

La saga infinita dei precari pubblici senza tutele: gli insegnanti di religione in Corte di giustizia EU

di Sergio Galleano¹

1. Il quadro generale sulla giurisprudenza sui precari pubblici

Con una nuova ordinanza, il Tribunale di Napoli ripropone ancora alla Corte di giustizia dell'Unione europea il problema, irrisolto a tutt'oggi, della tutela dei precari pubblici, nella specie riguardante i dipendenti della scuola, con particolare riferimento al settore degli insegnanti di religione e relativo alle misure sanzionatorie da adottarsi in ipotesi di abuso (nella specie reiterato ed ultrannuale) di contratti a termine.

Come vedremo, la questione affronta diversi aspetti, alcuni legati alla generale situazione dei precari pubblici, altri a quelli tipici del settore scolastico ed, infine, altri ancora, legati alla tipologia di insegnamento della religione cattolica.

Ricordiamo infatti che la saga a cui si fa riferimento nel titolo, nasce con l'approvazione della Direttiva UE n. 70 del 28 giugno 1999 che recepisce l'accordo quadro siglato da CES, UNICE e CEEP del 18 marzo 1999 sulla disciplina del contratto a termine il quale in primo luogo, partendo dal presupposto che «(...) 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»², dispone l'obbligo per gli Stati membri di adottare misure finalizzate a dissuadere dalla reiterazione dei contratti a termine senza giustificazione³, ritenuta fonte di abuso, e, in secondo luogo, vieta ogni discriminazione tra lavoratori impiegati a termine e lavoratori comparabili assunti a tempo indeterminato.

L'approvazione della Direttiva ha comportato effetti dirompenti nel settore pubblico, poiché la disciplina che dispone al fine di evitare gli abusi risulta applicabile indifferentemente dal fatto che il datore di lavoro sia una pubblica amministrazione od un privato: possono variare le misure, che comunque debbono essere equivalenti, dissuasive ed efficaci⁴ nell'un caso come nell'altro.

1 Avvocato del foro di Milano

2 V. il 6° considerando dell'accordo quadro recepito dalla Direttiva.

3 Il 7° considerando dell'accordo quadro afferma infatti: «7. considerando che l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato basata su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi;»

4 «energiche», giunge a dire la sentenza Mascolo del 26.11.14 (in causa C-33/13, EU:C:2014:2401) al punto 77, alquanto stizzita dalle inadempienze dello Stato italiano.

Ciò è tanto più vero in Italia, dove l'utilizzo dei contratti a termine nella pubblica amministrazione era del tutto ordinario⁵, vista l'inapplicabilità al settore esplicitamente prevista dalla legge 230 del 1962 ed in assenza di norme sovranazionali. Solo nel 1993, nel d.lgs. 29 del 1993, veniva per la prima volta stabilito, con l'art. 36, comma 8, un diritto al risarcimento del danno, norma pressoché mai utilizzata stante l'impossibilità oggettiva di quantificare tale danno, tanto che non è rinvenibile nelle banche dati nessuna sentenza che si sia pronunciata sul danno dovuto al lavoratore in conseguenza di un contratto a termine.

La questione iniziò a porsi quando il Pretore di Pisa, pur non facendo riferimento alla Direttiva da poco approvata e recepita, con l'ordinanza del 7 agosto 2002, sollevava la questione di costituzionalità dell'art. 36 del d.lgs. 165 del 2001 che vietava la conversione dei rapporti in ipotesi di illegittimità del termine (nella specie erano contratti ripetutamente reiterati), invocando quali parametri gli artt. 3 e 97 della Costituzione e facendo riferimento alla disciplina previgente della legge 230/1962 nel corso della quale si erano svolti i rapporti.

La Consulta, con la nota sentenza 89 del 2013⁶, che non a caso riguardava il personale scolastico, dichiarava *tranchant* infondata la questione affermando che l'art. 97 impediva *tout court* la costituzione di rapporti di lavoro con la pubblica amministrazione se non tramite concorso, senza neppure considerare che nella specie si trattava di personale ATA che si assume senza concorso, o per intervento del legislatore (ex art. 97, comma 3, *ratione temporis* vigente) che la Corte costituzionale consente in ipotesi «peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico», «che consentono al legislatore di derogare al principio costituzionale del concorso pubblico» (sent. 195/2010).

5 L'assunzione dei cd. "trimestrali" impiegati per anni nei Ministeri e negli enti pubblici come l'allora Amministrazione delle Poste e delle telecomunicazioni era la via ordinaria per venire assunti definitivamente attraverso i concorsi, debitamente predisposti, dopo svariati anni di precariato, senza contare gli enti locali.

6 V.: Barbieri E. M., *Rapporto di pubblico impiego privatizzato e lavoro a termine*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2003, num. 6, pag. 445; De Michele V., *L'insostenibile leggerezza della conversione del contratto a termine nel lavoro pubblico*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2010, num. 11, pag. 1108, Menghini L., *La conversione giudiziale dei rapporti precari con le p.a.: cadono molte barriere*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2011, num. 12, pag. 1239.

Ma la Direttiva, da poco entrata in vigore a seguito dell'approvazione della norma nazionale di attuazione, ovvero il d.lgs. 368 del 2001, già incombeva con l'imporre l'obbligo delle ragioni oggettive (che il ricordato art. 36 del d.lgs. 29 del 1993 aveva demandato alla contrattazione collettiva individuare) e, successivamente, la durata massima dei contratti o dei rinnovi.

Il Tribunale di Genova, infatti, con ordinanza del 21 gennaio 2004⁷, richiamando proprio la citata sentenza 89 del 2003, sollevava la questione pregiudiziale chiedendo alla Corte di giustizia dell'UE di pronunciarsi sulla compatibilità della normativa nazionale che non presentava serie misure preventive né sanzionatorie nel pubblico impiego.

Il caso concerneva la domanda giudiziaria di due cuochi di un'azienda ospedaliera pubblica "licenziati" dopo che avevano stipulato due successivi contratti a tempo determinato, i quali chiedevano al giudice del lavoro di dichiarare, sulla base del d.lgs. n. 368/01, la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'azienda ospedaliera e la condanna di quest'ultima al pagamento delle retribuzioni dovute e al risarcimento del danno subito.

La sentenza Marrosu e Sardino del 7 settembre 2006⁸ adotterà una linea "morbida"⁹, sostanzialmente facendo salva la disciplina nazionale che vietava la costituzione giudiziale di un rapporto a tempo indeterminato, anche in caso di reiterazione abusiva, ma avvertendo sin da allora che tale disciplina avrebbe dovuto comunque prevedere, in base al principio di equivalenza, «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»¹⁰.

7 V. C.A Costantino, nota a sentenza, in *Lav. Giur.* 2004, 885 e segg.

8 Sentenza Cristiano Marrosu + 1 c/ Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate, C-53/04, EU:C:2006:517. Sul punto v. Alessandra Miscione, *Il contratto a termine davanti alla Corte di Giustizia: legittimità comunitaria del d.lgs. 368 del 2001*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2006, 6, 1623;

9 Così V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, Ipsoa, 2009, pag. 175.

10 Così il dispositivo della sentenza.

Il monito della Corte di Giustizia UE non cadde inizialmente nel nulla: il governo di allora, intuendo le possibili conseguenze economiche della sentenza approntò un piano di stabilizzazione con i commi 519, 557 e 558 dell'art. 1 della legge finanziaria 296 del 2006 che prevedeva il progressivo assorbimento di gran parte del precariato pubblico. Il successivo governo, però, con il D.L. 112 del 2008 (cd., tristemente, "ammazzaprecari") bloccava repentinamente questo processo¹¹.

All'iniziale prudenza della sentenza Marrosu e Sardino farà così necessariamente seguito l'ordinanza Affatato¹² a seguito di questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Rossano il 21 dicembre 2009, che si concluderà in modo picaresco, nella migliore tradizione italiana. La Corte di Lussemburgo, infatti, chiuderà la causa con una sorta di "non luogo a procedere", recependo, al punto 48¹³, le osservazioni scritte del Governo italiano dove si affermava che l'art. 5 comma, 4 bis, del d.lgs. 165/2001 (ovvero la conversione del rapporto dopo 36 mesi di servizio) si applicava anche nel pubblico impiego. Ovviamente non si sa se sia trattato di una svista dell'Avvocatura o di una voce "dal sen sfuggita". Comunque sia resta il fatto che, da un lato, la risposta del 10 maggio 2010 (prot.E-2354/2010) della Commissione Ue all'interrogazione della parlamentare europea Rita Borsellino è nei seguenti termini: «non risulta che vi sia inadempimento alla direttiva 1999/70/CE e alla sentenza Adeneler, perché dalle informazioni assunte (nella causa Affatato) risulta l'applicazione da parte dell'Italia dell'art. 5 comma 4-bis d.lgs. n.368/2001 al pubblico impiego» e, dall'altro, l'affermazione dell'Avvocatura non trova riscontro alcuno a livello nazionale.

11 Piano poi ripreso nel 2013 dal Governo Letta ed indi nuovamente bloccato dal successivo Governo Renzi: sul punto v. De Michele, L'ordinanza pregiudiziale del Tribunale di Napoli sugli insegnanti di religione, tra applicazione diretta della Carta di Nizza e il rifiuto "decentrato di costituzionalità del Giudice delle leggi, in via di pubblicazione su Working papers - CSDLE - lex unict.it, in particolare, pag. 11.

12 Franco Affatato c/ Azienda sanitaria di Cosenza del 1° ottobre 2010, C-3/10, EU:C:2010:574.

13 Così il punto 48 dell'ordinanza: «A tale proposito, nelle sue osservazioni scritte il governo italiano ha sottolineato, in particolare, che l'art. 5 del d. lgs. n. 368/2001, quale modificato nel 2007, al fine di evitare il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico, ha aggiunto una durata massima oltre la quale il contratto di lavoro è ritenuto concluso a tempo indeterminato e ha introdotto, a favore del lavoratore che ha prestato lavoro per un periodo superiore a sei mesi, un diritto di priorità nelle assunzioni a tempo indeterminato. Inoltre, l'art. 36, quinto comma, del d. lgs. n. 165/2001, come modificato nel 2008, prevedrebbe, oltre al diritto del lavoratore interessato al risarcimento del danno subito a causa della violazione di norme imperative e all'obbligo del datore di lavoro responsabile di restituire all'amministrazione le somme versate a tale titolo quando la violazione sia dolosa o derivi da colpa grave, l'impossibilità del rinnovo dell'incarico dirigenziale del responsabile, nonché la presa in considerazione di detta violazione in sede di valutazione del suo operato.»

Così permanendo l'equivoco sul da farsi, interviene nuovamente la Corte di Lussemburgo, questa volta sollecitata dal Tribunale di Aosta, il quale dopo avere condannato la città di Aosta al pagamento di 15 mensilità di retribuzione a favore del lavoratore abusato per trent'anni quale direttore della banda musicale e si era visto riformare la sentenza dalla Corte di Torino con la motivazione che il danno non era stato provato.

Questa volta, Lussemburgo non lascia passare e, con l'ordinanza Papalia del 12.12.13¹⁴, il verdetto finale è duro: l'art. 36, non prevedendo né la trasformazione del rapporto e né un risarcimento congruo, osta alla Direttiva.

Nel frattempo, con quattro ordinanze di rimessione rese nel gennaio-febbraio 2013 il Tribunale di Napoli aveva sollevato altra questione pregiudiziale riguardante il personale della scuola (in tre casi) e del Comune di Napoli (una insegnante comunale negli asili nido) interrogando la Corte di giustizia dell'UE sulla mancanza di misure nel settore scolastico e precisando che, per l'insegnante dell'asilo nido, cui non si applica la normativa della scuola, aveva già provveduto a riqualificare il rapporto a tempo indeterminato.

Poco dopo, a seguito della discussione in Corte costituzionale, tenutasi il 23 marzo 2013 su questioni di costituzionalità analoghe, sempre relative al settore scolastico, sollevate dal Tribunale di Roma e di Lamezia terme, la Consulta, per la prima volta, assume un ruolo giurisdizionale con l'ordinanza 207 del 18 luglio 2013¹⁵ e si affianca alle ordinanze del Tribunale di Napoli, sollevando la questione di compatibilità dell'art. 4, comma 1, della legge 3 maggio 1999, n. 124 che consentiva la reiterazione infinita di contratti a termine dei docenti con la normativa europea.

14 Rocco Papalia c/ Comune di Aosta, C-50/13, EU:C:2013:873.

15 V.: A. Adinolfi, *Una "rivoluzione silenziosa": il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana in un procedimento incidentale di legittimità costituzionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, num. 4, pag. 1249. A. Barbera, *La Carta dei Diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it, 2017, num. 4; V. De Michele, *Le ordinanze pregiudiziali Ue della Corte costituzionale, della Cassazione e dei Tribunali di Aosta e Napoli sugli abusi permanenti del legislatore nella successione delle discipline che dovrebbero regolare i contratti a tempo determinato*, in www.europeanrights.eu, 2013; A.M. Perrino, *Nota a Corte cost., ord. n. 207/2013*, in *Il Foro italiano*, 2013, parte I, pag. 3059.

Il procedimento incidentale a Lussemburgo si concluderà con la nota sentenza Mascolo del 24 novembre 2014¹⁶ con la quale, in primo luogo (punto 55¹⁷) si riterrà corretta la decisione di riqualificare il rapporto dell'insegnante di asilo e che la normativa del settore scolastico osta alla Direttiva.

16 Corte giust. 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-418/13 Mascolo, Forni, Racca, Napolitano ed altri contro Miur, nonché C-63/13 Russo contro Comune di Napoli, con l'intervento di Cgil, Flc-Cgil e GildaUnams nella causa Racca C-63/13, EU:C:2014:2124; su cui cfr. M. Aimo, I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico, 2015, in WP C.S.D.L. E. "Massimo D'Antona".IT; L. Calafà, Il dialogo multilevel tra le Corti e la "dialettica prevalente": le supplenze scolastiche al vaglio della Corte di giustizia, in Riv. it. dir. lav., II, 2015, 336 ss.; P. Coppola, Breve commento alla sentenza Mascolo della Corte di giustizia, 2015, in europeanrights.eu; M. De Luca, Un gran arrêt della Corte di giustizia dell'Unione europea sul nostro precariato scolastico statale: il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta, non comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la non applicazione della normativa interna confliggente (prime note in attesa dei seguiti), in Lav. pubb. amm., 2014, 499 ss.; V. De Michele, L'interpretazione "autentica" della sentenza Mascolo-Fiamingo della Corte di giustizia UE sulla tutela "energica" del lavoro flessibile alle dipendenze di datori di lavoro pubblici e privati, in europeanrights.eu, 10 gennaio 2015; id, La sentenza Mascolo della Corte di giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno, ibidem, 11 novembre 2015; F. Ghera, I precari della scuola tra Corte di giustizia, Corte costituzionale e Giudici comuni, in Giur. cost., 2015, 158 ss.; S. Galleano, La sentenza Mascolo sulla scuola rischia di avere effetti clamorosi per il precariato degli altri enti pubblici, in europeanrights.eu, 8 gennaio 2015; R. Irmici, La sentenza Mascolo della Corte di giustizia dell'Unione europea e lo strano caso del giudice del rinvio pregiudiziale che immette ma non converte, in Nov. dir. amm., 2015, 2, 177 ss.; L. Menghini, Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?, in Riv. it. dir. lav., 2015, II, 343 ss.; M. Miscione, Il Tribunale di Napoli immette in ruolo i precari della Pubblica Amministrazione, in Quot. giur., 5 gennaio 2015, n. 5; R. Nunin, "Tanto tuonò che piovve": la sentenza "Mascolo" sull'abuso del lavoro a termine nel pubblico impiego, in questa Rivista, 2015, 146 ss.; A.M. Perrino, La Corte di giustizia come panacea dei precari?, in Foro it., 2014, II, 93 ss.; V. Pinto, Il reclutamento scolastico tra abuso dei rapporti a termine e riforme organizzative, in Lav. pubb. amm., 2015, 915 ss.; G. Santoro Passarelli, Contratto a termine e temporaneità delle esigenze sottostanti, in Arg. dir. lav., 2015, 189 ss.; N. Zampieri, Sulle conseguenze nel lavoro pubblico della violazione delle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 368/2001, in materia di assunzioni a tempo determinato, dopo le pronunce Affatato, Carratù, Papalia e Mascolo della CGUE, in Ris. um., 2015, 2, 213 ss.

17 Così il punto 55: Lo stesso Tribunale di Napoli, infatti, constata, nella sua ordinanza di rinvio nella causa C63/13, che la ricorrente nel procedimento principale beneficia, a differenza delle ricorrenti nei procedimenti principali nelle cause C22/13, C61/13 e C62/13, dell'applicazione dell'articolo 5, comma 4bis, del decreto legislativo n.368/2001, disposizione che prevede la trasformazione dei contratti a tempo determinato successivi di durata superiore a 36 mesi in contratto di lavoro a tempo indeterminato. Da tale constatazione detto giudice rileva, giustamente, che la citata disposizione costituisce una misura che, nei limiti in cui previene il ricorso abusivo a siffatti contratti e

A tale sentenza ha poi fatto seguito, oltre alla conversione dei rapporti, disposta dal giudice rimettente anche per i docenti scolastici, la nota legge della "buona scuola" del 2015 (che non ha assolutamente risolto il problema del precariato scolastico) e la pronuncia della Corte costituzionale 187 del 2016¹⁸ che ha adottato un atteggiamento sin troppo prudente in merito alla mancata previsione di un piano di stabilizzazione generale che è limitato alle graduatorie ad esaurimento¹⁹, limitandosi a prendere atto delle decisioni del parlamento sulla scuola ed a dichiarare la incostituzionalità dell'art. 4, commi 1 e 11, della legge 194 del 1999, pur plaudendo all'operata, parziale stabilizzazione.

Con la conseguenza che si è certamente persa un'occasione per sistemare la caotica situazione nel pubblico impiego, tuttora caratterizzata dalla persistenza di sacche enormi di precariato.

implica l'eliminazione definitiva delle conseguenze dell'abuso, è conforme ai requisiti derivanti dal diritto dell'Unione (v., in particolare, sentenza Fiamingo ea., C362/13, C363/13 e C407/13, EU:C:2014:2044, punti 69 e 70, nonché giurisprudenza ivi citata).

18 V.: Calvano R. , *"Cattivi consigli" sulla "buona scuola"? La Corte esclude il risarcimento del danno per i docenti precari della scuola in violazione della sentenza della Corte di Giustizia sul caso Mascolo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it, 2016, num. 4; Chietera F., *L'incerto cammino del precariato non scolastico verso la stabilizzazione*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2017, num. 1, pag. 5; De Michele V. e Galleano S., *La sentenza "Mascolo" della Corte costituzionale sui precari della scuola*, in www.europeanrights.eu, 2016; Putaturo Donati F. M., *Precariato pubblico, effettività della tutela antiabusiva e nuova questione di legittimità costituzionale*, in *ADL: argomenti di diritto del lavoro*, 2017, num. 1, pag. 65; Perrino A. M. , *Pot-pourri di precetti, sanzioni e riparazioni: l'incontenibile universo del contratto a termine*, in *Il Foro italiano*, 2016, num. 10, parte I, pag. 3034.

19 Sul punto si rinvia a V. De Michele, *L'ordinanza pregiudiziale del Tribunale di Napoli sugli insegnanti di religione, tra applicazione diretta della Carta di Nizza e il rifiuto "decentrato" di costituzionalità del Giudice delle leggi*, cit., in particolare pag.18, dove si rilevano le contraddizioni conseguenti all'avere limitato le stabilizzazioni alle sole graduatorie ad esaurimento.

Ed a poco è servito l'intervento delle Sezioni unite della Cassazione con la sentenza 5072/2016²⁰ che si sono "inventate" l'omeopatico "danno comunitario", esentato dall'onere della prova dell'illecito, ma gravando il lavoratore di quella del danno "ulteriore" costituito dal perdita di chance, fattispecie che fa invidia alla pietra filosofale.

E poco ha anche inciso la ambigua sentenza della Corte di giustizia EU Santoro dell'8 marzo 2018²¹, che pur precisando il diritto ad un risarcimento adeguato, di fatto, salva la pronuncia delle Sezioni unite 5072/2016, dando immeritato credito all'Italia, visto che «[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»²², circostanza subito smentita da tutte le pronunce sinora intervenute, salvo un timido accenno in recenti pronunce della Cassazione che fanno riferimento a «procedure selettive superate dalla lavoratrice, con riferimento ad alcuni contratti della serie, potessero rientrare nella sostanza essere configurate come procedure concorsuali pubbliche del tipo richiesto per le mansioni in concreto svolte dalla lavoratrice e quindi nascondere una predeterminazione utilitaristica del comportamento datoriale, così potendo assumere rilievo quanto meno ai fini di un risarcimento ulteriore a quello di cui all'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010 (se, come al solito, adeguatamente provato dall'interessata)»²³.

20 Cass., SS.UU., 15 marzo 2016, n. 5072, in Mass. Giur. lav., 2016, 590 ss., con nota adesiva di A. Vallebona e con nota critica di F. Putaturo Donati, PA e contratti a termine illegittimi: note critiche sul riconoscimento del danno (extra)comunitario, *ivi*, 2016, 606 ss.; M. De Luca, Precariato pubblico: condizionalità eurounitaria per divieti nazionali di conversione, in WP CSDL E "Massimo D'Antona".INT, n. 134/2017; Id., Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego, in questa Rivista, 2016, 1053 ss.; V. De Michele, Alla ricerca della tutela effettiva dei precari pubblici in Europa e in Italia, in *Labor*, 2017, 4, 415-434. Cfr., in senso adesivo, Cass., SS.UU., sentenze 14 marzo 2016, nn. 4911, 4912, 4913 e 4914 senza motivazione e con rimando alla successiva sentenza n. 5072/2016; in termini, Cass., VI Sez. L, ordd. nn. 6632/2017 e successive sino ad oggi.

21 V. De Michele, L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sui diplomati magistrali e la sentenza Santoro della Corte di giustizia sui precari siciliani: la tutela eurounitaria supplisce all'assenza (temporanea) dello Stato di diritto e dell'Europa dei diritti, *Europeanrights.eu*, 01.03.2018.

22 Sentenza Giuseppa Santoro c/ Comune di Valderice, C-494/16, EU:C:2018:166, punto 49.

23 Così L. Tria, Le recenti tappe di lungo cammino, relazione al convegno di Foligno del 01.02.19, Contratti di lavoro a termine e rimedi: lo stato dell'arte

Situazione ancor più caotica nella scuola, appesantita da una normativa complessa e, spesso, contraddittoria, come confermano recenti vicende, che, per di più vedono, spesso del tutto impropriamente e ostinatamente investita la magistratura amministrativa, del tutto impreparata in un materia delicata e complessa come quella scolastica, con conseguenze paradossali, come accaduto nella vicenda dei diplomati magistrali dove il Consiglio di Stato²⁴ ha reso decine di sentenze ed ordinanze favorevoli ai docenti e poi, improvvisamente, su evidenti pressioni del MIUR, si è rimangiato in adunanza plenaria le precedenti decisioni, lasciando nel caos più completo migliaia di persone che a breve rischiano di rimanere senza lavoro, dopo anni di servizio, magari dopo avere abbandonato altri impieghi.

A ciò si aggiunga infine, in generale, l'intervento fatto dal governo Renzi con la legge Madia (d.lgs. 75 del 2015) la quale pur ponendo le basi giuridiche (ed in parte anche economiche) per la stabilizzazione di tutto il precariato pubblico (in buona parte effettivamente assorbito) è portatore di un contraddittorio omaggio al feticcio del concorso, consentendo la stabilizzazione a discrezione dell'amministrazione utilizzatrice e colpevole dell'abuso.

In questa complessa situazione si inserisce l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Napoli, limitata ad una piccola platea di insegnanti²⁵ ma che involge problemi di tutta la categoria.

2. il quadro giuridico del rapporto tra i giudici nazionali e le alte corti

Prima di affrontare il merito dell'ordinanza, sono necessarie tre ulteriori premesse per contestualizzare il provvedimento adottato dal Tribunale di Napoli.

La prima riguarda la recente sentenza della Corte di giustizia UE Sciotto del 25 ottobre 2018²⁶.

nella giurisprudenza di legittimità.

24 Sentenza in adunanza plenaria n. 11 del 2017. Su cui vedi: V. De Michele, L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sui diplomati magistrali e la sentenza Santoro della Corte di giustizia sui precari siciliani: la tutela eurounitaria supplisce all'assenza (temporanea) dello Stato di diritto e dell'Europa dei diritti

25 Piccola per modo di dire, visto che si tratta di oltre 25.000 persone.

26 Martina Sciotto c/ Fondazione del teatro dell'Opera di Roma, in causa C-331/17, EU:C:2018:859, su cui vedi V. De Michele, La sentenza Sciotto della Cgue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel dialogo con la Consulta, Europeanrights.eu, 15.11.18.

Dopo alcune pronunce poco chiare (nonostante gli inviti fatti dai difensori delle parti lavoratrici in sede di osservazioni scritte e di discussione ad una maggiore determinazione nelle indicazioni da dare ai giudici remittenti tenuto conto del quadro giurisprudenziale italiano) come la Santoro di cui si è parlato e la Motter del 20 settembre 2018²⁷, la Corte di Lussemburgo ha finalmente reso una pronuncia chiara ed inequivocabile.

Interrogata sulle misure che il giudice nazionale può applicare nell'ipotesi in cui in un settore (lì si parlava di Enti lirici, soggetti privati ai quali però si applica una disciplina limitativa per i contratti a termine con effetti pressoché identici a quelli pubblici) in cui l'abuso nell'utilizzo dei contratti a termine resta privo di sanzioni, la Corte di giustizia UE ha chiarito che: «la clausola 5 dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in forza della quale le norme di diritto comune disciplinanti i rapporti di lavoro, e intese a sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato tramite la conversione automatica del contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato se il rapporto di lavoro perdura oltre una data precisa, non sono applicabili al settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche, qualora non esista nessun'altra misura effettiva nell'ordinamento giuridico interno che sanzioni gli abusi constatati in tale settore».

Per la prima volta, peraltro, la Corte si spinge a chiarire che la clausola 4 della direttiva n. 70 del 1999 riguarda anche le differenze di trattamento tra lavoratori a tempo determinato (che possono venire stabilizzati), non limitando la valutazione di comparabilità ai soli lavoratori a tempo indeterminato (come invece aveva fatto la Carratù²⁸).

27 Chiara Motter c/ provincia autonoma di Trento, C. 466/17, EU:C:2018:758: in questa causa si parlava dell'incidenza del superamento del concorso come questione rilevante a giustificare la disparità di trattamento nel conteggio dell'anzianità di servizio calcolata in misura minore per i precari stabilizzati per lo scorrimento delle graduatorie ai sensi dell'art. 485 della legge 297/1994. Questa questione verrà trattata in udienza pubblica in Cassazione il 17 aprile 2019.

28 Carmela Carratù c/ Poste italiane, sentenza del 12 dicembre 2013 in causa C-361/12, EU:C:2013:830, su cui vedi V. De Michele, La sentenza "integrata" Carratù- Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari, europeanrights.eu, 16/01/2014.

Il presidente del collegio a tre giudici che ha deciso la causa era Koan Lenaerts, che è il presidente della Corte di giustizia stessa e che normalmente presiede la grande sezione e non certo un normale collegio giudicante (infatti nella sentenza è indicato come presidente "facente funzioni"). Ciò significa un certo interesse dalla Corte alle vicende italiane sui contratti a termine, soprattutto nel pubblico impiego, al fine di rendere chiarezza sull'interpretazione del diritto europeo da parte dei giudici nazionali.

E, come si vede dalla semplice lettura del dispositivo, la Corte questa volta è stata molto chiara: la mancanza di (serie) sanzioni autorizza il giudice nazionale ad adottare quella comune disposta per la generalità degli altri lavoratori a termine, ovvero la conversione del rapporto a tempo indeterminato ai sensi dell'art. 5 comma 4 bis del d.lgs. 368/2001, ora art. 19 del d.lgs. 81 del 2015.

La seconda premessa riguarda lo stato di tensione che aleggia tra le posizioni della Corte costituzionale e quella della Corte di cassazione. Come è ampiamente spiegato in altri interventi, ai quali si rinvia per ulteriori approfondimenti e richiami²⁹, la Corte costituzionale, con la sentenza 269 del 2017 da indicazioni abbastanza precise circa l'opportunità di rinvii pregiudiziali in Corte di giustizia EU³⁰, in sostanza affermando che, nel caso di norme europee non direttamente applicabili (non *self executing*), il giudice nazionale sarebbe tenuto a sottoporre la questione in via prioritaria alla Consulta utilizzando come parametri gli artt. 11 e 117 Costituzione.

29 V.: V. De Michele, La Carta e le Corti: una riflessione sul ruolo della Corte costituzionale dopo la sentenza Bauer, su *Europeanrights*, 15.01.19; S. Galleano, La discriminazione per età di nuovo in Corte di giustizia Ue: l'ordinanza 13678/2018 della sezione lavoro della Corte di cassazione, su *Europeanrights*, 15.01.19 e G. Bronzini, La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?, in *Questionegiustizia.it*, 4 marzo 2019, fasc. 4/2018.

30 Su questa pronuncia v.: Antonio Ruggeri, Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione *self-executing* (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017), per g.c. della Rivista di Diritti Comparati; Corrado Caruso, La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017, per g.c. del Forum di Quaderni Costituzionali; Luigi Salvato, Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269/2017, per g.c. del Forum di Quaderni Costituzionali; Andrea Guazzarotti, Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269/2017, per g.c. del Forum di Quaderni Costituzionali; Roberto Conti, La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura, per g.c. del Forum di Quaderni Costituzionali; Gino Scaccia, L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi, per g.c. del Forum di Quaderni Costituzionali; Diletta Tega, La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei, per g.c. del Forum di Quaderni Costituzionali; Lucia Serena Rossi, La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter 'creativi' (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea, per g.c. di *Federalismi.it*; Massimo Luigi Ferrante, La vicenda "Taricco" e la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, per g.c. di *Dirittifondamentali.it*; Michele Nisticò, Taricco II: il passo indietro della Corte di giustizia e le prospettive del supposto dialogo tra le Corti, per g.c. dell'Osservatorio Costituzionale AIC; Roberto Conti, Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017, per g.c. della Rivista di Diritti Comparati; Alessia-Ottavia Cozzi, Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali, per g.c. del Forum di Quaderni Costituzionali; Adele Anzon Demmig, La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei "controlimiti", per g.c. del Forum di Quaderni Costituzionali.

Questa limitazione posta al giudice nazionale non è stata ben gradita alla cassazione la cui seconda sezione civile, con ordinanza 3831 del 16 febbraio 2018 ha sollevato questione di costituzionalità di due disposizioni del d.lgs. 58/1998 (TUF), entrambe sospettate di violare diverse disposizioni sia della CDFUE che della Costituzione.

La seconda sezione, peraltro, precisa che, per il caso che le disposizioni sospettate di illegittimità costituzionale superino il vaglio della Corte costituzionale, si riserva l'eventualità di attivare essa il rinvio pregiudiziale ex art. 267 Tfu (ove già non attivato dalla Corte costituzionale nel giudizio incidentale), sottolineando il proprio dovere «dare al diritto dell'UE un'applicazione conforme alla decisione conseguentemente adottata dalla Corte di Giustizia».

Si trattava quindi di un'ordinanza definita "di sfida"³¹ alla Corte, ipotizzando che il dialogo tra la Cassazione e la Corte costituzionale possa trasformarsi in un dialogo a tre, allorquando, in ipotesi di rigetto della questione di costituzionalità, entri in gioco anche la Corte europea UE attraverso un'ordinanza di rimessione da parte della Cassazione in sede di rinvio.

Ancora la Cassazione, sezione lavoro, con l'ordinanza 13678 del 2018, ha invece scelto una posizione più drastica, ovvero la rimessione diretta alla Corte di Lussemburgo, "saltando" il passaggio raccomandato alla Consulta in una ipotesi di discriminazione per età³² ponendosi così in aperto contrasto con la Consulta, così come la sentenza 12108 del 17 maggio 2018 che disapplica, senza sollevare l'incidente di costituzionalità, l'art. 3, comma 7 del D.L. 30 aprile 2010, n. 64 (Disposizioni in materia di personale dipendente dalle fondazioni lirico-sinfoniche), il quale, consentendo date diverse tra uomo e donna nel collocamento a riposo, introduceva una discriminazione diretta fondata sul sesso vietata dall'art. 14, paragrafo 1, lett. c), della direttiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006.

La sezione lavoro, nell'ordinanza 13678/2018 giustifica la sua scelta con due ragioni.

31 V. A Cosentino (peraltro anche estensore dell'ordinanza di rimessione), Il dialogo fra le Corti e le sorti (sembra non magnifiche, né progressive) dell'integrazione europea, in *Questione giustizia*, 3/2018, il quale riferisce che l'espressione è di L.S. Rossi in *Il "triangolo giurisdizionale"* e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana, in *Federalismi.it*, <https://bit.ly/2N2r4LA>.

32 Sul punto v. S. Galleano, La discriminazione per età di nuovo in Corte di giustizia Ue: l'ordinanza 13678/2018 della sezione lavoro della Corte di cassazione, cit.

La prima, incontestabile, è che l'“invito” ai giudici italiani fatto dalla Consulta sia un *obiter dictum* che come tale – è noto – non li vincola nelle loro decisioni.

La seconda ragione, secondo l'ordinanza della cassazione, è che la sentenza 296/2017 (al punto 5.2 della motivazione) avrebbe fatto comunque salvo il potere del giudice ordinario di disporre rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)³³.

La consulta dopo questa presa di posizione della cassazione, sembra avere temperato le indicazioni perentoria della 269/2017 con la recente pronuncia 20 del 2019 dove, in alcuni passaggi, il nuovo intervento della Corte costituzionale sembra in qualche modo tener conto dei rilievi sollevati dalla Cassazione al precedente *obiter* ma coglie l'occasione per ampliare ancor di più il proprio ruolo a “scapito” delle prerogative del giudice nazionale.

Nella specie, infatti, il caso concerneva la normativa nazionale sulla *privacy* relativa all'obbligo delle Pubbliche amministrazioni di pubblicare sui siti istituzionali la documentazione attestante i compensi (ed i rimborsi) ricevuti dai dirigenti pubblici per l'espletamento dei loro incarichi e financo le dichiarazioni relative ai dati reddituali e patrimoniali degli stessi e dei loro familiari

Il Tar del Lazio sollevava quindi un incidente di costituzionalità nel quale, oltre la violazione di alcuni parametri costituzionali interni (artt. 2, 3, 13 e 117 Cost.), prospettava il contrasto con gli artt. 7, 8, 52 della Carta dei diritti Ue, dell'art. 8 Cedu e di varie norme della direttiva 95/46/CE sul trattamento dei dati personali (ora sostituita dal Regolamento 2016/679/UE).

³³ Sul punto vedi però S. Galleano, *La discriminazione per età di nuovo in Corte di giustizia ...*, cit.

Come è stato osservato³⁴, in quel caso «[s]i tratta peraltro di precedenti risalenti ad un'epoca nella quale la Carta dei diritti era ancora priva di effetti vincolanti e quindi il Tar si preclude anche la possibilità di accertare se gli artt. 7 e 8 della Carta siano applicabili direttamente ed ex se (eventualmente sulla base di accertamenti di fatto rimessi per loro natura al giudice ordinario), questione che può essere deliberata solo dalla Corte di giustizia che gode del monopolio esclusivo nell'interpretazione del diritto dell'Unione (e quindi *a fortiori* di quello primario come la Carta). Il punto è che la Corte delle leggi ha seguito in tutto e per tutto l'impostazione del Tar mentre certamente era possibile anche d'ufficio rettificarla ed eventualmente sollevare un rinvio pregiudiziale per porre alla Corte del Lussemburgo quelle domande che allo stato risultano inevase come si dirà più avanti. La Corte costituzionale si è in effetti impadronita del "caso" come occasione per ritornare sulla 269 precisando ulteriormente i contorni dell'indicazione già offerta al giudice ordinario della preferibilità dell'incidente di costituzionalità sul rinvio pregiudiziale, anche se con qualche salvaguardia in più del circuito giudiziario sovranazionale "Corte di giustizia-giudici comuni". Dal complesso della motivazione della sentenza non si evince se la Corte delle leggi alla fine condivide l'idea del Tar secondo la quale la direttiva del 95 non sarebbe sul punto in questione direttamente applicabile né se ciò si possa dire degli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti avendo eliminato parzialmente una delle due norme impugnate alla luce della violazione del principio di ragionevolezza integrato dal richiamo alla giurisprudenza delle Corti europee, il che lascia scoperta tale questione per la norma non dichiarata incostituzionale e per l'aspetto considerato legittimo dell'altra disposizione ritenuta in parte contraria a Costituzione».

Come si vede, quindi, il "dialogo" continua e ci vorrà tempo perché si giunga ad un definitivo chiarimento sui rispettivi ruoli.

Il Tribunale di Napoli, invece, che si pone sullo stesso piano della cassazione, disattendendo l'invito della Consulta, non ha neppure giustificato la scelta operata: semplicemente ha ignorato il problema.

34 G. Bronzini, La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale..., cit.

La terza ed ultima premessa riguarda la pronuncia 248 del 2018³⁵ della Corte costituzionale che aveva a oggetto la richiesta di abrogazione delle norme di cui all'art.3, 6, commi 5, 5-ter, 5-quater, d.lgs. n.165/2001 e all'art.10, comma 4-ter, d.lgs. n.368/2001, le quali impedivano non solo la conversione dei rapporti ma, disponendo l'inapplicabilità dell'intero decreto di attuazione della Direttiva UE 1999/70, impedivano ogni misura di tutela nei confronti dei precari della sanità abusati.

La Consulta, nonostante fosse stata invitata a sollevare questioni pregiudiziali come già aveva fatto con il settore scolastico, si è appiattita sui principi stabiliti nella ormai arcaica sentenza 89 del 2003.

Afferma infatti la Corte costituzionale, al punto 10 delle motivazioni:

«Difatti, se da una parte, non può che confermarsi l'impossibilità per tutto il settore pubblico di conversione del rapporto da tempo determinato a tempo indeterminato – secondo la pacifica giurisprudenza euro-unitaria e nazionale –, dall'altra sussiste una misura sanzionatoria adeguata, costituita dal risarcimento del danno nei termini precisati dalla Corte di cassazione».

La Corte costituzionale, dunque, «dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 4-ter, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 (Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES), e dell'art. 36, commi 5, 5-ter e 5-quater, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), sollevate, in riferimento, nel complesso, agli artt. 3, 4, 24, 35, primo comma, 97, quarto comma, 101, secondo comma, 104, primo comma, 111, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, in relazione alla clausola 4, punto 1, e alla clausola 5, punti 1 e 2, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEP sul lavoro a tempo determinato, e all'art. 4, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione europea, dal Tribunale ordinario di Foggia, in funzione di giudice del lavoro, con l'ordinanza in epigrafe».

35 Corte cost., Pres. Lattanzi, Est. Coraggio, sentenza 27 dicembre 2018, n.248.

La sentenza risulta decisa in camera di consiglio lo stesso giorno della discussione, ovvero due giorni prima del deposito della sentenza Sciotto della Corte europea, la cui imminenza era stata rappresentata nella discussione e gli atti – comprese le conclusioni dell'Avvocato generale in Corte di giustizia UE, poi integralmente accolte dalla Corte – erano stati allegati al fascicolo.

Evidente, quindi, la posizione di chiusura della Corte costituzionale contraddittoria con altre pronunce precedenti, tra le quali ricordiamo ancora l'ordinanza di rimessione a Lussemburgo dell'ordinanza 207 del 2013, la sentenza 260 del 2015 sugli Enti lirici³⁶ e la sentenza 187 sulla scuola, dove si legge « 18.1.– Per i docenti, si è scelta la strada della loro stabilizzazione con il piano straordinario destinato alla «copertura di tutti i posti comuni e di sostegno dell'organico di diritto». Esso è volto a garantire all'intera massa di docenti precari la possibilità di fruire di un accesso privilegiato al pubblico impiego fino al totale scorrimento delle graduatorie ad esaurimento, secondo quanto previsto dal comma 109 dell'art. 1 della legge n. 107 del 2015, permettendo loro di ottenere la stabilizzazione grazie o a meri automatismi (le graduatorie) ovvero a selezioni blande (concorsi riservati). In tal modo vengono attribuite serie e indiscutibili chances di immissione in ruolo a tutto il personale interessato, secondo una delle alternative espressamente prese in considerazione dalla Corte di giustizia. La scelta è più lungimirante rispetto a quella del risarcimento, che avrebbe lasciato il sistema scolastico nell'attuale incertezza organizzativa e il personale in uno stato di provvisorietà perenne; una scelta che – va sottolineato – richiede uno sforzo organizzativo e finanziario estremamente impegnativo e che comporta un'attuazione invero peculiare di un principio basilare del pubblico impiego (l'accesso con concorso pubblico), volto a garantire non solo l'imparzialità ma anche l'efficienza dell'amministrazione (art. 97 Cost.)».

Evidentemente la lungimiranza si è persa per strada, ma non solo.

Nell'ordinanza di rimessione era stata dedotta anche la natura discriminatoria dell'esclusione dalla riqualificazione dei rapporti dei dipendenti della sanità rispetto agli altri casi in cui questa era stata ripetutamente disposta – e approvata – come nella scuola ed in molti altri settori, ad libitum ed in totale assenza delle ricordate «peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico».

36 V.: G. Maggi, *Enti lirici. La sentenza della Corte costituzionale n. 260 del 2015: lettura interpretativa e riflessi sui contenziosi pendenti*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2016, num. 2, pag. 73; L. Menghini, *Fondazioni lirico-sinfoniche e contratti di lavoro a termine*, in *Rivista giuridica del*

Diversamente si era invece espressa nella sentenza n.111/2017³⁷, in materia di discriminazione sulle condizioni di lavoro per l'accesso alla pensione di vecchiaia tra uomini e donne, dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale, invitando il giudice ad applicare il diritto dell'Unione

In quel caso la Corte costituzionale non pare abbia avuto dubbi sull'applicazione diretta dell'art.21 della Carta dei diritti fondamentali Ue, parametro interposto espressamente evocato dal giudice del rinvio costituzionale, ma aveva anche richiamato la direttiva antidiscriminatoria 2006/54/CE, che si applica direttamente in materia di trattamenti pensionistici nel pubblico impiego, che operano come retribuzione differita³⁸ e sono considerati condizioni di lavoro nell'ambito di applicazione del diritto Ue, primario e derivato.

Ed ancora, la Corte costituzionale 248/2018 non ha ritenuto di considerare, neppure per contestarla, la più recente giurisprudenza della cassazione la quale, con l'ordinanza 25728/2018³⁹ (ora confermata dalla successiva ordinanza 4952/2019 di un collegio in medesima composizione), aveva indicato in sede di rinvio, ai fini della valutazione della domanda di conversione del rapporto a tempo indeterminato, il superamento di un concorso, proprio per quel posto, quale elemento determinante per la decisione. Ebbene, anche la medesima circostanza era stata posta a fondamento dell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale da parte del Tribunale di Foggia con riferimento ai lavoratori dell'Istituto zooprofilattico al quale erano rivolte le domande di riqualificazione del rapporto.

3. L'oggetto dell'ordinanza qui in commento

Fatte tutte queste premesse, indispensabili per comprendere il contesto dal quale nasce la scelta del giudice di Napoli, possiamo quindi venire al merito del provvedimento.

lavoro e della previdenza sociale, 2016, num. 2; A.M. Perrino, *Nota a Corte cost., sent. n. 260/2015*, in *Il Foro italiano*, 2016, num. 1, pag. 1; V. De Michele, *Le ragioni oggettive "retroattive" del contratto a termine nella sentenza n. 260/2015 della Corte costituzionale*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2016, num. 2, pag. 151.

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

38 Cfr. Corte di giustizia Ce, Commissione europea c/ Repubblica italiana, 13 novembre 2008, causa C-46/07, EU:C:2008:618 sulla discriminazione tra uomo e donna in materia pensionistica.

39 Cass. 25728 del 25 ottobre 2018, Pres. Napoletano, est. Tria.

I lavoratori che si erano rivolti al Tribunale napoletano erano tutti insegnanti di religione con periodi di lavoro dal 1° settembre al 31 agosto – dunque su posti vacanti o, come si dice nel settore, su “organico di diritto”⁴⁰ - per più di trentasei mesi (alcuni per oltre trent’anni).

Tutti erano stati assunti legittimamente per scorrimento delle graduatorie regionali speciali delle diocesi cattoliche alle quali seguiva l’assunzione da parte del dirigente scolastico, su indicazione dell’ordinario diocesano.

Una volta assunti, il rinnovo dei loro contratti, che avveniva, come si è detto, senza soluzione di continuità, è previsto dall’ordinamento scolastico.

La legge 106 del 2003 prevedeva il concorso ogni tre anni per gli insegnanti di religione cattolica, ma l’unico effettuato risale, appunto, al 2003 (la mancanza di concorsi ricorre in tutto l’universo del precariato pubblico).

I ricorrenti avevano quindi chiesto la riqualificazione del loro rapporto ed il risarcimento dei danni.

Nell’ordinanza il giudice ricorda che nel pubblico impiego l’ordinamento nazionale prevede la trasformazione del rapporto a tempo determinato in uno a tempo indeterminato, come stabilisce la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Cassazione, non applicandosi al settore scolastico la normativa comune di cui all’art. 5 comma 4 bis del d.lgs. 368 del 2001, ora 19 del d.lgs. 81 del 2015.

Più in particolare, poi, viene riassunta la normativa che regola il rapporto degli insegnanti di religione che prevede:

- che gli incarichi sono conferiti d’intesa con la diocesi;
- che per partecipare ai concorsi (ove ne fossero stati indetti) occorre il parere positivo del diocesano ed è possibile concorrere solo per i posti disponibili nel territorio di pertinenza della diocesi;
- il mantenimento del posto di lavoro è subordinato all’assenza di revoca dall’idoneità, stabilita *ad libitum* della diocesi.

Correttamente, sulla base di questi presupposti, il giudice rileva come la loro situazione sia di assoluto precariato non prevedendo neppure la possibilità di assunzione mediante scorrimento delle graduatorie.

40 Sulla questione dell’organico “di diritto” e quello “di fatto” nella scuola, vedi S. Galleano, La Corte di cassazione sulla scuola. Sintomi di criticità con la normativa europea?, su europeanrights, 12/01/2018.

Tanto osservato, il giudice riporta le decisioni della Corte europea Sciotto e della Corte costituzionale 248 del 2018, che si sono sopra illustrate, per evidenziare la necessità di chiarimenti al fine di risolvere la controversia con un provvedimento che sia conforme alla normativa dell'Unione.

Formula quindi i seguenti quesiti:

«1) Se il diverso trattamento riservato ai soli insegnanti di religione cattolica, quali gli istanti, costituisca discriminazione per motivi religiosi, ai sensi dell'art 21 della Carta di Nizza e della direttiva 2000/78/ce ovvero se la circostanza che idoneità già in possesso del lavoratore possa essere revocata sia ragione giustificatrice idonea perché solo gli insegnanti di religione cattolica, quali gli istanti, siano trattati diversamente dagli altri docenti, non beneficiando di alcuna misura ostativa prevista dalla Clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato stipulato il 18 marzo 1999, figurante nell'allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato;

2) In ipotesi di ritenuta sussistenza di discriminazione diretta, ai sensi dell'art 2, paragrafo 2, lett a) della direttiva 2000/78/ce, per motivi religiosi (art 1), nonché ai sensi della Carta di Nizza, deve interrogarsi la Corte circa gli strumenti che questo giudice può adoperare per eliminarne le conseguenze, tenuto conto che tutti i docenti diversi dagli insegnanti di religione cattolica sono stati destinatari del piano straordinario di assunzioni di cui alla l. 107/15, ottenendo la immissione in ruolo con conseguente contratto di lavoro a tempo indeterminato, e, dunque, se questo giudice debba costituire un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con la Amministrazione convenuta;

3) se la clausola 5 dell'accordo quadro di cui alla direttiva 1999/70/Ce debba essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi, in forza della quale le norme di diritto comune disciplinanti i rapporti di lavoro, intese a sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato tramite la conversione automatica del contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato qualora il rapporto di lavoro perduri oltre una data precisa, non sono applicabili al settore scuola, con specifico riferimento ai docenti di religione cattolica, in modo tale da consentire una successione di contratti di lavoro a tempo determinato per un periodo di tempo indefinito; in particolare se possa costituire ragione obiettiva ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, la necessità d'intesa con l'ordinario diocesano, ovvero, di contro, debba ritenersi una discriminazione vietata ai sensi dell'art 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea;

4) in ipotesi di risposta positiva al quesito sub 3 se l'art.21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la clausola 4 dell'accordo quadro di cui alla direttiva 1999/70/Ce e/o l'art.1 della direttiva 2000/78//Ce, consentano la disapplicazione le norme che impediscono la conversione automatica di un contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato qualora il rapporto di lavoro perduri oltre una data precisa.».

Come si vede, si tratta di questioni di non poco conto.

Il primo quesito riguarda una discriminazione diretta, ai sensi dell'art. 21 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione e della Direttiva UE 78 del 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

L'art. 21 della Carta afferma: «1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

L'art. 1 della Direttiva 78 del 2000 precisa: «La presente direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento». L'art. 2, a sua volta, nella parte che qui interessa, prevede che: «1. Ai fini della presente direttiva, per «principio della parità di trattamento» si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1. 2. Ai fini del paragrafo 1: a) sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga. b) sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone, a meno che: i) tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari; (...) 4. L'ordine di discriminare persone per uno dei motivi di cui all'articolo 1, è da considerarsi discriminazione ai sensi del paragrafo 1. 5. La presente direttiva lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui.»

Il giudice richiama, sul punto, le sentenze Egenberger⁴¹, Bauer e Willmeroth⁴² e Max-Planck⁴³ della Corte di giustizia.

41 Vera Egenberger c/ Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV, 17.04.10 in causa C-424/16, EU:C:2018:257

42 Stadt Wuppertal c/ Maria Elisabeth Bauer del 6 novembre 2018 in causa C-569/16

43 Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV c/ Tetsuji Shimizu, 06.11.18, C-684/16, EU:C:2018:874

La prima sentenza riguardava la richiesta di una lavoratrice che chiedeva di essere assunta da un struttura ecclesiale per lo svolgimento di un progetto di interesse pubblico commissionata dall'Onu, assumendo di essere stata discriminata ai sensi dell'art. 21 della Carta fondamentale (e della Direttiva 78 del 2000) in quanto non di religione cattolica. La Corte statuisce che la discriminazione operata può essere considerata legittima ove costituisca un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica di tale Chiesa o di tale organizzazione e salvo il principio di proporzionalità e la possibilità di controllo del giudice.

La seconda tratta l'ipotesi in cui il lavoratore deceda prima di avere consumato il suo diritto alle ferie e dichiara contrastante con l'art. 31 della Carta fondamentale (e della Direttiva 88 del 2003) la normativa interna che impedisce agli eredi di ricevere la relativa indennità sostitutiva. L'art. 31, precisa la Corte, trova immediata applicazione e consente al giudice nazionale di disapplicare la norma interna.

La terza pronuncia richiamata riguarda sempre il diritto alle ferie, nella specie non godute entro l'anno in corso e la Corte le dichiara dovute se il datore non dimostra di avere posto il lavoratore in grado di goderle. Anche qui la Corte ritiene che ai sensi dell'art. 31 della Carta (e della direttiva 88 del 2003) la normativa nazionale vada disapplicata.

Ora, pare evidente che, secondo quanto affermato nella pronuncia Egenberger, la discriminazione diretta (clausola 2, lett. a) nel nostro caso sussista pienamente, posto che, subordinare l'accesso ad un posto di lavoro ed il suo mantenimento in essere come l'insegnamento di una disciplina religiosa all'interno della struttura scolastica nazionale all'autorizzazione data da un'organizzazione religiosa, costituisca una palese discriminazione.

Occorre infatti considerare innanzi tutto che il 24° considerando della Direttiva 78 del 2000 dispone che: «L'Unione europea, nella dichiarazione n. 11 sullo status delle chiese e delle organizzazioni non confessionali allegata all'atto finale del trattato di Amsterdam, ha riconosciuto espressamente che rispetta e non pregiudica lo status previsto nelle legislazioni nazionali per le chiese e le associazioni o comunità religiose degli Stati membri e inoltre, che rispetta lo status delle organizzazioni filosofiche e non confessionali. In tale prospettiva, gli Stati membri possono mantenere o prevedere disposizioni specifiche sui requisiti professionali essenziali, legittimi e giustificati che possono essere imposti per svolgervi un'attività lavorativa».

L'articolo 4 della direttiva in parola, poi, stabilisce poi quanto segue: «(...) 2. Gli Stati membri possono mantenere nella legislazione nazionale in vigore alla data d'adozione della presente direttiva o prevedere in una futura legislazione che riprenda prassi nazionali vigenti alla data d'adozione della presente direttiva, disposizioni in virtù delle quali, nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali non costituisca discriminazione laddove, per la natura di tali attività, o per il contesto in cui vengono espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione. Tale differenza di trattamento si applica tenuto conto delle disposizioni e dei principi costituzionali degli Stati membri, nonché dei principi generali del diritto comunitario, e non può giustificare una discriminazione basata su altri motivi. A condizione che le sue disposizioni siano d'altra parte rispettate, la presente direttiva non pregiudica pertanto il diritto delle chiese o delle altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, e che agiscono in conformità delle disposizioni costituzionali e legislative nazionali, di esigere dalle persone che sono alle loro dipendenze un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione».

E, infine, la sentenza Egenberger, al punto 59 precisa: « Alla luce dell'insieme delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78, in combinato disposto con gli articoli 9 e 10 di quest'ultima, nonché con l'articolo 47 della Carta, deve essere interpretato nel senso che, qualora una Chiesa o un'altra organizzazione la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali allegghi, a sostegno di un atto o di una decisione quale il rigetto di una candidatura a un posto di lavoro al suo interno, che, per la natura delle attività di cui trattasi o per il contesto in cui tali attività devono essere espletate, la religione costituisce un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica di tale Chiesa o di tale organizzazione, una siffatta allegazione deve, se del caso, poter essere oggetto di un controllo giurisdizionale effettivo al fine di assicurarsi che, nel caso di specie, siano soddisfatti i criteri di cui all'articolo 4, paragrafo 2, della suddetta direttiva».

E' dunque chiaro che un diverso trattamento può essere giustificato, semmai, dalla circostanza che il lavoratore operi alle dipendenze della struttura religiosa, giammai può esser giustificato quando, come nella specie, l'insegnante sia organicamente inserito nella scuola pubblica di uno stato laico, come quello italiano.

Ne consegue che le norme del concordato che sorreggono le disposizioni della legislazione scolastica che consente il diverso e peggiorativo trattamento degli insegnanti di religione non trovano applicazione all'interno dei rapporti di lavoro in forza del divieto di discriminazione di cui all'art. 21 della Carta - e della direttiva 88 del 2000 che di quella costituisce l'attuazione -, tanto più ove questi siano instaurati con la struttura pubblica, dove vige anche il principio, per quanto possa occorrere, della diretta applicazione verticale.

Proseguendo poi nell'esame del quesito, occorre interrogarsi, per quanto possa ancora occorrere in forza di quanto sinora detto, sul principio di proporzionalità, così anticipando anche quanto oggetto del terzo quesito, ovvero l'esistenza di ragioni oggettive che giustifichino la differenza di trattamento.

Sempre la sentenza Egenberger, al punto 69, precisa ancora: « Alla luce di tali considerazioni, occorre rispondere alla terza questione dichiarando che l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che il requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa ivi previsto rinvia a un requisito necessario e oggettivamente dettato, tenuto conto dell'etica della Chiesa o dell'organizzazione di cui trattasi, dalla natura o dalle condizioni di esercizio dell'attività professionale in questione, e non può includere considerazioni estranee a tale etica o al diritto all'autonomia di detta Chiesa o di detta organizzazione. Tale requisito deve essere conforme al principio di proporzionalità».

Ora, pare evidente che la delicatezza dell'insegnamento della religione comporti la verifica della specifica professionalità e dell'attitudine dell'insegnante, nonché delle modalità di svolgimento della sua prestazione.

Ma tali controlli ben possono essere fatti all'interno della struttura scolastica dai funzionari a ciò addetti, sicché la "subordinazione" dei rapporti al vicariato appare all'evidenza un mezzo del tutto sproporzionato al fine.

In ogni caso sussisterebbe la violazione (indiretta: clausola 2, lett. b) ai sensi della Direttiva posto che è compito del datore di lavoro valutare la prestazione e l' idoneità del docente sulla base dell'attività svolta e non demandarla ad un'organizzazione esterna che potrebbe dare il suo parere non con riferimento allo svolgimento concreto dell'attività lavorativa svolta presso la scuola bensì ad altre valutazioni che riguardano le idee, le convinzioni ed i comportamenti, anche al di fuori dell'ambiente lavorativo e che dunque nulla centrano con lo svolgimento concreto del rapporto.

Pare chiaro che l'accesso e la persistenza del rapporto di lavoro, ove dipendano da una valutazione discrezionale e determinante di un organismo esterno all'amministrazione che usufruisce della prestazione costituisca poi un mezzo non proporzionato al fine di valutare la sussistenza delle condizioni per l'assunzione e, soprattutto, del mantenimento nel tempo del posto di lavoro.

Insomma, ci sembra fondatamente che la risposta della Corte non potrà che essere nel senso dell'incompatibilità della normativa di settore alle norme europee che si sono esaminate.

Venendo poi, al secondo quesito, pare a chi scrive che anche a questo debba darsi risposta positiva, dovendo il giudice nazionale adito tutelare il diritto del richiedente a partecipare al processo di stabilizzazione dal quale è stato escluso in ragione solamente della normativa specifica, di natura concordataria, che regola il rapporto di lavoro degli insegnanti di religione e del quale, dunque, si chiede la possibilità di non applicazione giudiziale da parte del giudice nazionale della normativa concordataria che impedisce la stabilizzazione.

Sempre nella sentenza Egenberger al punto 82, in chiusura, si legge: « Alla luce dei suesposti rilievi, occorre rispondere alla seconda questione dichiarando che un giudice nazionale investito di una controversia tra due privati, è tenuto, qualora non gli sia possibile interpretare il diritto nazionale vigente in modo conforme all'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78, ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai singoli in forza degli articoli 21 e 47 della Carta e a garantire la piena efficacia di tali articoli, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria».

Analoghi principi vengono stabiliti dalle sentenze Bauer e Willmeroth e Max-Planck, che dispongono per la disapplicazione della normativa nazionale da parte del giudice dello Stato membro in ipotesi di contrasto con l'art. 31 della Carta in tema di ferie.

Se dunque, come ritiene chi scrive, la Corte dovesse dare risposta positiva circa l'esistenza della discriminazione di cui al primo quesito, non potrà che consigliare al giudice nazionale rimettente che, ove non sia possibile una interpretazione "comunitariamente" orientata, dovrà necessariamente non applicare ai ricorrenti le norme concordatarie che impediscono di accedere alla procedura di stabilizzazione.

Del resto, la situazione di fatto degli insegnanti di religione, come risulta dalla normativa che si è esaminata, una volta tolti i limiti dati dalla discriminazione operata (l'intervento determinate quanto indebito del vicariato sotto i profili esaminati) è assolutamente identica a quella degli insegnanti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento che infatti sono stati oggetto della stabilizzazione di cui alla legge 107 del 2015.

E' qui chiaro che il secondo (ma anche il quarto) quesito è costituito da una domanda retorica, avendo come riferimento la sentenza 248 del 2018 della Corte costituzionale che, necessariamente, deve essere disattesa per procedere alla disapplicazione delle norme ostative alla richiesta stabilizzazione.

Veniamo quindi terzo quesito, cui si è già in parte trattato. Anche in questo caso la discriminazione, qui indiretta, ai sensi della clausola 2, lett. b. della Direttiva n. 88 del 2000, pare evidente, ancorché la situazione di differenziazione di trattamento venga ora affrontata con il parametro della Direttiva UE n. 70 del 1999 sui contratti a termine.

Poiché la normativa interna esaminata rende evidente che l'intromissione autoritativa delle diocesi nello svolgimento dei rapporti degli insegnanti di religione è, *prima facie*, l'elemento determinante che ha necessariamente comportato l'esclusione degli insegnanti di religione dal processo di stabilizzazione che ha riguardato tutti i soggetti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento nelle quali, ragionevolmente, sarebbero stati inseriti anche gli insegnanti di religione, ove non fosse stato presente l'elemento ostativo di cui si tratta.

Qui però il quesito è più ampio – e quindi pericoloso per lo Stato italiano – perché l'eventuale risposta positiva rischia di estendersi a tutto il settore scolastico.

Essendo il parametro utilizzato, come detto, quello della Direttiva n. 70 del 1999 e, segnatamente, dell'art. 4 di detta Direttiva, che tratta del divieto di discriminazione tra i lavoratori a tempo determinato e quelli a tempo indeterminato, qui la questione non è dissimile da quelle sollevate nel primo quesito, salvo il più ampio ambito di riferimento.

La Corte di giustizia UE, in questo caso, potrebbe seguire le indicazioni della sentenza Sciotto, individuando quale lavoratore comparabile il collega assunto anch'esso a tempo determinato che si è visto riqualificare il rapporto con la 107/2015.

Con ogni conseguenza, posto che i vincoli posti al rapporto agli insegnanti di religione dalla legislazione concordataria contrastino con la normativa UE sotto tutti i profili esaminati ci pare, come detto, pacifico.

Forse è il caso che la giurisprudenza costituzionale e di legittimità, in caso di persistente immobilismo del legislatore, inizino a rivedere la posizione rigida sinora assunta.

Roma, 11 marzo 2019