

La Corte di cassazione sulla scuola. Sintomi di criticità con la normativa europea?

Di Sergio Galleano¹

1. La giurisprudenza sul personale precario della scuola.

La lunga vicenda dei rapporti tra Cassazione e mondo scolastico, sono stati e sono tuttora caratterizzati da un intricato susseguirsi di pronunce giurisdizionali che vedono impegnati il giudice ordinario e quello amministrativo.

Le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno infatti chiarito (se così può dirsi) il dualismo tra le due massime magistrature con due sentenze, la 25839/2016 che stabilisce la giurisdizione del giudice ordinario nell'ipotesi di scorrimento delle graduatorie per l'assunzione in ruolo (ovvero per gli atti di cd. microrganizzazione) e la 25840/2016 che ha invece affermato che resta la giurisdizione del giudice amministrativo nell'ipotesi in cui si voglia impugnare gli atti generali di gestione del personale con provvedimenti ministeriali relativi ai criteri di aggiornamento delle graduatorie medesime (ovvero atti di macrorganizzazione).

E' il caso di questi giorni, che ha interessato il Consiglio di Stato il quale, con la sentenza dell'Adunanza plenaria 11/2017 del 20 dicembre scorso, ha smentito ben sette precedenti sentenze con le quali erano stati inseriti nelle graduatorie ad esaurimento, i diplomati magistrali, con conseguente rischio di vedere migliaia di docenti già assorbiti nei ruoli della scuola ritrovarsi senza lavoro dopo anni di insegnamento e che si interseca con quello delle recenti pronunce della Corte di cassazione sui precari scolastici, che ora brevemente esamineremo, dove sull'onere della prova si cimenta in un *revirement* da brivido che ci si poteva certamente risparmiare.

Entrambe le vicende, come era prevedibile, stanno avendo strascichi avanti alle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo che non sono un buon viatico per la certezza del nostro diritto.

E vedremo se i tanti protocolli compulsivamente siglati in questi mesi tra le altre Corti favoriranno un ripensamento nella giurisprudenza sulla scuola che non sia finalizzato unicamente a porsi in continuo contrasto con il diritto dell'Unione e con la convenzioni internazionali, tenuto conto, per contro, del proficuo colloquio in corso tra la Corte costituzionale e le Corti europee, iniziato proprio con la rimessione a Lussemburgo della questione scolastica (ordinanza 207/2013) e giunto ora alla pacificatoria pronuncia Taricco di Lussemburgo del 5 dicembre 2017.

2. I precedenti alle decisioni sulla scuola della Corte di cassazione

Dopo la sentenza Mascolo², che ha dichiarato la contrarietà alla Direttiva UE 1999/70 del sistema di reclutamento scolastico, la (pur pessima, come vedremo) legge 107 del 2015³ e la Corte costituzionale 187/2016⁴ con la quale è stata

¹ Avvocato del foro di Milano

² Sentenza Mascolo ed altri del 26.11.14 in causa C-22713 (EU:C:2014:2401)

³ V. il commento della Cgil scuola in <http://m.flcgil.it/files/pdf/20170524/fascicolo-flc-cgil-contenuti-e-commento-decreti-legislativi-deleghe-legge-107-15.pdf>, della Cisl in: <http://www.cislscuola.it/index.php?id=4037> e della Gilda in <http://www.gildavenezia.it/sara-buona-scuola-osservazioni-e-riflessioni-sulla->

dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 4, comma 1, della legge 124/1999 che consentiva la reiterazione infinita dei contratti a termine, sembrava che la "questione scuola" fosse in via di definitiva risoluzione.

Come è noto, invece, e come troppo spesso succede in Italia quando c'è di mezzo lo Stato come datore di lavoro, la vicenda dei dipendenti scolastici si è ulteriormente complicata.

Va subito detto che nei mesi successivi alla pronuncia della Corte europea, la Corte di cassazione era tempestivamente intervenuta al fine di salvare il bilancio dello Stato italiano dalla marea di risarcimenti che sarebbero conseguiti dalla decisione europea di ritenere incompatibile con la Direttiva la reiterata conclusione di contratti a termine nell'impiego pubblico⁵.

Nel dicembre 2014 è innanzi tutto intervenuta la sentenza 27481/14 (Pres. Stile, est. Tria⁶) la quale, per la prima volta, affermava l'esistenza del cd. "danno comunitario" per sanzionare l'abuso nell'utilizzo dei contratti a termine nella pubblica amministrazione, danno individuato nell'indennità ex art. 8 della legge 15 luglio 1966 n. 604⁷ e, dunque, in una misura che andava tra le 2,5 e le 6 mensilità (10 per i lavoratori con più di dieci anni di anzianità e 14 per i periodi superiori a vent'anni).

Per la scuola interveniva invece tempestivamente il legislatore il quale (eravamo nel primo periodo dell'allora promettente era Renzi) con il documento "la buona scuola" dell'ottobre 2014 prometteva un superamento dello storico precariato nel settore.

In realtà, la stabilizzazione prevista dalla legge 107 del 2015, con la quale poi il legislatore è invero riuscito, più che ad adeguarsi, a depotenziare la sentenza Mascolo, non ha riguardato la totalità dei docenti ed ha visto escludere i dipendenti ATA, oltre

[legge-107/](#) e, più in generale P. Boccia, "La «buona scuola». Analisi critica e commento della legge n. 107/2015", ed. Anicia, Roma 2015 e M. Bruschi, "La legge n.107 commentata e leggi della scuola a confronto", ed. Edises, 2015.

⁴ R. Calvano, "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 (nota a sentenza n. 187 del 2016)", in Rivista AIC, 01.11.16 e in Giurisprudenza costituzionale, n. 4/2016, V. De Michele e S. Galleano, "La sentenza "Mascolo" della corte costituzionale", in questa rivista, 01.09.16.

⁵ A parte la scuola si trattava di oltre 150.000 lavoratori impiegati presso gli enti locali, i Ministeri, i consorzi, ecc.. Solo ora, con la legge Madia si stanno ponendo le basi per una loro stabilizzazione definitiva e con serie possibilità di realizzazione.

⁶ Cfr. Cass. 30 dicembre 2014, n. 27481 e Cass. 23 gennaio 2015, n. 1260, in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, pag. 1109, con nota di M. Donato, *Il "danno comunitario" da illegittima reiterazione di contratti di lavoro a termine: conforme al diritto dell'Unione?*; Cass. 21 agosto 2013, n. 19371 e Cass. 2 dicembre 2013, n. 26951, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, II, pag. 76, con nota di E. Ales, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem...*

⁷ Ovvero l'indennità dovuta per il licenziamento dichiarato illegittimo in regime di stabilità obbligatoria.

che i titolari di un'abilitazione all'insegnamento⁸ (e nessun giudice, sino ad ora, ha pensato a sollevare questione di costituzionalità, pur sollecitata dal Pubblico ministero⁹ nel corso dell'udienza del 18 ottobre 2016 che ha poi portato alle sentenze 22552-22557 del 2016 oggetto di queste note e disattesa dalla Corte).

La decisione di attingere per la stabilizzazione unicamente dal personale docente presente nelle GAE ha avuto quale conseguenza non solo l'esclusione di tutti i docenti e della totalità del personale ATA inserito delle graduatorie di istituto, dove gran parte dei lavoratori avevano accumulato molti anni di effettivo impiego e si trovavano così quale unica possibilità quella di ottenere il misero risarcimento stabilito dalla Cassazione di fine 2014.

Si è verificata anche la singolare situazione per cui migliaia di lavoratori che non avevano alcuna esperienza di insegnamento ma unicamente la ventura, ottenuta la laurea, di essersi iscritti anni addietro nelle GAE quando era possibile farlo senza abilitazione.

Infatti, per quanto attiene i docenti, la scelta del legislatore di procedere al consolidamento dei rapporti dei soli soggetti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento ha comportato la chiamata in cattedra di iscritti alle GAE che non avevano mai insegnato, rimanendo tralaticciamente presenti nelle graduatorie, senza neppure un giorno di insegnamento, magari essendosi nel frattempo impegnati in tutt'altre attività, soprattutto al sud, ottenendo così l'insperato "regalo" di un posto di lavoro fisso al quale non avevano mai sperato di accedere, mentre docenti con più di 36 mesi (a volte anche più di dieci anni) per il solo fatto di avere operato nelle graduatorie di istituto, sono stati esclusi dalla stabilizzazione.

Ma non solo: l'art. 131 della legge 107 stabilisce che chi ha superato il 36° mese di servizio non potrà più essere assunto a termine perché se no si verifica l'abuso, con la conseguenza che in migliaia rischiano di perdere il posto. Ci si trova così di fronte al caso, crediamo unico in Europa, ove la sanzione per l'abuso la paga il lavoratore perdendo il posto di lavoro dopo anni e anni di insegnamento.

Tanto per fare un ultimo esempio concreto delle singolarità dell'intervento legislativo, sono state assegnate a tempo indeterminato nella fase C del piano straordinario di immissione in ruolo di cui all'art.1, comma 98, della legge n.107/2015 oltre 8.000 cattedre della classe di concorso A019 (discipline giuridiche ed economiche nelle scuole secondarie di II grado), laddove i posti effettivamente vacanti e disponibili su tutto il territorio nazionale non raggiungevano le cento unità, creando i c.d. posti sull'organico dell'autonomia come da tabella 1 allegata alla legge n.107/2015, senza nessuna necessità organizzativa con l'effetto di "sistemare" nella loro provincia di appartenenza come GAE i docenti ancora inseriti nelle graduatorie. In questo modo, migliaia di professionisti (avvocati, dottori commercialisti) hanno ricevuto la proposta di assunzione a tempo indeterminato senza aver mai lavorato nella scuola pubblica o

⁸ Gli esclusi sono: n. 8.900 Laureati in Scienze della Formazione Primaria (secondo il vecchio ordinamento) che hanno conseguito la laurea dopo il 2010-2011, n.55.000 Diplomatici magistrali "che hanno avuto dal Consiglio di Stato il riconoscimento del valore abilitante del titolo", ora negato dall'Adunanza plenaria 11/2017 del 20.12.17, n.69.000 PAS, docenti che hanno un'anzianità di servizio di almeno tre anni e che si sono abilitati tramite Percorsi Abilitanti Speciali n. 10.500 TFA I° ciclo, docenti che si sono abilitati tramite Tirocinio Formativo Attivo 2012-2013, oltre a tutto il personale ATA.

⁹ V. sentenza 22552/2016, punto 104.

avendo cessato di fare supplenza da moltissimo tempo, per dedicarsi alla libera professione.

La stabilizzazione, per di più, ha comportato, per precisa scelta del Ministero della pubblica istruzione, un indecoroso balletto di dipendenti tra una città e l'altra anche a centinaia di chilometri di distanza, adottato sulla base di un metafisico "algoritmo", i cui termini sono rimasti un mistero, essendosi il Ministero rifiutato di specificarne il contenuto davanti ai giudici che hanno così, nella gran parte dei casi, annullato i trasferimenti¹⁰.

Dopo la legge 107/2015 la Corte di cassazione è di nuovo intervenuta, in considerazione delle diverse critiche che erano intervenute alla sentenza 27481/14.

Infatti, con quattro identiche sentenze nn.4911-4012-4913-4914/2016 del 14 marzo 2016 la Cassazione a Sezioni unite, ha accolto quattro ricorsi proposti dal Comune di Massa avverso quattro sentenze della Corte di appello di Genova, che avevano liquidato ai lavoratori precari pubblici 20 mensilità di risarcimento dei danni per abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, cassando le decisioni nei limiti dei motivi accolti e rinviando alla stessa Corte di appello di Genova, in diversa composizione, enunciando il principio di diritto che i lavoratori avevano diritto soltanto ad un risarcimento dei danni da 2,5 a 12 mensilità, in applicazione analogica dell'art.32, comma 5, della legge n.183/2010.

Le sentenze nn.4911, 4912, 4913 e 4914 del 2016 delle Sezioni unite non contengono nessuna motivazione dell'iter argomentativo della decisione, per il quale rimandano ad una decisione - la n.5072/2016¹¹ - peraltro depositata il giorno dopo - il 15 marzo 2016 - e che riguardava la causa Marrosu-Sardino, su cui era intervenuta la sentenza della Corte di giustizia. Manca nelle sentenze nn.4911, 4912, 4913 e 4914 del 2016 ogni motivazione anche sul rifiuto del rinvio pregiudiziale di cui all'art.267, comma 3, TUEF, sulla istanza pregiudiziale proposta dai lavoratori nelle memorie ex art.378 c.p.c..

La sentenza "madre" n.5072/2016 delle Sezioni unite della Cassazione del 15 marzo 2016, che si presenta oggettivamente in contrasto con la sentenza Mascolo della Corte di giustizia¹² e con la sentenza n.260/2015 della Corte costituzionale, ha affermato

¹⁰ V. sentenze 205 e 207/2017 del Tribunale di Pesaro, inedite e la secca sentenza 3769/2017 del TAR Lazio in <http://www.altalex.com/documents/news/2017/05/17/diritto-di-accesso-algoritmo>.

¹¹ Cfr. Cass., Sez. Un., 15 marzo 2016, n. 5072, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, 4-5, pag. 855, con nota di N. Frasca, *La quantificazione del "danno comunitario" da illegittima reiterazione di contratti a tempo determinato nel pubblico impiego: nel perdurante silenzio del legislatore, si pronunciano le Sezioni Unite*. Cfr. altresì P. Passalacqua, *Le Sezioni Unite sull'abuso del contratto a termine nella PA optano per la trasposizione dell'indennità prevista per il settore privato: il cerchio si chiude davvero?*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2016, pag. 829; A. Vallebona, *Contratti a termine illegittimi nella p.a.: divieto di conversione e misura del danno*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2016, pag. 602; V. Allocca, *Le Sezioni Unite chiariscono i criteri di liquidazione del danno risarcibile ai sensi dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, II, pag. 619; M. D'Aponte, *Abuso del ricorso al contratto a tempo determinato nell'impiego pubblico: le Sezioni Unite affermano il principio del divieto di conversione*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2015, 6, pag. 841, S. Galleano, *La sentenza 5072/2016 sul risarcimento danno per abuso precariato settore pubblico. le sezioni unite della cassazione nel paese delle meraviglie*, in www.studiogalleano.it.

¹² Si legge nella sentenza Mascolo: "77 Inoltre quando, come nel caso di specie, il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche nell'ipotesi in cui

che i lavoratori pubblici abusivamente utilizzati a termine non possono beneficiare della stabilità lavorativa prevista da varie norme del d.lgs. n.368/2001, applicabile comunque a tutte le pubbliche amministrazioni, compresa quella scolastica¹³, perchè per accedere al pubblico impiego vi è necessità del concorso¹⁴ e che, in mancanza di norme sanzionatorie per il pubblico impiego, non potendo applicare l'equivalenza sanzionatoria con i privati, il risarcimento dei danni non compensa il posto di lavoro perduto ma il c.d. danno "comunitario" da 2,5 a 12 mensilità.

La questione è ora nuovamente all'esame della Corte di giustizia, dopo che il Tribunale di Trapani ha sollevato una questione pregiudiziale circa la misura individuata dalla Corte di Cassazione¹⁵.

3. La Corte costituzionale 187/2016

Subito dopo le Sezioni unite si è pronunciata la Corte costituzionale nel giugno 2016 con la sentenza 187 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4 comma 1 della legge 124 del 1999, ovvero quella che disciplina il regime che consente di coprire le cattedre vacanti tramite l'utilizzo dei docenti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento

venivano nondimeno accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro (v., in particolare, sentenza Fiamingo e a., EU:C:2014:2044, punto 62 nonché giurisprudenza ivi citata)". Non pare oggettivamente adeguata una misura massima di 12 mensilità, soprattutto a fronte di situazioni di precariato, tutt'altro che isolate in Italia, che si protraggono oltre i dieci anni per giungere sino a venti e più: v. l'ordinanza Papalia del 12.12.13 della Corte europea di Lussemburgo in causa C-50/13 (EU:C:2013:873), che tratta di un dipendente della Valle d'Aosta che aveva operato per 29 anni e sei mesi a termine.

¹³ Così infatti precisa la Cassazione a Sezioni unite nella sentenza n.5072/2016 sull'applicazione a tutte le pubbliche amministrazioni della disciplina di cui al d.lgs. n.368/2001: «Ancora più recentemente nel Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 36, sono stati introdotti due commi (commi 5 ter e 5 quater) dal Decreto Legge 31 agosto 2013, n. 101, articolo 4, comma 1, lettera b), conv. dalla Legge 30 ottobre 2013, n. 125, che - nel ribadire che le disposizioni del Decreto Legislativo n. 368 del 2001, si applicano alle pubbliche amministrazioni, fermi restando il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato ed il diritto al risarcimento per il dipendente - hanno stabilito che i contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione della medesima disposizione sono nulli e determinano responsabilità erariale; ed hanno confermato la responsabilità dei dirigenti che operano in violazione delle disposizioni di legge aggiungendo che al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato.»

¹⁴ Ma sul punto pende la questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Foggia con riferimento al settore sanitario: v. S. Galleano: "L'ordinanza 27.10.2016 del Tribunale di Foggia alla Corte costituzionale nel settore sanitario: una mossa decisiva per la soluzione del problema del precariato pubblico?" su questa rivista, 01/11/2016. V. anche, peraltro: M. De Luca, "Precariato pubblico: tra condizionalità eurounitaria e divieti nazionali di conversione (impostazione del tema di indagine), in questa rivista, 30/04/2017.

¹⁵ V. Trib. Trapani, ord. 5 settembre 2016, n. 1067, in www.rivistalabor.it. Vedine anche cenni in A. Riccobono, "Lavoro a termine e regime sanzionatorio nel settore pubblico: un'antologia infinita per una «tigre di carta?»" in Argomenti Dir. Lav., 2017, 4-5, 1209 e in N. Frasca: "La flessibilità nel pubblico impiego: la 'giusta tutela' per l'utilizzo abusivo del contratto a termine" in Argomenti Dir. Lav., 2017, 2, 506.

(GAE) e che aveva costituito l'oggetto della pronuncia della Corte europea nella sentenza Mascolo.

La pronuncia della Consulta è di non poca importanza. Nel prendere atto della (parziale) stabilizzazione operata dalla legge 107/2015, afferma chiaramente che tale provvedimento è il più "lungimirante" rispetto al risarcimento del danno, così indicando la strada maestra che dovrebbe essere utilizzata per la soluzione del precariato.

Questa nuova e rilevante indicazione non ha però trovato seguito nella giurisprudenza della Corte di legittimità.

4. L'udienza del 18 ottobre 2016

La volontà di controllo nell'applicazione della Mascolo si è infatti esplicitata in sede di legittimità.

Subito dopo la Corte costituzionale, infatti, il Presidente della Cassazione ha diramato il 25 luglio successivo un comunicato che informava tutti i presidenti delle Corti di appello italiane che, dopo la sentenza della Consulta, la Cassazione si sarebbe pronunciata il 18 ottobre 2016 "al fine di assicurare uniformi linee interpretative dei numerosi ricorsi concernenti i contratti a termine dei docenti e del personale ATA".

Era un chiaro tentativo di fermare i giudici di merito che avessero voluto applicare la sentenza Mascolo in modo non gradito. Il tentativo riuscì perfettamente, perché tutte le cause in corso (decine di migliaia) vennero rinviate in tutt'Italia in attesa della Cassazione.

Nel frattempo, nel settembre del 2015 il presidente della sezione lavoro del Tribunale di Roma, dott. Sordi, aveva reso una sentenza¹⁶ con la quale affermava che l'avvenuta stabilizzazione del lavoratore per scorrimento delle graduatorie eliminava l'eventuale abuso commesso e che ciò era pienamente soddisfacente di ogni pretesa, rigettando così la richiesta di procedere alla condanna del MIUR al risarcimento del danno per l'abuso commesso sino alla stabilizzazione.

Pochi giorni prima dell'udienza, fissata per il 18 ottobre 2016, il presidente della sezione lavoro della Corte di cassazione, dott. Macioce fece inviare a tutti i difensori delle 71 cause chiamate quel giorno un prospetto predisposto dalla Avvocatura dello Stato (ed evidentemente concordato con il Miur, con l'avvallo della Cassazione), nel quale erano indicati i lavoratori in causa che, nelle more del giudizio erano stati stabilizzati.

Non ci voleva molto a comprendere che l'intenzione del collegio, presieduto dal dott. Macioce era quello di applicare il medesimo principio affermato dal dott. Sordi¹⁷.

¹⁶ Sentenza 1519 del 15 settembre 2015, est. Sordi, v. A. Grillo, "Precariato docenti: no alla conversione del rapporto a tempo indeterminato dopo la legge di riforma della scuola", in www.csdnroma.it, 25.10.2015.

¹⁷ Non ci vuole molto a comprendere l'inusuale modalità organizzativa del Presidente del collegio (e della stessa Sezione lavoro della Corte), perché era stato consentito all'Avvocatura dello Stato che difende il Miur, al di fuori del processo, di produrre l'elenco in excel di tutti i lavoratori in causa docenti e personale ata, con l'indicazione di quali docenti erano stati immessi in ruolo e con quali modalità (reclutamento ordinario o legge n.107/2015). Si tratta di informazioni che, di regola, non possono essere acquisite nei processi per cassazione se non per via ordinaria, cioè con gli atti di causa (ricorso e controricorso) e i relativi fascicoli di parte (o, al limite, con un'apposita ordinanza istruttoria all'esito della discussione), e di cui invece il

E difatti, con le sette sentenze in commento (dalla 22552 alla 25557 del 7 novembre 2016) il collegio sposa la tesi del Tribunale di Roma e afferma che l'avvenuta stabilizzazione cancella l'illecito e l'interessato non ha diritto ad alcun risarcimento del danno.

Non solo: la Corte afferma anche che il risarcimento spetta solo nell'ipotesi in cui vi sia stata una reiterazione di contratti superiore ai tre anni (e dunque a partire dalla quarta supplenza) e che la supplenza abbia riguardato incarichi nell'organico di diritto.

Se invece le supplenze (sempre a partire dalla quarta) sono avvenute con il docente o l'ATA inserito nell'organico di fatto, si presume che tali supplenze sarebbero giustificate da una ragione oggettiva, consistente nella asserita assenza del titolare che verrebbe sostituito e, tanto, salva la possibilità da parte del lavoratore di dimostrare che, invece, il posto sarebbe stato vacante.

Si tratta di affermazioni che paiono del tutto fuori linea con i principi generali del nostro ordinamento e di quello eurounitario, così come lo è – lo si dice incidenter tantum – la pretesa delle sentenze, peraltro di nessuna utilità pratica, di rimarcare la "continuità" con quella sentenza del 2012 (la 10127) che tanti danni aveva creato nella nostra giurisdizione e che era stata impietosamente smentita dalla sentenza Mascolo della Corte dell'Unione.

Vediamo perché.

5. Le supplenze su organico di diritto o di fatto

Prima di affrontare la questione del risarcimento, oggetto di una nuova ordinanza di rimessione alla Corte europea, occorre chiarire brevemente la questione dell'organico di fatto e quello di diritto nel regime scolastico.

Come si è visto la Corte di cassazione ritiene che l'abuso possa configurarsi solo ed esclusivamente per la reiterazione dei contratti sull'organico di diritto e per più di tre anni.

Le sentenze gemelle del novembre 2016, hanno riconosciuto la misura sanzionatoria (del solo risarcimento del danno) unicamente nell'ipotesi di lavoratori assunti a termine nel cd. organico di diritto, negandolo, in via di principio, a quelli che hanno operato nell'organico c.d. "di fatto".

In realtà non rileva affatto la circostanza che le supplenze abbiano riguardato il periodo fino al 30 giugno (organico di fatto) o fino al 31 agosto (organico di diritto) e ciò per molte ottime ragioni.

La Corte non nega che anche con riferimento alle supplenze "di fatto" possa verificarsi un abuso ma assegna al lavoratore (punti 97 e segg. sentenze gemelle citate, in particolare, punto 102) l'onere della prova che non siano sussistite ragioni oggettive che giustificavano l'assunzione a termine: per esempio la sostituzione di un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro (e qui va però rimarcato che il contratto collettivo nazionale della scuola vigente tuttora prevede, all'art. 40, che il contratto a tempo determinato stipulato per ragioni sostitutive deve indicare il nominativo del lavoratore sostituito) o la necessità imprevedibile dell'istituzione di una nuova o aggiuntiva cattedra.

Come è di immediata apprezzabilità, in tale scelta interpretativa vi è una

Presidente titolare della Sezione lavoro ha ammesso l'acquisizione al di fuori del processo, così fornendo di fatto una chiara indicazione, *per facta concludentia*, sull'esito delle controversie.

palese violazione del principio di vicinanza alla prova (ormai pacificamente ribadito da anni dalla stessa Corte¹⁸) in chiaro contrasto con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'art. 6 della CEDU, essendo improponibile che il lavoratore possa essere in grado di portare nel giudizio i dati di fatto utili a valutare la vacanza o meno del posto di lavoro che viene chiamato ad occupare¹⁹, peraltro in una struttura macroeconomica nazionale, retta da una normativa complessa ed intricata, come quella scolastica, predisposta dallo stesso datore di lavoro e sconosciuta al docente o ATA²⁰.

Tanto più che la stessa Corte di cassazione, anche recentemente, pronunciandosi su contratti a termine di diritto privato (Poste italiane) aveva così deciso con la sentenza 25677 del 2015 (Pres. Stile, rel. Esposito):

"4. Il primo motivo di ricorso è fondato e merita accoglimento. Ed invero deve reputarsi che la ricorrente, volendo far valere in giudizio la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato alle dipendenze di Poste Italiane S.p.A. in virtù di contratto intercorso tra le parti, ha adempiuto all'onere di indicazione del fatto costitutivo del diritto fatto valere in giudizio mediante l'allegazione del contratto di lavoro, accompagnata esclusivamente dalla deduzione della illegittimità del termine ivi apposto d.lgs. n. 368 del 2001, ex art. 2, comma 1 bis. A seguito dell'allegazione del fatto costitutivo nei termini indicati, sorge in capo al convenuto sia l'onere di contestazione del fatto medesimo, in contrasto con le deduzioni dell'attore, mediante allegazione di fatti modificativi, estintivi, impeditivi (specificamente della legittimità del termine apposto, in quanto rispettoso dei limiti percentuali previsti dalla citata norma), sfa, in forza della previsione dell'art. 2697 c.c., l'onere di provare gli elementi in fatto idonei a integrare la fattispecie legale da cui pretende derivi la legittimità del termine. 5. Le conclusioni esposte sono coerenti con l'interpretazione dell'art. 2697 c.c. alla luce del principio della vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova, principio riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità, secondo il quale "l'onere della prova deve essere ripartito, oltrechè secondo la descrizione legislativa della fattispecie 7 sostanziale controversa, con l'indicazione dei fatti costitutivi e di quelli estintivi o impeditivi del diritto, anche secondo il principio della riferibilità o vicinanza, o disponibilità del mezzo; principio riconducibile all'art. 24 Cost., che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge rendendone impossibile o troppo difficile l'esercizio" (Cass. Sez. un. 30 ottobre 2001 n. 13533, 10 gennaio 2006 n. 141, Cass. Sez. 1, n. 20484 del 25/07/2008, Rv. 604543)".

In modo analogo si era pronunciata la sesta sezione con l'ordinanza 122 del 2016 (Pres. Arienzo, est. Paggetta). In questa causa il lavoratore ricorrente denunciava che la Corte di merito non si era pronunciata sulla dedotta circostanza che, nel corso del rapporto, era stato adibito a mansioni di natura finanziaria, estranee, come già si è detto, al servizio di concessione del servizio, costituito dalle attività di raccolta,

¹⁸ *Ex multis*: Cass. civ. Sez. III, 31/03/2016, n. 6209 (rv. 639386); Cass. civ. Sez. III, 25/03/2016, n. 5961 (rv. 639331); Cass. civ. Sez. V, 09/03/2016, n. 4623; Cass. civ. Sez. lavoro, 14/01/2016, n. 486 (rv. 638521); Cass. civ. Sez. V, 02/12/2015, n. 24492.

¹⁹ Senza contare che si pretende l'applicazione di un onere che, al momento della presentazione del ricorso introduttivo, risalente anche a molti anni prima non era rinvenibile nell'ordinamento processuale perché stabilito per la prima volta dalla Cassazione con le sentenze del novembre 2016: il che, semmai, avrebbe dovuto portare ad una remissione in termini per le parti lavoratrici sul punto specifico.

²⁰ Le vicende sull'algoritmo utilizzato per la mobilità di cui alla legge 107/2015, di cui abbiamo già fatto cenno, insegnano.

lavorazione e consegna degli effetti postali. Anche qui la Corte, dissentendo dalla relazione del consigliere che aveva proposto il rigetto del ricorso sulla scorta delle precedenti pronunce della sezione, cassa con rinvio, ritenendo che tale circostanza possa essere determinante ai fini della validità del termine (non giustificato) apposto al contratto e, dunque, della possibile applicabilità della disciplina speciale di cui all'art. 2, comma 1 bis, del d.lgs. 368 del 2001.

Insomma, quando c'è di mezzo lo Stato quale datore di lavoro, vengono in crisi i principi della sua stessa nomofilachia che è andata costruendo in anni di elaborazione, con palese violazione della normativa europea e, in particolare, della normativa CEDU²¹.

Pare dunque del tutto improponibile la tesi della Cassazione del novembre 2016 secondo la quale la riconducibilità del posto da occupare all'organico di fatto o quello di diritto sia determinata da scelte effettuate unilateralmente dal datore-amministrazione, le quali assurgono a verità processuale che fa fede nel giudizio e che spetta al lavoratore dimostrare essere sbagliate²².

²¹ La Corte europea dei diritti dell'uomo con sentenza 5 ottobre 2017 Mazzeo c. Italia n.32269/2009 ha stigmatizzato ai punti 35-39 la prassi giudiziaria italiana di modificare o ritardare l'applicazione delle decisioni precedentemente adottate *in subiecta materia* e la conseguente violazione dell'art.6 della Convenzione EDU: «35. La Corte rammenta anzitutto che il diritto a un processo equo deve essere interpretato alla luce del preambolo della Convenzione, che enuncia la preminenza del diritto come elemento del patrimonio comune degli Stati contraenti. Ora, uno degli elementi fondamentali della preminenza del diritto è il principio della certezza dei rapporti giuridici (*Brumărescu c. Romania [GC]*, n. 28342/95, § 61, CEDU 1999 VII), che tende soprattutto a garantire alle persone soggette alla giustizia una certa stabilità delle situazioni giuridiche e a favorire la fiducia del pubblico nella giustizia (*Nejdet Şahin e Perihan Şahin c. Turchia [GC]*, n. 13279/05, § 57, 20 ottobre 2011, e *Agrokompleks c. Ucraina*, n. 23465/03, § 144, 6 ottobre 2011). 36.

²² Del resto la Corte costituzionale, nella sentenza n. 53 del 2017 (Pres. Grossi, rel. Sciarra, ha così precisato: 5.- Nel merito, si deve rilevare che la soluzione conforme a Costituzione è praticabile e doverosa, in assenza di un orientamento diffuso, idoneo a costituire diritto vivente. Al rango di diritto vivente, difatti, non assurgono le indicazioni operative offerte dall'INPS, che è parte del contenzioso e si è limitato a dar conto, senza altre specificazioni, di una lettura concordata con il Ministero del lavoro e imposta dal "combinato disposto" delle proposizioni normative impugnate. Questa Corte ha già affermato che «l'eventuale diversa applicazione data dall'INPS alla norma censurata non vincola il giudice nella sua istituzionale funzione interpretativa della legge» (sentenza n. 296 del 1995, punto 3. del Considerato in diritto), soprattutto quando si possa esplorare un'interpretazione adeguatrice che, nel caso di specie, preservi la compatibilità della norma denunciata con i principi di ragionevolezza, di legittimo affidamento e di adeguatezza della tutela previdenziale. Le disposizioni censurate, lette in una prospettiva unitaria, si compongono in un quadro coerente, che consente di fugare i dubbi di legittimità costituzionale. Una lettura sistematica non comporta necessariamente l'eliminazione radicale e retroattiva di una prestazione previdenziale già acquisita, in contrasto con i principi a più riprese enunciati dalla giurisprudenza di questa Corte (sentenza n. 45 del 2016, punto 5.3. del Considerato in diritto, sentenza n. 446 del 2002, punto 6. del Considerato in diritto, e sentenza n. 211 del 1997, punto 4. del Considerato in diritto); contrasto non attenuato dal fatto che ai lavoratori agricoli sia comunque attribuita la diversa indennità di disoccupazione ordinaria, che contempla requisiti più rigorosi e si atteggia come un'autonoma forma di tutela (Corte di cassazione, sezione lavoro, sentenza 8 giugno 1999, n. 5658). La lettera e lo spirito della legge convergono nell'avvalorare un'interpretazione rispettosa dei

Del resto è fatto notorio che l'organico di diritto delle scuole italiane (art. 4 commi 1 e 11, per gli ATA) viene stabilito in teoria prima dell'inizio di ciascun anno scolastico, istituito per istituto, dal Ministero dell'istruzione sulla base di predeterminazioni di natura squisitamente finanziaria. Tale organico comprende i lavoratori assunti a tempo indeterminato e, per i posti vacanti (conseguenti alla mancata indizione dei concorsi da oltre 12 anni: v. punto 42 della sentenza Mascolo), comporta l'assegnazione delle cattedre per l'intero anno scolastico (da settembre ad agosto dell'anno successivo).

Detto organico, per sua natura, non ha alcun collegamento con le effettive esigenze della struttura scolastica e, ad esso, fa seguito successivamente, a metà anno, giugno-luglio, verificate le iscrizioni degli alunni, una correzione che porta all'organico "di fatto" (art. 4, comma 2), in relazione al quale vengono invece conferiti incarichi sino al termine dell'attività didattica, ovvero da settembre a giugno.

Tale situazione, pur costituendo una base per l'individuazione dell'organico effettivamente necessario per la gestione della struttura e che costituisce dunque la "normalità", non risolve comunque la copertura effettiva degli organici reali, poiché le evenienze ulteriori (assenze del malattia o maternità o altre evenienze imprevedibili) vengono poi sopperite con le supplenze temporanee (art. 4 comma 3: su questi punti si veda la sentenza Mascolo, punto 90).

Peraltro, anche le supplenze temporanee non costituiscono affatto, in linea di principio, contratti a tempo determinato "legittimi" come afferma la Corte di Cassazione (sempre punto 102 sentenze gemelle), perché la giurisprudenza della Suprema Corte dimentica l'art. 14 della legge n. 270/1982:

"14. Utilizzazione del personale docente di ruolo.

La utilizzazione dei docenti delle dotazioni aggiuntive deve contribuire nella scuola elementare e media, e per quanto compatibile anche nella scuola materna, a realizzare una programmazione educativa secondo quanto previsto dalla legge 4 agosto 1977, n. 517, assicurando peraltro il soddisfacimento in via prioritaria, nell'ordine, delle seguenti esigenze:

- *copertura dei posti di insegnamento che non possono concorrere a costituire cattedre o posti orario;*
- *copertura dei posti di insegnamento comunque vacanti e disponibili per un periodo non inferiore a 5 mesi nell'ambito del distretto o dei distretti vicini;*
- *sostituzione dei docenti destinati ai compiti di cui al successivo sesto comma;*
- *sostituzione dei docenti impegnati nella realizzazione delle scuole a tempo pieno;*
- *sostituzione dei docenti impegnati nello svolgimento dei corsi di istruzione per adulti finalizzati al conseguimento dei titoli di studio e per l'insegnamento nei corsi sperimentali di scuola media per lavoratori;*
- *sostituzione dei docenti utilizzati ai sensi del nono comma, secondo periodo del presente articolo.*

parametri costituzionali invocati". Sulla scorta di tale principio, non si vede quindi, a maggior ragione, quale valore possa dare la Corte di Cassazione a fatti e circostanze dedotte o presupposte dal MIUR, parte in causa, ai fini dell'esistenza di asserite ragioni obiettive che giustificherebbero la apposizione del termine ai contratti dei docenti impiegati nell'organico di fatto in merito alla vacanza del posto occupato.

A tal fine il provveditore agli studi definisce il contingente su base distrettuale ed assegna a ciascun circolo o scuola, in relazione alle esigenze, un contingente di docenti della dotazione aggiuntiva per la scuola materna, elementare e media.”

Dunque le esigenze temporanee dovrebbero essere coperte dalle Dotazioni organiche aggiuntive e, quindi, i contratti per supplenze temporanee non hanno ragione di essere stipulati, salvo che il datore-amministrazione non dimostri in giudizio di avere attivato ed esaurito il personale assunto nelle dotazioni organiche aggiuntive e l'esistenza della ragione oggettiva che impone il ricorso al lavoro a tempo determinato.

Ragione che deve essere esplicitata, posto che ogni atto della pubblica amministrazione deve essere motivato e che il contratto collettivo vigente all'epoca della stipulazione dei contratti esaminati dalla Cassazione nell'udienza dell'ottobre 2016, all'art. 40, imponeva, come già si è ricordato, la indicazione del lavoratore sostituito in ipotesi di sostituzione di personale assente²³.

6. Sul diritto al risarcimento del danno ex art. 32 della legge 183/2010 in caso di avvenuta stabilizzazione

Ciò chiarito e andando quindi al merito della questione del risarcimento, la Corte, con le citate sentenze del 7 novembre 2016 sul precariato scolastico, ha escluso che oltre all'avvenuta stabilizzazione del docente, questi abbia diritto anche al risarcimento del danno.

Con la incredibile, quanto crudele conseguenza che il docente che abbia avuto un risarcimento nei precedenti gradi di giudizio, è tenuto a restituire l'importo a suo tempo liquidato a fronte di una stabilizzazione avvenuta nel corso del giudizio, magari ad anni di distanza da quando ha avuto il risarcimento.

Nelle sentenze, infatti, la Sezione lavoro afferma che, nelle ipotesi in cui, nel corso della causa, il lavoratore sia stato stabilizzato, o a seguito degli ordinari meccanismi di inserimento in ruolo attraverso lo scorrimento della graduatorie ad esaurimento (v. sentenza Mascolo, punto 89) ovvero a seguito della avvenuta stabilizzazione ai sensi della legge 107/2015, non spetta il risarcimento del danno, erroneamente interpretando la sentenza 187/2016 della Corte costituzionale che, al punto 13, nel trattare della legge di stabilizzazione, afferma che l'«avvenuta immissione in ruolo oltre a svolgere la funzione tipica preventiva-punitiva delle sanzioni, nell'interpretazione del Giudice dell'Unione rifluisce sull'illecito “cancellandolo” (paragrafo 79 [della sentenza Mascolo])», per il futuro, non certamente per il passato.

Anche qui, quindi, si poneva la necessità di verificare la compatibilità della ricostruzione fatta da questa Corte con l'ordinamento europeo e, in particolare, nell'udienza del 18 ottobre era stato chiesto alla Cassazione di porre la seguente questione pregiudiziale alla Corte europea:

Se osta o meno al principio di equivalenza e di divieto di discriminazione, di cui all'art. 20 della Carta di Nizza e di cui all'art. 6 della CEDU, in connessione con la clausola 4 dell'accordo quadro allegato alla Direttiva 1999/70, il fatto che nel settore privato, ai sensi degli artt. 19 e 28 del d.lgs. 81/2015 (e prima ai sensi dell'art. 5 comma 4 bis del d.lgs. 368/2001), nell'ipotesi di abuso nell'utilizzo dei contratti a tempo

²³ Così il contratto collettivo del 2006-2009: ART.40 - RAPPORTO DI LAVORO A TEMPO DETERMINATO 1. Al personale di cui al presente articolo, si applicano le disposizioni di cui ai commi 2, 3, e 4 dell'art. 25. 2. Nei casi di assunzione in sostituzione di personale assente, nel contratto individuale è specificato per iscritto il nominativo del dipendente sostituito.

determinato, il rapporto si trasformi a tempo indeterminato e in favore del lavoratore sia prevista la corresponsione di un'indennità che va da 2,5 a 12 mensilità, mentre nel lavoro pubblico, ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. 165/2001 come interpretato dalla Corte di cassazione con le sentenze 22552-22557 del 7 novembre 2016, nella medesima ipotesi di abuso, al ricorrere della quale è esclusa la conversione in ragione dell'obbligo di concorso per l'accesso ai pubblici impieghi previsto dall'art. 97 della Costituzione italiana, laddove il rapporto venga trasformato a tempo indeterminato ad iniziativa dello stesso datore di lavoro pubblico, così facendo venir meno la ragione oggettiva che ostava alla conversione del rapporto e parificando le due situazioni, al lavoratore pubblico non spetti il risarcimento del danno previsto per il lavoratore privato e si debba accontentare unicamente dell'avvenuta costituzione a tempo indeterminato del rapporto.

La Corte di cassazione non ha ritenuto di rivolgersi alla Corte europea così motivando:

112. rientra nella competenza dello Stato italiano determinare le modalità di reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni, cosa che è stata fatta dal legislatore ordinario dando attuazione [all'art. 97 Cost.](#), comma 4, che sancisce il principio fondamentale secondo cui l'instaurazione del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni avviene, di regola, mediante pubblico concorso;

113. tale elemento è del tutto estraneo alla disciplina del lavoro svolto alle dipendenze di datori di lavoro privati e questo rappresenta uno dei fattori di maggiore diversificazione di tale rapporto rispetto al rapporto di lavoro (anche contrattualizzato) alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (Corte cost. sentenze n. 146 del 2008, n. 82 del 2003, n. 275 del 2001), sicchè la mancata previsione della stabilizzazione del rapporto di lavoro pubblico, per effetto della conversione dei rapporti a termine irregolari in rapporti a tempo indeterminato, non può dare luogo ad alcuna ingiustificata discriminazione, contrastante con il principio di eguaglianza (ex multis Corte Cost. n. 89 del 2003 e n. 146 del 2008);

114. l'eventuale sussistenza di un'ingiustificata disegualianza e/o discriminazione presuppone un giudizio comparativo tra situazioni fra loro confrontabili, ciò vale sia per quanto riguarda [l'art. 3 Cost.](#), sia per quel che concerne il principio fondamentale di non discriminazione del diritto UE (vedi, tra le tante: CGUE sentenza 12 giugno 2014, SCA Group Holding BV, C-39/13, C-40/13 e C-41/13 - riunite; sentenza 18 luglio 2013, FIFA, C-205/11 P);

115. la stessa CGUE, con giurisprudenza costante, ha precisato che la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro medesimo non sancisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come non stabilisce le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi, lasciando agli Stati membri un certo margine di discrezionalità in materia (ex multis CGUE sentenze 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C-53/04; 7 settembre 2006, Vassallo, C-180/04; 4 luglio 2006, Adeneler e altri, C-212/04; ordinanza 1 ottobre 2010, Affatato, C-3/10; sentenza 3 luglio 2014, Fiamingo, C-362/13, C-363/13 e C-407/13 - riunite; sentenza 26 gennaio 2012, Kiiciik, C-586/10);

116. la richiesta di avvio della procedura di rinvio pregiudiziale di cui si tratta non merita accoglimento neanche per la parte riguardante la mancata previsione di "alcuna sanzione effettiva, proporzionale, preventiva, dissuasiva sotto il profilo del risarcimento del danno", in quanto la CGUE ha già ripetutamente esaminato tale

questione e alle relative pronunce è stato dato seguito nella decisione che il Collegio assume nella presente controversia;

Ora, è agevole rilevare che, in conseguenza di tale giurisprudenza si ha la seguente situazione: nel privato, in ipotesi di abusivo ricorso al contratto a tempo determinato si ha la conversione del rapporto più la sanzione economica dell'art. 32, comma 5, della legge 183/2010; nel settore pubblico si ha invece, secondo le Sezioni unite 5072/2016, soltanto il risarcimento "fisso" dell'art. 32, comma 5, legge n.183/2010 più l'ulteriore danno di perdita di chances che spetta al lavoratore provare.

Tale differenza troverebbe la sua ragione oggettiva, secondo la Cassazione a sezioni unite, nell'obbligo del concorso: ma qui è facile osservare che se il lavoratore è stato stabilizzato, la ragione oggettiva che giustifica il trattamento discriminatorio viene meno e, dunque, non si capisce perché devono trattarsi diversamente situazioni che sono, di fatto, divenute identiche o equivalenti.

La soluzione della Corte di cassazione non è quindi per nulla convincente.

7. Le vicende successive alle sentenze del novembre 2016

Delle cause in oggetto, come detto discusse il 18 ottobre 2016, sono state depositate sei il 7 novembre successivo, con una velocità inconsueta per la Cassazione (evidentemente erano già state in linea di massima impostate). Una settimana sentenza (la 22558/2016) riguarda l'equiparazione economica (il riconoscimento degli scatti di anzianità professionale anche ai precari) che è stata affermata, con conseguente declaratoria dell'obbligo di corresponsione degli scatti anche ai lavoratori a termine. Qui la Corte non poteva fare altro, essendo in gioco la clausola 4 della Direttiva che impone la parità di trattamento ed il divieto di discriminazione.

Lo stesso giorno, la presidenza della Corte di cassazione ha diramato un ulteriore comunicato (circostanza mai verificatasi, neppure per sentenze di maggiore rilevanza, come la 5072/2016 sul risarcimento del danno nel settore pubblico) con il quale si informava delle decisioni e si invitavano i giudici di merito a non discostarsi dalle indicazioni date dalla Corte.

Inutile dire che, a seguito del comunicato, che costituiva un fermo, quanto inusuale invito ad attenersi ai principi stabiliti nelle sentenze del novembre 2016, la gran parte dei giudici di merito si sono prontamente adeguati ai principi del giudice di legittimità, con la conseguenza che quasi tutti i lavoratori che sono stati stabilizzati, per scorrimento delle graduatorie o in forza della legge 107/2015, su indicazione di quasi tutti i sindacati tradizionali, sono stati dissuasi dal proseguire nelle cause o ad iniziarle, anche per il timore di condanna alle spese. Il ché era poi l'obiettivo perseguito dalle sentenze della Cassazione del novembre 2016, accompagnate dagli atipici comunicati della Presidenza della Corte.

Ma l'errore e la violazione del diritto europeo da parte della Cassazione erano troppo evidente ed era chiaro che, prima o poi qualche giudice di merito si sarebbe rifiutato di applicare simili principi.

Peraltro, non risultando opportuno decidere in modo difforme dalla Cassazione, poiché è ovvio che la decisione sarebbe comunque arrivata in Cassazione con esito negativo scontato, l'unica strada era quella di sollevare la questione pregiudiziale avanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

In questo quadro, la Corte di appello di Trento ha così deciso di rimettere al questione avanti alla Corte europea, ritenendo che la Corte di cassazione si fosse,

sostanzialmente, sottratta alla applicazione della sentenza Mascolo del 26 novembre 2014 che, come tutte le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea, costituisce ius superveniens (ha cioè forza di legge nel nostro ordinamento), come stabilito dalla Corte costituzionale in diverse decisioni (per tutte si veda la ordinanza 196 del 2017).

Così la questione posta dal Giudice di Trento:

«Se la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n.1999/70/CE debba essere interpretata nel senso che osta all'applicazione dell'art. 1 commi 95, 131 e 132 della L. n. 107 del 2015 dello Stato Italiano, che prevedono la stabilizzazione degli insegnanti a termine per il futuro, senza effetto retroattivo e senza risarcimento del danno, quali misure proporzionate, sufficientemente energiche e dissuasive per garantire la piena efficacia delle norme dell'accordo quadro in relazione alla violazione dello stesso per l'abusiva reiterazione di contratti a termine per il periodo anteriore a quello in cui le misure, di cui alle norme indicate, sono destinate a produrre effetti.».

La questione posta era più che opportuna ove si consideri che la stabilizzazione oggetto dei giudizi decisi dalla Cassazione del novembre 2016, come di quello oggetto dell'ordinanza della Corte di appello di Trento, non era conseguenza della legge 107 del 2015 del governo Renzi, adottata proprio in applicazione della sentenza Mascolo, ma era avvenuta per il naturale scorrimento delle graduatorie.

La pendenza del procedimento pregiudiziale avanti alla Corte di Lussemburgo, è poi stata fatta presente alla Corte di cassazione che doveva decidere in camera di consiglio avanti alla Sezione sesta, dove vengono trattate le cause la cui soluzione è ormai pacifica a seguito delle ripetute pronunce della sezione lavoro (nella specie appunto, quelle rese da novembre 2016 sino ad oggi) dai difensori dei lavoratori, i quali hanno anche prodotto il ricorso presentato per un altro docente, parte di una delle sentenze del novembre 2016, avanti alla Corte europea dei diritti dell'Uomo di Strasburgo che era già stato dichiarato ammissibile dalla stessa Corte.

La sesta sezione, ove ritenga che la causa presenti aspetti particolari e diversi da quelle già decise dalla sezione lavoro, o comunque venga messa di fronte ad argomentazioni nuove, è tenuta a rinviare la causa alla sezione lavoro perché la causa venga tratta in udienza pubblica e, quindi, con la presenza delle parti (ai sensi delle recenti disposizioni in merito alla pubblicità delle udienze in Cassazione²⁴).

E la sezione ha ritenuto che la questione rimessa alla Corte europea meritasse un approfondimento e ha disposto con quattro ordinanze, la 27615/2017, la 27616/2017, la 27617/2017 e la 27618/2017, depositate il 21 settembre 2017, ha ritenuto che la questione non fosse per nulla da sottovalutare ed ha quindi rimesso la causa all'udienza pubblica. Altrettanto è stato fatto con ulteriori quattro ordinanze depositate il 22 novembre 2017 di identico contenuto.

Va segnalato, peraltro, che sempre la stessa sezione, all'udienza del 24 novembre

²⁴ Si veda, su questa ferita ancora aperta, tra i tanti commenti, G. Scarselli, "Il nuovo giudizio di cassazione per come riformato dalla legge 197/2016" in www.questionegiustizia.it, del primo dicembre 2016. L'autore apre il suo articolo con questa citazione: "Datemi il giudice che volete, parziale, corrotto, anche mio nemico, purché non possa procedere ad alcun atto fuori che dinanzi al pubblico". Gabriel Honoré Mirabeau (1775). Anche se, comunque, va dato atto che la gestione concreta della pubblicità delle udienze è stata, sino ad oggi, condotta con la massima correttezza e disponibilità da parte della Presidenza della sezione lavoro.

successivo, ha trattato causa identica e, contrariamente alle otto ordinanze ricordate, ha rigettato i ricorsi dei lavoratori con l'ordinanza 28136/2017, ripetendo le argomentazioni delle sentenze del novembre 2016 e ritenendo "inutile" la procedura aperta a Lussemburgo dalla Corte di appello di Trento.

La decisione da ultimo adottata non muta comunque il fatto che le otto cause ormai rimesse alla sezione lavoro saranno comunque discusse in udienza pubblica.

8. conclusioni

Come si vede, le decisioni della Corte di cassazione del novembre 2016 sulla scuola o non convincono (in merito all'onere della prova dell'illegittimità dei termini apposti ai contratti su organico di fatto) o sono nuovamente rimessi all'esame della Corte di giustizia dell'Unione (sulla questione del risarcimento in caso di stabilizzazione).

E' vero che quelle sentenze sono servite a fermare ed a contenere il contenzioso, ma altrettanto vero è che coloro che sono risultati perdenti nei giudizi non sembrano avere intenzione di fermarsi qui.

Ed infatti i primi ricorsi presentati alla CEDU avverso le sentenze sono già stati dichiarati ammissibili e questo è certamente un primo passo, visto che la Corte europea di Strasburgo non ha mancato di censurare più volte la "allegra" giurisprudenza delle Corti superiori italiane quando hanno acriticamente avallato lo Stato italiano per salvaguardare il bilancio pubblico a spese dei diritti dei lavoratori²⁵.

A parte tale aspetto concreto, resta che non pare degno di particolare lode che le massime giurisdizioni italiane si debbano fare carico delle carenze della politica, spingendosi sino a rinnegare la propria costante giurisprudenza quando si trova di fronte a dover decidere sul precariato pubblico.

E' forse il caso che la Corte si faccia un esame di coscienza e inizi seriamente a fare il giudice imparziale, anche quando c'è di mezzo lo Stato come datore di lavoro.

Roma, 7 gennaio 2018

²⁵ Si veda a sentenza depositata del 1° giugno 2017 relativa a otto ricorsi presentati contro l'Italia per le cosiddette «pensioni svizzere» (ricorso 21838/10), con la quale Strasburgo si è pronunciata, dopo aver già accertato la violazione italiana con la sentenza del 15 aprile 2014, stabilendo l'entità dell'indennizzo dovuto dall'Italia ai ricorrenti: con questa sentenza il Governo dovrà versare 871mila euro a cui aggiungere 96mila euro per i danni morali. Si veda anche - e ci limitiamo a questo - le ripetute sentenze (es.: 14 gennaio 2014 in proc. C-108/10,) relativa ai risarcimenti liquidati al personale ATA, oggetto di un imponente e lunghissimo contenzioso nel corso del quale l'Italia ha resistito oltre ogni limite ad applicare una normativa retroattiva fatta passare per interpretativa, nonostante il chiaro monito della CEDU.