratto a tempo determinato nel pubblico impiego e, dopo che si era visto riformare una precedente analoga sentenza dalla Corte di appello di Torino, sollevava una nuova questione pregiudiziale sul pubblico impiego italiano, di fatto contro la pronuncia della Cassazione n. 392/2012 che aveva onerato il lavoratore precario pubblico di provare il risarcimento del danno subito, prova impossibile se legata al divieto di conversione. Si trattava del signor Rocco Papalia, capo della banda musicale del Comune di Aosta, che aveva lavorato ininterrottamente come precario per quasi 30 anni.

La Corte di giustizia questa volta decide di intervenire in modo incisivo e così si pronuncia: «L'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretato nel senso che esso osta ai provvedimenti previsti da una normativa nazionale, quale quella oggetto del procedimento principale, la quale, nell'ipotesi di utilizzo abusivo, da parte di un datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, preveda soltanto il diritto, per il lavoratore interessato, di ottenere il risarcimento del danno che egli reputi di aver sofferto a causa di ciò, restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, quando il diritto a detto risarcimento è subordinato all'obbligo,

19 V. V. De Michele, *Il dialogo tra la Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale e Corte di Cassazione sulla tutela effettiva dei diritti fondamentali dei lavoratori a termine: la sentenza Carratù-Papalia della Corte di Lussemburgo*, in Quaderni Europei Università di Catania - Online Working Paper 2014/n. 60;

gravante su detto lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione».

8. La preparazione della nuova rimessione alla Corte di giustizia sulla scuola

La giurisprudenza della Cassazione dunque, dopo l'ordinanza Papalia, non convinceva e, soprattutto, non risolveva il problema del precariato scolastico che, nel frattempo, andava via via aumentando.

Contemporaneamente il relativo contenzioso non si fermava e, anzi, si acuiva nonostante e forse proprio per la sentenza 10127/2012.

Così, diverse questioni di costituzionalità erano state sollevate dai Tribunali di Lamezia terme, di Roma, e di Trento nel corso dello stesso 2012, questioni che vennero discusse unitariamente il 27 marzo 2013 e che portarono alla ordinanza n. 207 del 18 luglio 2013, la prima di rimessione effettuata dalla Corte costituzionale alla Corte di giustizia.

Evidentemente la Consulta non voleva smentire direttamente la Cassazione e preferì che la questione venisse prima esaminata in sede europea, tanto più che a Lussemburgo già pendeva la questione pregiudiziale sollevata nel gennaio 2013 dal Tribunale di Napoli, sempre relativa alla compatibilità del sistema di reclutamento scolastico con la Direttiva. Le pregiudiziali vennero riunite in un unico procedimento che prese il nome, Mascolo, dalla prima docente ricorrente nei procedimenti napoletani.

9. La sentenza Mascolo

La causa venne discussa a Lussemburgo il 27 marzo 2014 e si concluse con la omonima sentenza depositata il 24 novembre 2014 con al quale la Corte afferma che: «La clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo. Risulta, infatti, che tale normativa, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, da un lato, non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine, e, dall'altro, non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato».

Si trattava, all'evidenza, di una smentita clamorosa della sentenza 10127/2012 della Corte di cassazione che, anche sul punto del riconoscimento dell'anzianità di servizio, era stata sconfessata da numerose sentenze della Corte di giustizia rese nel settore pubblico spagnolo²⁰.

²⁰ V. per tutte la sentenza Del Cerro Alonso del 13 settembre 2007, in causa C-307/05.

10. La legge sulla buona scuola

L'effetto della sentenza fu comunque depotenziato da pronto intervento del Presidente del consiglio di allora, Renzi, che ancor prima del deposito della sentenza, subito dopo la presentazione delle conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar che anticipavano la decisione del novembre successivo della Corte, depositate nel luglio 2014, a settembre, alla ripresa dell'anno scolastico, annunciò la presentazione del piano della "buona scuola" che avrebbe portato, a suo dire, alla soluzione del problema del precariato scolastico.

L'intervento della Corte e quello tempestivo del Governo italiano portarono alla paralisi del contenzioso pendente avanti a tutti i Tribunali italiani ed alla sospensione dei processi in attesa della preannunciata riforma che arrivò con la legge 107/2015.

Il legislatore italiano con l'art.1, commi 95 e seguenti, della legge 13 luglio 2015, n.107 (titolata norme di «Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti»), senza alcun coinvolgimento delle Organizzazioni sindacali firmatarie del CCNL del Comparto Scuola del 2007, prevedeva un piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato a decorrere dall'anno scolastico 2015/2016, destinato esclusivamente al personale docente della scuola pubblica inserito nelle graduatorie ed esaurimento, indipendentemente dalla verifica se gli insegnati ivi inseriti possedessero un requisito minimo di servizio, e con esclusione dal piano assunzionale dei docenti abilitati (PAS e TFA) operanti nelle altre graduatorie (di istituto) con più di 36 mesi di servizio.

L'art. 1, comma 131, della legge n. 107/2015 ha altresì prevedeva che: «A decorrere dal 1° settembre 2016, i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati con il personale docente, educativo, amministrativo, tecnico e ausiliario presso le istituzioni scolastiche ed educative statali, per la copertura di posti vacanti e disponibili, non possono superare la durata complessiva di trentasei mesi, anche non continuativi».

Dunque, mentre per il docente che ha superato il concorso pubblico per la nomina in ruolo o per il docente inserito nelle graduatorie provinciali ad esaurimento (GAE) che viene assunto a tempo indeterminato attraverso le assunzioni straordinarie previste dalla legge n. 107/2015, anche senza aver mai prestato un giorno di servizio nella scuola pubblica (i casi hanno riguardato decine di migliaia di insegnanti), il docente precario con l'abilitazione, non inserito nelle GAE e quindi non destinatario del piano straordinario di immissione in ruolo, che aveva raggiunto i trentasei mesi di servizio anche non continuativi a decorrere dal 1° settembre 2016 su posti vacanti e disponibili, avrebbe perso la possibilità di continuare a lavorare con supplenze annuali nella scuola pubblica, «a causa» dell'eccessiva durata del servizio precario svolto.

In realtà la norma venne poi tempestivamente cancellata²¹ in prossimità del termine fissato, perché diversamente si sarebbe bloccato tutto il sistema, che continuava a basarsi sull'utilizzo degli insegnanti precari.

Secondo lo Stato italiano con la legge n.107/2015, quindi, la reiterazione di supplenze per una durata complessiva superiore a trentasei mesi, anche non continuativi, su posti vacanti e disponibili, poteva tranquillamente continuare e dava diritto soltanto al risarcimento del danno in forma economica, per il quale veniva previsto un apposito fondo per i pagamenti in esecuzione di provvedimenti giurisdizionali (art. 1, comma 132).

²¹ Dall' art. 4-bis, comma 1, D.L. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2018, n. 96.

11. La sentenza 5072/2016 delle Sezioni unite della Cassazione e la Corte costituzionale 194/2016

Nel frattempo, rimaneva comunque irrisolto il problema del risarcimento del danno la cui disciplina, quale misura alternativa alla riqualificazione del rapporto in caso di abuso, era stata censurata dalla ordinanza Papalia della Corte di giustizia.

il 1° dicembre 2015, si teneva, avanti alle Sezioni unite della Corte di Cassazione l'udienza che riguardava, tra gli altri, anche la fase finale del procedimento che era stato deciso dalla Corte di giustizia con la sentenza Marrosu e Sardino resa, come si è detto, a seguito di rimessione da parte del Tribunale di Genova.

Il quale, decidendo nel merito aveva dato attuazione alla decisione adottata in sede europea liquidando un risarcimento del danno ai lavoratori per l'abuso subito nella misura di 20 mensilità, parametrandolo a quanto la legislazione, all'epoca, riconosceva al lavoratore illegittimamente licenziato a titolo di risarcimento del danno nella misura minima di 5 mensilità, alle quali si aggiungevano le 15 mensilità aggiuntive che gli spettavano ove optasse per non rientrare al lavoro, posto che l'ordinamento nazionale disponeva l'impossibilità di ricostituzione del rapporto.

Sembrava una soluzione ragionevole e logica, ma non per la Cassazione: questa scelta, infatti, si scontrava con il principio da sempre sostenuto, secondo il quale la perdita del posto di lavoro non può considerarsi parte del danno.

Ciò perché, afferma la Cassazione, la conversione del rapporto a tempo indeterminato è esclusa inquanto il lavoratore precario non ha mai avuto diritto a qual posto di lavoro, non avendo superato un concorso. Quindi, essendo inipotizzabile la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato, non vi può di conseguenza essere un danno da perdita del posto di lavoro. Tanto meno ciò potrebbe avvenire in conseguenza di una situazione di illegalità come quella dell'avvenuto abuso da parte dell'amministrazione del contratto a termine. La conferma si avrebbe, proseguono le Sezioni unite, dall'esegesi della norma, posto che l'art. 36 parla di danno conseguente alla violazione di disposizioni imperative e non già per la perdita del posto di lavoro.

Ed infatti «Il danno è altro», proseguono le sezioni unite²², «[i]l lavoratore, che abbia reso una prestazione lavorativa a termine in una situazione di ipotizzata illegittimità della clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro o, più in generale, di abuso del ricorso a tale fattispecie contrattuale, essenzialmente in ipotesi di proroga, rinnovo o ripetuta reiterazione contra legem, subisce gli effetti pregiudizievoli che, come danno patrimoniale, possono variamente configurarsi. Si può soprattutto ipotizzare una perdita di chance nel senso che, se la pubblica amministrazione avesse operato legittimamente emanando un bando di concorso per il posto, il lavoratore, che si duole dell'illegittimo ricorso al contratto a termine, avrebbe potuto parteciparvi e risultarne vincitore. Le energie lavorative del dipendente sarebbero state liberate verso altri impieghi possibili ed in ipotesi verso un impiego alternativo a tempo indeterminato. Il lavoratore che subisce l'illegittima apposizione del termine o, più in particolare, l'abuso della successione di contratti a termine rimane confinato in una situazione di precarizzazione e perde la chance di conseguire, con percorso alternativo, l'assunzione mediante concorso nel pubblico impiego o la costituzione di un ordinario rapporto di lavoro privatistico a tempo indeterminato. L'evenienza ordinaria è la perdita di chance risarcibile come danno patrimoniale nella misura in cui l'illegittimo

22 Punto 13 della motivazione.

(soprattutto se prolungato) impiego a termine abbia fatto perdere al lavoratore altre occasioni di lavoro stabile».

Non è questa la sede per approfondire la questione. Ci limitiamo a sottolineare che è impossibile dimostrare che se fosse stato indetto un concorso per quel posto, l'interessato sarebbe certamente o con forti probabilità risultato vincitore: non si conoscono infatti i termini del bando non ancora emesso e i possibili partecipanti, sicché mancano i termini di paragone. Quanto ad altri impieghi possibili o percorsi alternativi finalizzati ad individuare diverse occasioni di lavoro è evidente che non è certo il rapporto a termine che ne impedisce il reperimento: semmai è la mancanza di altri posti di lavoro (specie al sud, per esempio) che risulta di impedimento ad occupazioni alternative²³.

Insomma, come si vede è il classico caso di prova diabolica, tanto che nella sentenza ci si sente in obbligo di precisare subito che: «[m]a non può escludersi che una prolungata precarizzazione per anni possa aver inflitto al lavoratore un pregiudizio che va anche al di là della mera perdita di chance di un'occupazione migliore». L'affermazione si ferma però qui e le ulteriori possibilità offerte al lavoratore di quantificare in concreto il danno restano sospese.

In questa situazione di stallo, per superare il contrasto con l'ordinamento europeo che impone una misura sanzionatoria, le Sezioni unite decidono allora di individuare nell'ordinamento una misura alternativa alla conversione e, poiché l'art. 36 del d.lgs. 165/2001 prevede il risarcimento del danno, individuano nell'art. 32 della legge 187 del 2010 (il cd. Collegato lavoro) che quantifica in una misura da 2,5 a 12 mensilità, il danno forfetario da riconoscersi al lavoratore privato in aggiunta alla riqualificazione del rapporto.

Così, in particolare, motivano le Sezioni unite: «L'esigenza di interpretazione orientata alla compatibilità comunitaria, che secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia richiede un'adeguata reazione dell'ordinamento che assicuri effettività alla tutela del lavoratore, sì che quest'ultimo non sia gravato da un onere probatorio difficile da assolvere, comporta che è su questo piano che tale interpretazione adeguatrice deve muoversi per ricercare dal sistema complessivo della disciplina del rapporto a tempo determinato una regola che soddisfi l'esigenza di tutela suddetta. L'indennità ex art. 32, comma 5, quindi, per il dipendente pubblico che subisca l'abuso del ricorso al contratto a tempo determinato ad opera di una pubblica amministrazione, va ad innestarsi, nella disciplina del rapporto, in chiave agevolativa dell'onere probatorio del danno subito e non già in chiave di contenimento di quest'ultimo, come per il lavoratore privato. In sostanza il lavoratore pubblico - e non già il lavoratore privato - ha diritto a tutto il risarcimento del danno e, per essere agevolato nella prova (perché ciò richiede l'interpretazione comunitariamente orientata), ha intanto diritto, senza necessità di prova alcuna per essere egli, in questa misura, sollevato dall'onere probatorio, all'indennità risarcitoria ex art. 32, comma 5. Ma non gli è precluso di provare che le chances di lavoro che ha perso perché impiegato in reiterati contratti a termine in violazione di legge si traducano in un danno patrimoniale più elevato».

Insomma, con un colpo di genio, la Cassazione era riuscita a salvare la sua giurisprudenza sul risarcimento del danno e sull'onere della prova a carico del lavoratore, sollevando quest'ultimo dal doverne provare una piccola fetta. Fermo restando ovviamente l'onere di dimostrarne l'ulteriore eccedenza, ove esistente. La Corte riesce così inoltre a sottrarsi al divieto nazionale dei "punitive damages" poiché il risarcimento riconosciuto resta in ogni caso costituito dal danno da perdita di chance del quale, per una parte, il lavoratore viene esentato dalla prova.

²³ Non a caso che il Tribunale di Rossano calabro, con sentenza 349/2009, aveva a suo tempo individuato il danno nel periodo medio necessario a reperire un nuovo posto di lavoro interrogando l'ufficio di collocamento.

La soluzione lasciava comunque insoddisfatti per l'esiguità del risarcimento, soprattutto nei casi (migliaia) nei quali il periodo di precariato durava anche da vent'anni.

La sentenza veniva comunque salvata e utilizzata dalla Corte costituzionale n. 194 del 2016²⁴, resa nel giugno successivo nella causa di "ritorno" dalla Corte di giustizia dopo la sentenza Mascolo, che dichiarava la illegittimità costituzionale del sistema di reclutamento scolastico limitatamente ai docenti inseriti nelle GAE, prendendo del resto atto della loro avvenuta stabilizzazione con la legge 107/2015 e dichiarava «l'illegittimità costituzionale, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione, della L. 3 maggio 1999, n. 124, art. 4, commi 1 e 11, nella parte in cui autorizza, in mancanza di limiti effettivi alla durata massima totale dei rapporti di lavoro successivi, il rinnovo potenzialmente illimitato di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza che ragioni obiettive lo giustificano».

La Corte, preso atto del (limitato) piano di stabilizzazione, per quelli che facevano parte delle graduatorie di istituto e per gli ATA affermava invece la sufficienza del risarcimento individuato nella sentenza 5072/2016.

Il nuovo sistema convalidato dalla Corte costituzionale, si legge nella sentenza 194/2016, veniva confortato anche dall'avvenuta chiusura, da parte della Commissione europea, della procedura di infrazione per violazione della Direttiva 1999/70 n. n. 2014/4231 - Contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico.

Anche la Corte di giustizia, peraltro, si pronunciò in senso positivo sulla soluzione delle Sezioni unite con la sentenza Santoro del 7 marzo 2018²⁵.

In ogni caso, va riconosciuto che la misura, pur minima, individuata dalla Corte di cassazione contribuì non poco alla stabilizzazione poi resa possibile dall'art. 20 della legge Madia (L. 75/2017). Molti enti utilizzatori, infatti, a causa dell'elevato numero di precari, si vedevano esposti a pagare somme ingenti per i risarcimenti e si risolsero a convertire i contratti con le modalità offerte dalla nuova normativa.

12. Le sentenze della Corte di cassazione 22552-3-4-5-6 del 2016

Con la sentenza 194 del 2016 della Corte costituzionale anche il problema della scuola poteva ritenersi risolto?

24 Sulla quale v.: V. Allocca, *Il giudizio della Corte costituzionale sul conferimento di supplenze nelle scuole pubbliche prima e dopo la legge sulla "buona scuola"*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2017, num. 7, pag. 339; V. De Michele e S. Galleano S., *La sentenza "Mascolo" della Corte costituzionale sui precari della scuola*, in www.europeanrights.eu, 2016

25 In causa Santoro del 7 marzo 2018, C-494/16: ma la sentenza è debole posto che viene data un po' troppa credibilità alle affermazioni del Governo italiano. Si legge infatti nella sentenza: «49 A questo proposito, il governo italiano sostiene che i giudici nazionali adottano criteri di particolare favore sia nell'accertamento che nella liquidazione del danno derivante dalla perdita di opportunità di lavoro, richiedendo la sola dimostrazione in via presuntiva della perdita non di un vantaggio, ma della mera possibilità di conseguirlo e provvedendo alla liquidazione del danno sofferto, anche in mancanza di elementi concreti di prova prodotti dal lavoratore interessato. 50 Tenuto conto delle difficoltà inerenti alla dimostrazione dell'esistenza di una perdita di opportunità, occorre constatare che il ricorso a presunzioni dirette a garantire a un lavoratore, che abbia sofferto, a causa dell'uso abusivo di contratti a tempo determinato stipulati in successione, una perdita di opportunità di lavoro, la possibilità di cancellare le conseguenze di una siffatta violazione del diritto dell'Unione è tale da soddisfare il principio di effettività». In realtà come già si è cennato, la Cassazione italiana è alquanto rigida circa la prova del danno da parte del lavoratore.

Assolutamente no: da un lato restava il problema della asserita specialità della normativa scolastica, strenuamente difesa dalla Cassazione con la sentenza 10127/2012 e, dall'altro, quello del risarcimento, che pur limitato, come si è visto, comportava comunque il rischio di far pagare sul bilancio pubblico liquidazioni "monstre", tenuto conto dell'alto numero di precari impiegati nella scuola (ad oggi circa 200.000).

Occorreva pertanto temperare gli effetti della sentenza 5972/2016 nel settore scolastico.

I "limiti" di cui alla motivazione della Consulta si sostanziano nel ritenere che la stabilizzazione dei docenti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento e la previsione del risarcimento del danno, nel frattempo stabilito dalla sentenza delle Sezioni unite del 25 marzo 2016 n. 5072 (l'indennità di cui all'art. 32 della legge 183/2010 nella misura da 2,5 a 12 mensilità), fosse sufficiente ad adeguare l'ordinamento nazionale a quello europeo come stabilito dalla sentenza Mascolo.

In questo quadro soccorreva così la Corte di cassazione decidendo, con una lunga serie di sentenze (capostipite la 22552 del 9 novembre 2016), tutto il contenzioso nel frattempo "congelato" nelle cancellerie in attesa della Corte di giustizia e della Corte costituzionale, con la quale si affermava che:

- l'abuso nell'utilizzo dei contratti a termine si configurava unicamente nelle ipotesi di utilizzo di personale incluso nell'organico di diritto, cui spettava unicamente il risarcimento di cui all'art. 32 (oltre al danno ulteriore da "perdita di chance", sostanzialmente indimostrabile dal lavoratore);
- nessun risarcimento spettava invece al personale inserito nell'organico di fatto «salvo che non sia allegato e provato da parte del lavoratore che, nella concreta attribuzione delle supplenze della tipologia in esame, vi sia stato un uso improprio o distorto del potere di organizzazione del servizio scolastico, delegato dal legislatore al Ministero, e, quindi, prospettandosi non già la sola reiterazione ma le condizioni concrete della medesima (quali il susseguirsi delle assegnazioni presso lo stesso Istituto e con riguardo alla stessa cattedra)» (così Cass. 22552/2016, pt. 102).

Poiché è principio generale (e comunque sancito nel nostro ordinamento, ex art. 36 d.lgs. 165/2001) che l'onere della prova circa la legittimità del termine apposto al contratto spetti al datore di lavoro, riesce poco comprensibile - se non in un'ottica di neppur nascosto "favor" nei confronti dell'amministrazione scolastica e in totale scollegamento con i principi generali in tema di prova - addossarne il relativo onere al lavoratore abusato, posto che non riesce agevole per il lavoratore dimostrare fatti e circostanze che sono nella disponibilità del datore di lavoro e non certo del docente interessato²⁶.

Senza contare che l'utilizzo persistente del docente o del personale ATA alle dipendenze del Ministero, anche ove muti la posizione lavorativa occupata (pur nella parità delle mansioni svolte) non si comprende come possa comunque ritenersi sottratto ai principi della Direttiva.

²⁶ Contestualmente alle sentenze della Cassazione sul precariato, con inusuale comunicazione del 7 novembre 2016 (prot. n. 0022549), avente ad oggetto "contenzioso dei precari della Scuola", indirizzata a tutti i Presidenti delle Corti di appello, il primo presidente della Cassazione, ha poi, di fatto, dato disposizioni a tutti i giudici del lavoro di tutti i Tribunali e di tutte le Corti di appello sul territorio nazionale di dare esecuzione "in via prioritaria" alle sentenze della Cassazione sul precariato scolastico: «Trasmetto in allegato copia del comunicato stampa con cui è data notizia che la Sezione lavoro di questa Corte ha pubblicato alcune sentenze riguardanti il contenzioso esistente circa i contratti a termine dei precari della Scuola (docenti e personale ATA). Tanto segnalo alle SS.LL. allo scopo di portare a conoscenza dei giudici di merito in via prioritaria gli indirizzi adottati in proposito dalla Corte di cassazione.». Tutti i giudici di primo e di secondo grado si sono poi adeguati alle sentenze della Cassazione.

13. Il parere del Comitato europeo dei diritti sociali.

È in tale situazione che l'Anief, un sindacato della scuola, presentava un reclamo al Comitato europeo dei diritti sociali di Strasburgo che ha il compito di vigilare sull'applicazione della Carta sociale europea, siglata a Torino nel 1961 e rivista a Strasburgo nel 1996, cui l'Italia aderisce.

La Carta, nell'ambito del sistema sorto ad iniziativa del Consiglio d'Europa, si occupa dei "diritti di seconda generazione" rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) che riconosce i diritti civili e politici e che trova il suo centro nella Corte europea dei diritti dell'Uomo di Strasburgo. La Carta sociale garantisce i diritti positivi e le libertà che riguardano tutti gli individui nella loro esistenza quotidiana: diritto di abitazione, salute, educazione, i diritti del lavoro, l'occupazione, il congedo parentale, la protezione sociale e legale, dalla povertà e l'esclusione sociale, la libera circolazione delle persone e di non discriminazione, e anche i diritti dei lavoratori migranti e delle persone con disabilità.

Il Consiglio d'Europa è un'organizzazione internazionale il cui scopo è promuovere la democrazia, i diritti umani, l'identità culturale europea e la ricerca di soluzioni ai problemi sociali in Europa: fondato il 5 maggio 1949 con il Trattato di Londra, conta oggi 47 stati membri ed ha sede a Strasburgo.

I principali organi del Consiglio sono: il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, il Segretario generale del Consiglio d'Europa, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa e il Congresso dei poteri locali e regionali. Il Consiglio, con i suoi organi, si attiva nel predisporre e favorire la stipulazione di accordi o convenzioni internazionali tra gli Stati membri e, spesso, anche fra Stati terzi; le iniziative del Consiglio d'Europa non sono vincolanti e vanno ratificate dagli Stati membri.

Il 17 ottobre 1989 gli è stato riconosciuto lo status di osservatore dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite.

A tali organi si affianca il Comitato europeo per i diritti sociali, istituito a Torino ai sensi dell'art. 25 della carta sociale, il cui compito è quello di esaminare i rapporti inviati dagli Stati membri del Consiglio d'Europa che relaziona periodicamente sul rispetto dei principi della Carta;

Il Comitato determina altresì se gli Stati ottemperino le disposizioni contenute nella Carta sociale ed emette "conclusioni", ovvero valutazioni in merito pubblicate annualmente. In caso di rilevata inottemperanza da parte di uno Stato, notizia in merito il Comitato dei Ministri il quale chiede al Paese di adottare determinate misure per garantire conformità alla Carta. Gli Stati sono tenuti a redigere un rapporto ogni cinque anni sulle disposizioni non accettate.

Ma la funzione più rilevante è quella di costituire, di fatto, un completamento del sistema di tutela sociale dei diritti europei che sono in via di unificazione (si veda il Pilastro sociale europeo, recentemente siglato a Goteborg il 17 novembre 2017).

Si consideri infatti che la Corte di giustizia può esser adita solo in via incidentale dal giudice nazionale avanti al quale pende una controversia nella quale occorre un chiarimento sui trattati o sulle direttive europee e alla Cedu si può ricorrere solo dopo avere esaurito l'intero iter giurisdizionale del paese di appartenenza. Tale situazione comporta spesso ritardi o impedimenti nella definizione della tutela dei diritti.

Avanti al Ceds è invece possibile agire in via preventiva, ancor prima quindi che il conflitto sia sfociato in un procedimento giudiziale.

L'instaurazione del procedimento è limitata alle ONG europee e nazionali o alle organizzazioni sindacali attraverso il deposito di una denuncia, secondo il protocollo entrato in vigore il 1° luglio 1998, nei confronti dello Stato firmatario, avente ad oggetto le violazioni della Carta. Tale reclamo viene esaminato e, se giudicato ammissibile, inizia il contraddittorio scritto col Paese interessato. All'esito, il Ceds redige un rapporto al Consiglio dei ministri che viene reso pubblico, dopo un certo lasso di tempo (normalmente quattro mesi) in modo da consentire al Consiglio eventuali interventi.

I pareri del Ceds non sono provvedimenti giurisdizionali vincolanti per lo stato destinatario della denuncia, ma hanno comunque una certa rilevanza nell'interpretazione del diritto nazionale poiché la Carta sociale europea, come più volte stabilito dalla Corte di cassazione (cfr., tra le tante, Cass. civ. Sez. lavoro, Ord., (ud. 31-10-2019) 17-01-2020, n. 987), è una delle fonti di diritto internazionale che si integra nel sistema degli stati aderenti alla Carta e, dunque, da prendere in considerazione nell'esame delle controversie nazionali. Il Ceds è quindi l'organo che istituzionalmente ha il compito di interpretarne gli scopi ed i principi.

Si ricordi del resto che la Corte costituzionale italiana, nella sentenza 194/2018, nel dichiarare la illegittimità parziale del jobs act quanto alla misura del risarcimento in caso di licenziamento fa espresso riferimento all'art. 24 della carta sociale.

Il Ceds ha emesso il suo parere sul reclamo dell'Anief in data 7 luglio 2020, reso pubblico 19 gennaio 2021.

La questione decisa in senso positivo per il sindacato denunciante è quella relativa al diverso trattamento dei contratti a termine stipulati in organico di fatto e di diritto. Così si esprime il parere:

«95. Sebbene la mera anzianità di servizio spesa con contratti di lavoro a tempo determinato non implichi necessariamente un diritto incondizionato e automatico di ottenere contratti di lavoro a tempo indeterminato, in particolare nel settore pubblico, il Comitato ritiene che quando il servizio fornito con contratti a tempo determinato soddisfa gli standard di qualità richiesti ed è equivalente a quella del personale assunto con contratti a tempo indeterminato, l'esperienza maturata attraverso contratti successivi, anche con interruzioni, dovrebbe essere presa in considerazione, tra l'altro, come criterio pertinente per l'assunzione nell'ambito di concorsi pubblici.

96. A tale riguardo, il Comitato prende atto delle misure previste e / o attuate per ridurre progressivamente il numero dei contratti a tempo determinato nella pubblica amministrazione, compreso il settore dell'istruzione pubblica. Tali misure includono l'avvio di concorsi di assunzione che sarebbero aperti a lavoratori non

iscritti negli elenchi ERE, ma che abbiano accumulato una significativa esperienza lavorativa a seguito dell'utilizzo di successivi contratti a tempo determinato. Tuttavia, il Comitato rileva che l'offerta di posti per questa categoria di lavoratori rimane limitata e residuale, rispetto alla priorità data ai candidati iscritti nelle liste ERE e ai neolaureati indipendentemente dalla loro effettiva esperienza lavorativa o dalla qualità di tale esperienza.

97. Inoltre, il Comitato rileva dalla relazione della Corte dei conti (2019) che a febbraio 2019, ovvero quasi due anni dopo l'introduzione di questa denuncia e dopo i concorsi di assunzione tenuti nel 2016 e nel 2018, il ricorso ai contratti a tempo determinato per il personale dell'istruzione pubblica non è diminuito.

98. Sebbene il Comitato non possa valutare l'efficacia e l'adeguatezza delle misure adottate più di recente, in quanto non ancora pienamente attuate, ritiene che, qualora i contratti a tempo

determinato siano stati successivamente rinnovati per un periodo di tempo molto lungo, possono non è più considerata rispondente a esigenze eccezionali, imprevedibili e temporanee, e ritiene che ciò indichi che non vi è stata un'adeguata prevenzione degli abusi derivanti dal ricorso a contratti a tempo determinato.

99. Inoltre, ritiene che i rimedi disponibili in caso di abuso dei contratti a tempo determinato non siano sufficienti nella pratica nel settore dell'istruzione pubblica, in considerazione dell'onere eccessivo imposto al personale non assunto con contratti annuali per provare l'abuso e dimostrare l'assenza di necessità eccezionali e temporanee.

100. Vista la situazione del personale dell'istruzione pubblica non iscritto negli elenchi ERE e assunto con contratti successivi con interruzioni per una durata complessiva superiore a 36 mesi, il Comitato ritiene che vi sia stata un'ingerenza sproporzionata nel loro diritto al guadagno il loro vivere in un'occupazione liberamente intrapresa, a causa di:

- assenza di efficaci tutele preventive e riparatrici contro gli abusi derivanti dall'indebito ricorso a contratti a tempo determinato, unita a
- all'incertezza giuridica, derivante dalle ripetute modifiche alla legislazione e giurisprudenza e
- le limitate possibilità di ottenere contratti a tempo indeterminato indipendentemente dalle effettive competenze e dall'esperienza lavorativa.

101. Conseguentemente ritiene che vi sia stata violazione dell'articolo 1§2 della Carta.»

L'art. 1 della Carta prevede che:

«Per garantire l'effettivo esercizio del diritto al lavoro, le Parti s'impegnano:

1. a riconoscere, tra i loro principali obiettivi e responsabilità, la realizzazione ed il mantenimento del livello più elevato e più stabile possibile dell'impiego in vista della realizzazione del pieno impiego;
2. a tutelare in modo efficace il diritto del lavoratore di guadagnarsi la vita con un lavoro liberamente intrapreso;
3. a istituire o a mantenere servizi gratuiti in materia di occupazione per tutti i lavoratori;
4. ad assicurare o a favorire un orientamento, una formazione ed un riadattamento professionale adeguati».

Vedremo ora come la Corte di cassazione riterrà di valutare l'intervento del Ceds, tanto più che nel parere si dà atto che è stata aperta una nuova procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano a seguito della comunicazione di avvio fatta nel luglio 2019:

“Condizioni di lavoro: la Commissione sollecita l'ITALIA a prevenire l'abuso dei contratti a tempo determinato e ad evitare le condizioni di lavoro discriminatorie nel settore pubblico La Commissione ha deciso in data odierna di inviare una lettera di costituzione in mora all'Italia, paese in cui i lavoratori del settore pubblico non sono tutelati contro l'utilizzo abusivo della successione di contratti a tempo determinato e la discriminazione come previsto dalle norme dell'UE (direttiva 1999/70/CE del Consiglio). Le norme dell'UE prevedono che i lavoratori a tempo determinato non godano di condizioni di lavoro meno favorevoli di quelle dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili, a meno che ciò non sia giustificato da ragioni oggettive. Attualmente la legislazione italiana esclude da questa protezione diverse categorie di lavoratori del settore pubblico (ad esempio

insegnanti, personale sanitario, lavoratori del settore dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica, personale di alcune fondazioni di produzione musicale, personale accademico, lavoratori agricoli e personale volontario dei vigili del fuoco nazionali). Inoltre, l'Italia non ha predisposto garanzie sufficienti per impedire le discriminazioni in relazione all'anzianità. La Commissione invita le autorità italiane a conformarsi pienamente alle pertinenti norme dell'UE. L'Italia dispone ora di 2 mesi per rispondere alle argomentazioni formulate dalla Commissione, trascorsi i quali la Commissione potrà decidere di inviare un parere motivato”.

14. Conclusioni.

Come si vede, il settore della scuola, sotto il profilo del reclutamento del personale - docente e non – non sembra avere pace.

Oltre al parere del Ceds e alla procedura di infrazione della Commissione europea, si stanno approssimando anche diverse decisioni su procedimenti dichiarati ammissibili in CEDU, promossi negli ultimi anni, dopo la sentenza 10127/2012.

È forse giunto il tempo che si metta seriamente mano al problema del precariato della scuola, considerandolo uno dei problemi principali da risolvere con il recovery plan.

Roma, 8 marzo 2021

Appendice: ma il problema è veramente il concorso?

Nonostante l'evoluzione giurisprudenziale, anche europea, che si è esaminata, chi scrive non si può esimere dal porsi ancora una volta una domanda: ma siamo sicuri che il vero problema che impedisce la conversione dei rapporti sia il concorso (almeno per il personale ricompreso nell'ambito dell'art. 2 del d.lgs. 165/2001) in caso di accertato abuso di contratti a termine?

Innanzitutto, chiariamo che non può certamente mettersi in discussione che tra i percorsi finalizzati all'individuazione del soggetto migliore cui affidare un incarico pubblico – dunque al servizio di tutta la collettività – il concorso sia tra le migliori scelte possibili (ve ne sono anche altre, intendiamoci, ampiamente praticate in gran parte delle democrazie occidentali, che prevedono percorsi di preparazione e formazione anche più “duri” dei concorsi italiani).

Ma, anche volendo tralasciare il fatto che le modalità di svolgimento dei concorsi, nel nostro paese, si presta a non poche critiche, resta da comprendere qual è il bene che si vuole tutelare, a fronte della necessità di sanzionare gli abusi nell'utilizzo dei contratti a termine, in merito alla quale, come si è detto, la clausola 5 della Direttiva indica la riqualificazione come misura “naturale” per eliminare gli effetti della violazione del diritto europeo.

Facciamo due ipotesi: la prima è quella in cui l'abuso si sia verificato con un dipendente che è stato assunto (a termine) con un concorso. Qui il problema della scelta del migliore non esiste, perché per le stesse mansioni che sarebbe chiamato a svolgere in ipotesi di riqualificazione del rapporto, la scelta è già stata fatta, individuando nel vincitore il soggetto più idoneo a svolgerle e la stabilizzazione interverrebbe, per di più su un soggetto che già da tempo opera su quello stesso posto di lavoro, senza ulteriori costi e con continuità del servizio.

Dice la sentenza 8671 del 2019 della Corte di cassazione che non sembrerebbe potersi «escludere a priori che si possa ragionare di conversione allorquando l'assunzione non sia avvenuta mediante concorso o selezione ad esso assimilabile e da qui il costante richiamo in tal senso di tutta la

giurisprudenza, ma non significa che, a fronte di assunzioni a tempo determinato mediante concorso o selezione ad esso assimilabile, ne possa derivare, in caso di illegittimità del termine, la conversione a tempo indeterminato».

Ed infatti nelle premesse della motivazione è precisato che «non può quindi ritenersi che l'isolato precedente di Cass. 15 ottobre 2018, n. 25728, citato dai ricorrenti nelle proprie difese finali, in cui si argomenta sulla possibilità che anche nel pubblico impiego vi sia conversione a tempo indeterminato, nel caso in cui all'illegittimità del termine si associ un'originaria assunzione per il tramite di un concorso o di una selezione ad esso assimilabile, possa considerarsi l'incipit di una nuova riflessione sulla questione».

Più in particolare, poi, la sentenza precisa che: «muovendo dal diritto positivo, è palese come l'architettura del D.Lgs. n. 165 del 2001 si fondi su un sistema di programmazione e piani di fabbisogno (art. 6), poi richiamati come base per il reclutamento del personale (art. 35, comma 4), che palesemente verrebbe alterato dalla possibilità di conversione a tempo indeterminato di rapporti a termine sulla sola base di meri comportamenti, inevitabilmente eccentrici rispetto ad una programmazione rigorosa quale quella prevista dalla normativa, di reiterazione illegittima di contratti a tempo determinato».

Dunque, non è la mancanza del concorso, che impedisce la riqualificazione del rapporto, bensì l'esigenza di conservare l'asserito potere-dovere della pubblica amministrazione di prevedere il proprio fabbisogno di personale, ciò a tutela anche del pareggio di bilancio inserito anche – ma da pochi anni – nel tessuto costituzionale.

E sin qui va bene, però in sede europea la giustificazione del Governo italiano è sempre stata quella del concorso e mai quella di ragioni di prevalenza dell'interesse pubblico o di ragioni di bilancio.

Della prima di queste ragioni si è già detto: un nuovo concorso non è una scelta obiettivamente razionale.

Della seconda, il silenzio ben comprensibile, posto che il punto 110 della sentenza Mascolo, così precisa: «A tale riguardo, va ricordato che, sebbene considerazioni di bilancio possano costituire il fondamento delle scelte di politica sociale di uno Stato membro e possano influenzare la natura ovvero la portata delle misure che esso intende adottare, esse non costituiscono tuttavia, di per sé, un obiettivo perseguito da tale politica e, pertanto, non possono giustificare l'assenza di qualsiasi 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 (v., per analogia, sentenza Thiele Meneses, C220/12, EU:C:2013:683, punto 43 e giurisprudenza ivi citata)».

Dunque, neppure i problemi di bilancio soccorrono a giustificare il divieto di riqualificazione.

La seconda ipotesi che vogliamo esaminare concerne il personale reclutato ai sensi dell'art. 16 della legge 56/1987, tuttora assunto tramite avvio da parte del collocamento e, dunque, senza concorso.

Anche qui la Cassazione (Sez. Unite, Sent., (ud. 09-05-2017) 09-06-2017, n. 14432, Pres. Rodorf, rel. Tria) si è pronunciata chiarendo che: « 1.1. Con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 368 del 2001, art. 36 e dell'art. 97 Cost., comma 3, parte seconda, sostenendosi che nella specie non si applicherebbe il principio del divieto di costituzione di un rapporto a tempo indeterminato alle dipendenze di una Pubblica Amministrazione per effetto della nullità dei termini apposti a precedenti contratti tra le parti in quanto il D. non è stato assunto mediante concorso ma per chiamata diretta (come consentito dall'art. 97 Cost. invocato) (...) I primi

due motivi di ricorso - da esaminare insieme, data la loro intima connessione - non sono da accogliere in quanto, a prescindere dalla peculiarità del tipo di selezione cui ha partecipato il D. nonché dalla prospettata violazione del D.Lgs. n. 626 del 1994, art. 4 in ogni caso nel pubblico impiego privatizzato, anche in caso di abusiva reiterazione di contratti a termine, resta il divieto di costituzione di un rapporto a tempo indeterminato di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 36 (vedi, per tutte: Cass. SU 15 marzo 2016, n. 5072)».

Insomma, anche qui il problema non è quello della scelta del migliore, poiché l'avviamento avviene nell'ordine di iscrizione nella graduatoria (dunque in metodo intrinsecamente oggettivo che esclude favoritismi), ma semplicemente perché lo afferma – apoditticamente - la norma nazionale.

Ma come è noto, l'abuso nell'utilizzo di contratti a termine, in questo caso, è conseguenza di una norma generale ed astratta che prescinde dall'esistenza di ragioni oggettive o da particolarità delle mansioni o del settore: ovvero proprio quello che la Corte di giustizia ha sempre ritenuto inaccettabile a giustificare la mancata applicazione della Direttiva, perché ne vanificherebbe lo scopo.

Si legge infatti sin dalla sentenza Angelidaki²⁷: «96 In tale contesto, come la Corte ha già avuto modo di rilevare, la nozione di «ragioni obiettive» ai sensi della clausola 5, n. 1, lett. a), dell'accordo quadro deve essere intesa nel senso che essa si riferisce a circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare, in tale peculiare contesto, l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi. Dette circostanze possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi i contratti in questione, dalle caratteristiche ad esse inerenti o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro (sentenze Adeneler e a., cit., punti 69 e 70, e 13 settembre 2007, causa C-307/05, Del Cerro Alonso, Racc. pag. I-7109, punto 53, nonché ordinanza Vassilakis e a., cit., punti 88 e 89). 97 Per contro, una disposizione nazionale che si limitasse ad autorizzare, in modo generale ed astratto attraverso una norma legislativa o regolamentare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato successivi, non sarebbe conforme a criteri come quelli precisati ai due punti precedenti (v. le precitate sentenze Adeneler e a., punto 71, e Del Cerro Alonso, punto 54, nonché l'ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 90). 98 Invero, una siffatta disposizione, di natura meramente formale e che non giustifica in modo specifico l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi con l'esistenza di fattori oggettivi relativi alle peculiarità dell'attività interessata e alle condizioni del suo esercizio, comporta un rischio concreto di determinare un ricorso abusivo a tale tipo di contratti e, pertanto, non è compatibile con lo scopo e l'effettività dell'accordo quadro (sentenza Adeneler e a., cit., punto 72, nonché ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 91)».

Certo, rimane il rispetto delle tradizioni degli Stati membri. L'art. 6 del Trattato di Lisbona prevede infatti che «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del [...] 12 dicembre 2007 [...], che ha lo stesso valore giuridico dei trattati». [...] «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.».

Resta però da chiedersi se una «tradizione» priva di una seria ragione oggettiva - a questo si ridurrebbe dunque la strenua difesa del feticcio del concorso – giustifichi il sottrarsi ad una normativa che ha in sé un valore sociale come quella dell'evitare abusi nel settore del lavoro.

²⁷ Del 23 aprile 2009, in causa C-378/07.

Si tratta solo di una provocazione, ovviamente. Ma vale forse la pena di approfondire ancora il problema.