

Breve commento alla sentenza Mascolo della Corte di giustizia dell'Unione europea.

La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 26 novembre 2014 (cause riunite C 22/13, da C 61/13 a C 63/13 e C 418/13) su ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli e, successivamente, della Corte costituzionale, si segnala per alcuni passaggi significativi, ma anche per talune omissioni, così ributtando la palla nel campo della giurisdizione interna.

Complessivamente si tratta di una sentenza importante, sia per le ricadute sul piano interno, sia per alcuni passaggi significativi che, pur appena abbozzati, potrebbero portare, nel futuro, a significative modificazioni nella interpretazione, da parte della Corte di giustizia, delle direttive sociali.

Preliminarmente deve ricordarsi come la Sentenza non riguardi solo il precariato scolastico ma pubblico in generale (maestri e personale ATA degli asili comunali, causa C-63/13, Russo), resi "scolastici" da un legislatore che si è accorto, solo dopo la proposizione della questione interpretativa pregiudiziale, della circostanza che gli stessi non erano disciplinati dalla normativa del settore scuola. È infatti stato aggiunto, all'articolo 10, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01, il seguente periodo: *«Per assicurare il diritto all'educazione, negli asili nidi e nelle scuole dell'infanzia degli enti locali, le deroghe di cui al presente comma si applicano, nel rispetto del patto di stabilità e dei vincoli finanziari che limitano per gli enti locali la spesa per il personale e il regime delle assunzioni, anche al relativo personale educativo e scolastico»*¹.

La Sentenza si segnala preliminarmente per la ricostruzione della normativa interna: non interessa alla Corte l'art 97 della Costituzione, quanto piuttosto l'art. 117 che prevede che «[l]a potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dal [diritto dell'Unione] e dagli obblighi internazionali».

Interessa poi l'art. 36, comma 5, del d.lgs. 165/01, reso "nudo" ovvero senza la protezione dell'art. 97 della Costituzione: «In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte

¹ Cfr. art. 4, comma 11, del D.L. 31 agosto 2013, n. 101, come convertito con modificazioni dalla L. 30 ottobre 2013, n. 125.

delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative (...)».

Anche in questo caso una rilevante segnalazione: non è richiamato il prosieguo della disposizione (*Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286*), per cui appare abbastanza palese che detta ultima previsione non è considerata dalla C.g.u.e. misura ostativa. Ne deriva più di un'ombra sulla compatibilità eurounitaria dell'art. 36, comma 5-quater del d.lgs. 165/01², aggiunto dall'art. 4, comma 1, lett. b), D.L. 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 ottobre 2013, n. 125.

Il legislatore interno, preoccupato dalla possibilità di risarcire i danni di cui all'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/01 nella tarda estate del 2013 è intervenuto con il D.L. n. 101, convertito con L. n. 125/13, abolendo il risarcimento del danno in ipotesi di illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro con la P.A. il comma 5-quater prevede: ***I contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione del presente articolo sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono, altresì, responsabili ai sensi dell'articolo 21. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato.***

È previsto dunque per i contratti a termine un meccanismo ostativo (comma 5-quater) sostanzialmente identico a quello previsto dal comma 5, senza il solo

² *I contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione del presente articolo sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono, altresì, responsabili ai sensi dell'articolo 21. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato.*

risarcimento del danno. Si tratta di una disposizione speciale, relativa alle ipotesi di nullità della clausola appositiva del termine (nel comma 5-ter è indicato il divieto di trasformazione) ed alle sue conseguenze, che cancella la previsione del risarcimento del danno.

Può dirsi sufficientemente la responsabilità erariale a contrastare la illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro con la P.A.? Invero deve solo rilevarsi che l'assenza di danno risarcibile fa venir meno ogni efficacia dissuasiva alla previsione della responsabilità erariale, stante la conseguente assenza di danno erariale. D'altro canto neanche la precedente previsione del risarcimento del danno e, dunque, di possibile responsabilità erariale ha costituito, nella pratica, ostacolo alla crescita esponenziale del precariato pubblico di lunga durata.

Il comma 5-*quater* prevede, altresì, la responsabilità dei dirigenti ai sensi dell'articolo 21 del d.lgs. n. 165/01 (responsabilità dirigenziale), accompagnata dal divieto di erogazione della retribuzione di risultato. Quanto alla prima conseguenza, essa è già presente nel comma 5; quanto alla seconda, peraltro già implicitamente presente nella responsabilità *ex art. 21*, deve domandarsi come, nella pratica, sia compatibile la mancata erogazione per un determinato periodo della retribuzione di risultato con i tempi complessivi necessari per l'accertamento definitivo della illegittimità della apposizione del termine a contratti di lavoro: quando l'accertamento interverrà la retribuzione di risultato sarà presumibilmente già stata erogata. Il legislatore dunque, pur dichiarando opposte intenzioni, ha reso più agevole, per chi escluda la possibilità di costituire contratti a tempo indeterminato con la P.A., la conclusione di contratti a termine.

Dalla ordinanza Papalia³ (ma anche dalla sentenza Mascolo) emerge che responsabilità dirigenziale ed erariale non costituiscono misure ostative: infatti in entrambe le pronunce la Corte di giustizia nel riportare, nel corpo della

³ Causa C-50/13, *Papalia*. La **Commissione europea** ha concluso nelle osservazioni scritte depositate, in tale procedimento, il 29 aprile 2013 che l'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 è norma inefficace e inadeguata a sanzionare gli abusi in caso di successione di contratti nel pubblico impiego e, in conseguenza, l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato «*deve essere interpretato nel senso che si oppone ad un regime nazionale che subordini a condizioni di prova discriminatorie rispetto ad altre analoghe fattispecie di diritto interno o, comunque, eccessivamente onerose il risarcimento del danno dovuto al lavoratore illegittimamente assunto a termine tramite il ricorso abusivo ad una successione di contratti a tempo determinato, ove il risarcimento del danno sia la sola misura prevista dall'ordinamento interno per prevenire e reprimere tale abuso*».

ordinanza, la normativa interna ostativa (il comma 5 dell'art. 36) **non ha riprodotto l'inciso relativo alla responsabilità dirigenziale** così palesando di non ritenere che detta previsione costituisca misura ostativa. Appare essere dunque *ius receptum* (le statuizioni della C.g.u.e. integrano il precetto della disposizione interpretata, chiarificandolo) che responsabilità dirigenziale ed erariale non costituiscono misure ostative. Per la sentenza Mascolo solo il risarcimento del danno (effettivo, energico e dissuasivo) o la costituzione del rapporto di lavoro sono misure ostative.

Le pregiudiziali

Le stesse meritano di essere sintetizzate con le parole della Corte di giustizia.

27 *Investito di tale ricorso, il Tribunale di Napoli indica, in primo luogo, che la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali, contrariamente a quanto dichiarato dalla Corte suprema di cassazione nella sentenza n. 10127/12, è contraria alla clausola 5 dell'accordo quadro.*

28 *Tale normativa, infatti, non contemplerebbe alcuna misura di prevenzione ai sensi del punto 1, lettera a), di detta clausola, poiché non consentirebbe di verificare concretamente, in modo obiettivo e trasparente, l'esistenza di un'esigenza reale di sostituzione temporanea e autorizzerebbe, come previsto esplicitamente dall'articolo 4, comma 1, della legge n. 124/1999, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato a copertura di posti effettivamente vacanti. Orbene, tale normativa non contemplerebbe neppure misure di prevenzione ai sensi del punto 1, lettera b), di detta clausola. Infatti, l'articolo 10, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001 escluderebbe d'ora in avanti l'applicazione alle scuole statali dell'articolo 5, comma 4-bis, del suddetto decreto, che prevede che i contratti di lavoro a tempo determinato di durata superiore a 36 mesi siano trasformati in contratti di lavoro a tempo indeterminato. Inoltre, tale normativa non conterrebbe alcuna misura di prevenzione ai sensi del punto 1, lettera c), della medesima clausola.*

29 *Peraltro, non sarebbe prevista alcuna misura sanzionatoria, poiché i contratti di lavoro a tempo determinato non potrebbero essere trasformati in contratti di lavoro a tempo indeterminato, secondo l'articolo 4, comma 14 bis, della legge n. 124/1999, se non in caso di immissione in ruolo sulla base delle graduatorie. Inoltre, sarebbe altresì escluso il diritto al risarcimento del danno causato dalla*

successione di contratti di lavoro a tempo determinato. Secondo la sentenza n. 10127/12 della Corte suprema di cassazione, infatti, l'articolo 36, comma 5, del decreto legislativo n. 165/2001, che prevede, in linea di principio, un siffatto diritto nel settore pubblico, non è applicabile qualora i contratti di lavoro a tempo determinato successivi abbiano superato il limite massimo di 36 mesi previsto dall'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001.

30 In secondo luogo, il giudice del rinvio, osservando che solo la scuola statale ha la facoltà di assumere personale a tempo determinato senza essere soggetta ai limiti previsti dal decreto legislativo n. 368/2001, comportando così una distorsione della concorrenza a danno della scuola privata, si chiede se la scuola statale rientri nella nozione di «settori e/o categorie specifici di lavoratori» ai sensi della clausola 5 dell'accordo quadro, che giustificano un regime distinto di prevenzione e di sanzioni per il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

31 In terzo luogo, tale giudice si interroga sulla conformità della normativa nazionale di cui trattasi rispetto alla clausola 4 dell'accordo quadro, nei limiti in cui essa prevede che un lavoratore del settore pubblico illegittimamente assunto a tempo determinato, a differenza di un lavoratore assunto a tempo indeterminato illegittimamente licenziato, non abbia diritto al risarcimento del danno subito.

32 In quarto luogo, tale giudice, osservando che, nella causa che ha dato luogo all'ordinanza Affatato (C 3/10, EU:C:2010:574), il governo italiano ha sostenuto che l'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001 è applicabile al settore pubblico, mentre la Corte suprema di cassazione ha dichiarato il contrario nella sua sentenza n. 10127/12, si chiede se, in considerazione del principio di leale cooperazione, tale erronea interpretazione del diritto nazionale da parte del governo non si debba più imporre ai giudici nazionali, rafforzando così il loro obbligo di procedere a un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione.

33 In quinto luogo, il Tribunale di Napoli si interroga sulla questione se la possibilità di trasformazione di un contratto di lavoro a tempo determinato in contratto di lavoro a tempo indeterminato, prevista dall'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001, rientri nelle informazioni di cui all'articolo 2, paragrafi 1 e 2, lettera e), della direttiva 91/533 che il datore di lavoro è tenuto a comunicare al lavoratore e, in caso affermativo, se l'esclusione retroattiva

dell'applicazione di tale articolo 5, comma 4 bis, alla scuola statale tramite il decreto legge n. 70/2011 sia conforme a detta direttiva.

34 Infine, in sesto luogo, il giudice del rinvio si chiede se una siffatta modifica con efficacia retroattiva della normativa nazionale, che ha avuto come conseguenza di privare il personale della scuola statale di un diritto di cui godeva al momento dell'assunzione, sia compatibile con i principi generali del diritto dell'Unione.

35 In tali circostanze, il Tribunale di Napoli ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali, di cui la settima è stata sollevata unicamente nelle cause C 61/13 e C 62/13, mentre, nella causa C 63/13, sono state sollevate unicamente la seconda, la terza e la quarta questione, le quali costituiscono la prima, la seconda e la terza questione di tale ultima causa:

«1) Se il contesto normativo del settore scuola, come descritto, costituisca misura equivalente ai sensi della clausola 5 della direttiva [1999/70].

2) Quando debba ritenersi che un rapporto di lavoro sia alle dipendenze dello "Stato", ai sensi della clausola 5 della direttiva [1999/70] ed in particolare anche dell'inciso "settori e/o categorie specifiche di lavoratori" e quindi sia atto a legittimare conseguenze differenti rispetto ai rapporti di lavoro privati.

3) Se, tenuto conto delle esplicazioni di cui all'articolo 3, [paragrafo] 1, lettera c), della direttiva 2000/78/CE [del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (GU L 303, pag. 16)] ed all'articolo 14, [paragrafo] 1, lettera c), della direttiva 2006/54/CE [del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (GU L 204, pag. 23)], nella nozione di condizioni di impiego di cui alla clausola 4 della direttiva [1999/70] siano comprese anche le conseguenze dell'illegittima interruzione del rapporto di lavoro; [i]n ipotesi di risposta positiva al quesito che precede, se la diversità tra le conseguenze ordinariamente previste nell'ordinamento interno per la illegittima interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed a tempo determinato siano giustificabili ai sensi della clausola 4 [della direttiva 1999/70].

4) *Se, in forza del principio di leale cooperazione, ad uno Stato sia vietato rappresentare in un procedimento pregiudiziale interpretativo alla Corte (...) un quadro normativo interno volutamente non corrispondente al vero ed il giudice sia obbligato, in assenza di una diversa interpretazione del diritto interno ugualmente soddisfattiva degli obblighi derivanti dalla appartenenza alla Unione europea, ad interpretare, ove possibile, il diritto interno conformemente alla interpretazione offerta dallo Stato.*

5) *Se nelle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro previste dalla direttiva [91/533] e segnatamente dall'articolo 2, [paragrafi] 1 e 2, [lettera] e), rientri la indicazione delle ipotesi in cui il contratto di lavoro a termine si può trasformare in contratto a tempo indeterminato.*

6) *In ipotesi di risposta positiva al quesito che precede se una modifica con efficacia retroattiva del quadro normativo tale che non garantisca al lavoratore subordinato la possibilità di far valere i suoi diritti derivanti dalla direttiva [91/533], ovvero il rispetto delle condizioni di lavoro indicate nel documento di assunzione, sia contrari[a] all'articolo 8, [paragrafo] 1, della direttiva [91/533] ed alle finalità di cui alla [stessa] ed in particolare al 2° "considerando".*

7) *Se i principi generali del vigente diritto [dell'Unione] della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, della uguaglianza delle armi del processo, dell'effettiva tutela giurisdizionale, [del diritto] a un tribunale indipendente e, più in generale, a un equo processo, garantiti dall'[articolo 6 TUE] (...) – in combinato disposto con l'articolo 6 della [CEDU], e con gli artt. 46, 47 e 52, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (...) – debbano essere interpretati nel senso di ostare, nell'ambito di applicazione della direttiva [1999/70], all'emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco temporale apprezzabile (3 anni e sei mesi), di una disposizione normativa, quale l'articolo 9 del decreto legge n. 70/[2011] convertito con L. 12 luglio 2011, n. 106, [che] ha aggiunto il comma 4-bis all'articolo 10 del [decreto legislativo n. 368/2001] – atta ad alterare le conseguenze dei processi in corso danneggiando direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro – [S]tato ed eliminando la possibilità conferita dall'[o]rdinamento interno di sanzionare l'abusiva reiterazione di contratti a termine».*

La Corte costituzionale ha deciso di sospendere un proprio procedimento⁴ e di sottoporre alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro (...) debba essere interpretata nel senso che osta all'applicazione dell'articolo 4, commi 1, ultima proposizione, e 11, della legge [n. 124/1999] – i quali, dopo aver disciplinato il conferimento di supplenze annuali su posti “che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre”, dispongono che si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, “in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo” – disposizione la quale consente che si faccia ricorso a contratti a tempo determinato senza indicare tempi certi per l'espletamento dei concorsi e in una condizione che non prevede il diritto al risarcimento del danno;

2) Se costituiscano ragioni obiettive, ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'[accordo quadro], le esigenze di organizzazione del sistema scolastico italiano come sopra delineato, tali da rendere compatibile con il diritto dell'Unione europea una normativa come quella italiana che per l'assunzione del personale scolastico a tempo determinato **non prevede il diritto al risarcimento del danno**».

Il precariato non scolastico.

La Sentenza fornisce interessantissime risposte con riferimento al precariato non scolastico. In particolare assume rilievo il punto 55

55 *Lo stesso Tribunale di Napoli, infatti, constata, nella sua ordinanza di rinvio nella causa C 63/13 (relativa al precariato pubblico ordinario), che la ricorrente nel procedimento principale beneficia, a differenza delle ricorrenti nei procedimenti principali nelle cause C 22/13, C 61/13 e C 62/13, dell'applicazione dell'articolo 5, comma 4 bis, 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 implica l'eliminazione definitiva delle conseguenze dell'abuso, è conforme ai requisiti derivanti dal diritto*

⁴ Questione sollevata dalla Corte costituzionale con ordinanza n. 207 del 3-18 luglio 2013, causa C-418/13, Napolitano.

dell'Unione (v., in particolare, sentenza Fiamingo e a., C 362/13, C 363/13 e C 407/13, EU:C:2014:2044, punti 69 e 70, nonché giurisprudenza ivi citata).

...

57 In ogni caso, dall'ordinanza di rinvio non risulta assolutamente in che modo un lavoratore che benefici di una siffatta trasformazione, la cui domanda di risarcimento è, peraltro, presentata in via subordinata, subisca, al pari dei lavoratori che si trovino nella situazione delle ricorrenti nei procedimenti all'origine delle cause C 22/13, C 61/13 e C 62/13, che sono esclusi dall'applicazione di tale articolo 5, comma 4 bis, un danno che dia diritto al risarcimento.

Ne deriva, altresì, la assoluta conformità al diritto europeo della costituzione del rapporto al superamento dei 36 mesi, che può costituire dunque una opzione ermeneutica possibile. Ne deriva che il lavoratore stabilizzato non subisce un danno fondato sulla violazione del diritto eurounitario. Nello stesso senso si è orientata la Corte di cassazione, con la Sentenza n. 27363/14 del 23.12.14.

Sull'obbligo di leale cooperazione e l'interpretazione dello Stato italiano dell'art 5, comma 4-bis.

60 Si deve osservare che tali questioni...si fondano...sulla premessa in forza della quale l'interpretazione del diritto nazionale apportata dal governo italiano nella causa che ha dato luogo all'ordinanza Affatato (EU:C:2010:574, punto 48), secondo cui l'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001 è applicabile al settore pubblico, è erronea e, pertanto, integra una violazione da parte dello Stato membro interessato del principio di leale cooperazione.

61 Tale interpretazione...corrisponde tuttavia pienamente all'interpretazione apportata nel caso di specie dal Tribunale di Napoli, e alla luce della quale, secondo una giurisprudenza costante, la Corte deve effettuare l'esame dei presenti rinvii pregiudiziali ... Tale giudice indica, infatti esplicitamente nelle sue ordinanze di rinvio che, a suo avviso, il legislatore nazionale non ha inteso escludere l'applicazione di detto articolo 5, comma 4 bis, al settore pubblico.

62 Inoltre, come risulta dal punto 28 della presente sentenza, lo stesso giudice del rinvio ritiene, cosa che rientra nella sua competenza esclusiva, che l'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001, sebbene si applichi al settore

pubblico, non sia applicabile alla scuola statale, di modo che tale disposizione non è rilevante ai fini delle controversie principali nelle cause C 22/13, C 61/13 e C 62/13.

Ne deriva che per la C.g.u.e. non vi è sleale cooperazione potendosi applicare la misura ostativa, sufficiente, della costituzione dei rapporti di lavoro, ex art. 5, comma 4-bis, in maniera conforme a quanto indicato dallo Stato italiano nella causa Affatato (C-3/10).

Dunque, mettendo a sistema le statuizioni delle cause Papalia e Mascolo, per la C.g.u.e. o si costituisce il rapporto di lavoro ex art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. 368/01 o, nel settore pubblico, vi è violazione del diritto eurounitario, in assenza di valida misura ostativa alla illegittima reiterazione dei rapporti di lavoro a termine con la P.A.. Non costituisce infatti idonea misura ostativa il risarcimento del danno.

Il concetto di Stato: il settore.

Ancora sono relevantissime le affermazioni implicite relative al concetto di settore (punti 69/71 della sentenza). La C.g.u.e. ha statuito la possibilità (non la necessità) di distinguere il regime sanzionatorio tra settore pubblico e privato, senza peraltro mai spiegare in cosa consistere il settore pubblico⁵. Invero un primo modesto segnale si ravvisa proprio nel punto 69 della sentenza Mascolo: **la scuola è un settore, non la P.A.** Queste le parole della Corte:

69 *Ne consegue che l'accordo quadro non esclude nessun settore particolare dalla sua sfera d'applicazione e che, pertanto, è applicabile al personale assunto nel settore dell'insegnamento.*

⁵ La questione è stata oggetto delle conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C-313/10, Jansen, presentate il 15 settembre 2011. Questi ha ritenuto che *solo la qualificazione giuridica del datore di lavoro, sia esso una persona di diritto privato o una persona di diritto pubblico, poco importi nell'ambito dell'applicazione della clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce... il settore pubblico non dovrebbe rientrare nella nozione di «settori specifici» ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, poiché mansioni perfettamente identiche possono essere espletate dai dipendenti del settore pubblico e da quelli che lavorano nel settore privato.... un'interpretazione della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro che riservi una sorte particolare agli impieghi rientranti nel settore pubblico potrebbe condurre ad un livello di tutela dei lavoratori abbastanza variabile tra gli Stati membri, tenuto conto delle differenze esistenti per quanto riguarda segnatamente il ruolo rispettivo dei soggetti pubblici e dei soggetti privati nella prestazione di servizi di interesse generale... la portata della nozione di settore pubblico varia in maniera troppo ampia in relazione alle concezioni adottate nei vari Stati membri.*

70 Tale conclusione è avvalorata dal contenuto della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, da cui si ricava che, conformemente al terzo comma del preambolo dell'accordo quadro nonché ai punti 8 e 10 delle sue considerazioni generali, è nell'ambito dell'attuazione di detto accordo quadro che gli Stati membri hanno facoltà, in quanto ciò sia oggettivamente giustificato, di tener conto delle esigenze particolari relative ai settori di attività e/o alle categorie specifici di lavoratori in questione (sentenza *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 39).

71 Ne deriva che lavoratori che si trovino nella situazione dei ricorrenti nei procedimenti principali, assunti in qualità di docenti o di collaboratori amministrativi per effettuare supplenze annuali in scuole statali nell'ambito di contratti di lavoro ai sensi del diritto nazionale, che incontestabilmente non rientrano in rapporti di lavoro che possano essere esclusi dall'ambito di applicazione dell'accordo quadro, sono soggetti alle disposizioni dello stesso, e in particolare, alla sua clausola 5 (v., per analogia, sentenza *Márquez Samohano*, C 190/13, EU:C:2014:146, punto 39).

Dunque prendendo parzialmente posizione sul quesito 2 (Quando debba ritenersi che un rapporto di lavoro sia alle dipendenze dello "Stato", ai sensi della clausola 5 della direttiva [1999/70] ed in particolare anche dell'inciso "settori e/o categorie specifiche di lavoratori" e quindi sia atto a legittimare conseguenze differenti rispetto ai rapporti di lavoro privati), opta per un concetto merceologico di settore, in conformità con le conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen nella causa Jansen (C-313/10) che non è stata decisa dalla C.g.u.e. perché *il procedimento principale era divenuto privo di oggetto*⁶ (la Germania il precario pubblico lo aveva nel frattempo probabilmente assunto dopo una sentenza di primo grado di riqualificazione del rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato). L'Avvocato generale della causa Jansen, dopo aver rilevato che le conseguenze dell'abuso per lo Stato possono essere diverse da quelle previste per i privati (trattamento differenziato), evidenzia che mai è stato chiarito cosa si intenda per Stato ovvero settore pubblico. L'A.G. evidenzia che *la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro autorizza chiaramente gli Stati membri a tener conto delle caratteristiche proprie a taluni settori, che sono inerenti alle attività specifiche*. Nelle varie versioni linguistiche della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro la

⁶ C.g.u.e. ordinanza del Presidente della II Sezione della Corte del 25 ottobre 2011.

dizione più corretta appare essere «determinati rami», e non «settori specifici» come nel testo italiano, e tale terminologia rinvia più a suddivisioni professionali quali l'industria, l'industria automobilistica, la siderurgia, la banca, le assicurazioni, o ancora a mio parere la metallurgia, la navigazione, il commercio al dettaglio, la sanità, ecc., piuttosto che ad una ramificazione che permetta di opporre il settore privato e il settore pubblico...La nozione utilizzata in tale clausola 5 deve essere interpretata con riferimento ai criteri pertinenti del diritto del lavoro collettivo, sapendo che il concetto economico di «ramo» è in particolare utilizzato per determinare l'ambito di applicazione professionale di contratti collettivi di lavoro.

Ad avviso dell'A.G. non è consentita una differenziazione delle misure ostative a fronte di mansioni perfettamente identiche che possono essere espletate dai dipendenti del settore pubblico e da quelli che lavorano nel settore privato.

Un'interpretazione della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro che riservi una sorte particolare agli impieghi rientranti nel settore pubblico potrebbe condurre ad un livello di tutela dei lavoratori abbastanza variabile tra gli Stati membri, tenuto conto delle differenze esistenti per quanto riguarda segnatamente il ruolo rispettivo dei soggetti pubblici e dei soggetti privati nella prestazione di servizi di interesse generale.

Di contro le «esigenze di settori specifici» di cui alla clausola 5 dell'accordo quadro dev'essere collegata all'«attenzione particolare» di cui ha chiaramente formato oggetto «la situazione specifica delle piccole e medie imprese» (PMI) al momento dell'elaborazione del testo dell'accordo quadro, conformemente all'articolo 137, paragrafo 2, CE (divenuto articolo 153 TFUE).

Sulla falsa riga di tali conclusioni la C.g.u.e. afferma che (punto 118) *sebbene, certamente, uno Stato membro possa legittimamente, nell'attuazione della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, prendere in considerazione esigenze di un **settore specifico come quello dell'insegnamento**, così come già rilevato ai punti 70 e 95 della presente sentenza, tale facoltà non può essere intesa nel senso di consentirgli di esimersi dall'osservanza dell'obbligo di prevedere una misura adeguata per sanzionare debitamente il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.*

Seguendo detto ragionamento pare doversi ritenere una interpretazione restrittiva del concetto di Stato, limitata alle funzioni tipicamente essenziali dello stesso⁷, ampliata in relazione alle funzioni essenziali previste dal diritto interno (in questo senso la Sentenza della C.g.u.e. in commento⁸) per cui una differenziazione delle misure sanzionatorie appare possibile solo in relazione a detti settori.

Le caratteristiche della misura italiana.

Pessima la fotografia del legislatore interno ed in genere dello Stato italiano che esce dalla Sentenza in commento.

Al punto 77 la C.g.u.e. afferma:

*77 Inoltre quando, come nel caso di specie, il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche nell'ipotesi in cui vengano 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).*

Il termine “energico” viene usato dalla C.g.u.e. per la prima volta nella sentenza Fiamingo (del 03/07/2014, procedimento C-362/13) che, guarda caso, riguarda l'Italia, e, per la seconda, nella sentenza Mascolo, il che la dice lunga sulla considerazione di cui godiamo in Europa. Solo all'Italia deve essere specificato che la misura ostativa deve essere energica. Invero il termine non appare significare qualcosa di diverso dall'usuale termine “effettivo” (effettività della misura) ma, posto che la Corte di cassazione ha talora ritenuto effettivo un risarcimento del danno necessariamente connesso alla perdita di chance di

⁷ Di certo difesa, giustizia, polizia, funzionamento degli organi essenziali, esteri.

⁸ Punto 94: *Inoltre, va rilevato che, come risulta, in particolare, dall'ordinanza di rinvio nella causa C 418/13, **l'insegnamento è correlato a un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione della Repubblica italiana che impone a tale Stato l'obbligo di organizzare il servizio scolastico in modo da garantire un adeguamento costante tra il numero di docenti e il numero di scolari. Orbene, non si può negare che tale adeguamento dipenda da un insieme di fattori, taluni dei quali possono, in una certa misura, essere difficilmente controllabili o prevedibili, quali, in particolare, i flussi migratori esterni ed interni o le scelte di indirizzi scolastici da parte degli scolari.***

diverse occasioni di lavoro, ecco che la C.g.u.e. ritiene di adoperare una terminologia *ad hoc*.

Il valore del pubblico concorso;

recepiti i principi della sentenza Burbaud.

Per i supplenti precari, come per altri pubblici dipendenti, normalmente la assunzione avviene senza concorso pubblico, con medesime modalità (doppio canale) sia in relazione a contratti a termine che a tempo indeterminato. Le argomentazioni della Sentenza della Corte di cassazione n. 10127/12 appaiono pertanto evidenziare che i principi dalla stessa applicati vadano oltre quanto necessario al raggiungimento dello scopo di selezionare i migliori candidati a condizioni il più possibile oggettive.

Il principio è evincibile dal punto 89 della Sentenza in commento.

Nel caso di specie si deve, in via preliminare, rilevare che dalle ordinanze di rinvio e dalle spiegazioni fornite in udienza risulta che, in forza della normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali, come prevista dalla legge n. 124/1999, l'assunzione di personale nelle scuole statali ha luogo sia a tempo indeterminato tramite l'immissione in ruolo sia a tempo determinato mediante lo svolgimento di supplenze. L'immissione in ruolo si effettua secondo il sistema cosiddetto «del doppio canale», ossia, quanto alla metà dei posti vacanti per anno scolastico, mediante concorsi per titoli ed esami e, quanto all'altra metà, attingendo alle graduatorie permanenti, nelle quali figurano i docenti che hanno vinto un siffatto concorso senza tuttavia ottenere un posto di ruolo, e quelli che hanno seguito corsi di abilitazione tenuti dalle scuole di specializzazione per l'insegnamento. Si è fatto ricorso alle supplenze attingendo alle medesime graduatorie: la successione delle supplenze da parte di uno stesso docente ne comporta l'avanzamento in graduatoria e può condurlo all'immissione in ruolo.

111 *In ogni caso, va osservato che, come risulta dal punto 89 della presente sentenza, una normativa nazionale quale quella di cui ai procedimenti principali non riserva l'accesso ai posti permanenti nelle scuole statali al personale vincitore di concorso, poiché essa consente altresì, nell'ambito del sistema del doppio canale,*

l'immissione in ruolo di docenti che abbiano unicamente frequentato corsi di abilitazione. In tali circostanze, come la Commissione ha fatto valere in udienza, non è assolutamente ovvio – circostanza che spetta, tuttavia, ai giudici del rinvio verificare – che possa essere considerato oggettivamente giustificato, alla luce della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, il ricorso, nel caso di specie, a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili in dette scuole motivato dall'attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali.

Il principio appare assolutamente analogo a quanto espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la Sentenza 9 settembre 2003, procedimento C-285/01, Isabel Burbaud c/ Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, punto 110⁹. Si tratta di una estensione di non poca importanza. Infatti la sentenza Burbaud atteneva alla estensione ed ai limiti del diritto di libera circolazione dei lavoratori, ovvero ad uno dei diritti fondamentali dell'Unione europea; la applicazione dei medesimi principi in altro settore era tutt'altro che scontata.

Altre importanti affermazioni

Viene ribadito che nell'adattamento dell'Ordinamento interno al diritto dell'Unione europea basta comportarsi secondo buona fede. Al punto 91 la C.g.u.e. ricorda: *la sostituzione temporanea di un altro dipendente al fine di soddisfare, in sostanza, esigenze provvisorie del datore di lavoro in termini di personale può, in linea di principio, costituire una «ragione obiettiva» ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), di tale accordo quadro (v., in tal senso, sentenze Angelidaki e a., da C 378/07 a C 380/07, EU:C:2009:250, punti 101 e 102, nonché Küçük, EU:C:2012:39, punto 30).*

Occorre sottolineare (punto 99) che, sebbene una normativa nazionale che consenta il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi per la sostituzione di personale in attesa dell'esito di procedure concorsuali possa essere giustificata da una ragione obiettiva, l'applicazione concreta di tale ragione, in considerazione delle particolarità dell'attività di cui trattasi e delle condizioni del suo esercizio, deve

⁹ Punto 110: *Si deve, di conseguenza, considerare che l'imposizione del superamento del concorso di ammissione all'ENSP in una fattispecie come quella di cui trattasi nella causa principale va oltre quanto necessario al raggiungimento dello scopo di selezionare i migliori candidati a condizioni il più possibile oggettive e non può quindi essere giustificata alla luce delle disposizioni del Trattato.*

essere conforme ai requisiti dell'accordo quadro. Nell'applicazione della disposizione del diritto nazionale di cui trattasi, le autorità competenti devono quindi essere in grado di stabilire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia atto a raggiungere lo scopo perseguito e sia necessario a tal fine ...

Dunque (punto 102) occorre a tal fine esaminare di volta in volta tutte le circostanze del caso, prendendo in considerazione, in particolare, **il numero di detti contratti successivi stipulati con la stessa persona oppure per lo svolgimento di uno stesso lavoro**, al fine di escludere che contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, sebbene palesemente conclusi per soddisfare un'esigenza di personale sostitutivo, siano utilizzati in modo abusivo dai datori di lavoro (v., in tal senso, sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punto 40 e giurisprudenza ivi citata).

La mancanza di un termine certo ed impercettibile entro il quale effettuare il concorso (punti 105-106 della Sentenza) ed anzi gravissimi i numeri in fatto (punto 109)¹⁰ depongono nel senso di un abuso in fatto, in assenza di valide ed effettive (energiche) misure ostative alla abusiva reiterazione di contratti a termine.

Le ragioni di bilancio (punto 110) sebbene ... possano costituire il fondamento delle scelte di politica sociale di uno Stato membro e possano influenzare la natura ovvero la portata delle misure che esso intende adottare,... esse non costituiscono tuttavia, di per sé, un obiettivo perseguito da tale politica e, pertanto, non possono giustificare l'assenza di qualsiasi misura di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro (v., per analogia, sentenza Thiele Meneses, C 220/12,

¹⁰ Punto 109 Una siffatta normativa, infatti, in assenza di un termine preciso per l'organizzazione e l'espletamento delle procedure concorsuali che pongono fine alla supplenza e, pertanto, del limite effettivo con riguardo al numero di supplenze annuali effettuato da uno stesso lavoratore per coprire il medesimo posto vacante, è tale da consentire, in violazione della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, a causa della mancanza strutturale di posti di personale di ruolo nello Stato membro considerato. Una siffatta constatazione risulta suffragata, non solo dalla situazione dei ricorrenti nei procedimenti principali, come descritta ai punti 23 e 37 della presente sentenza, ma anche, in maniera più generale, dai dati forniti alla Corte nell'ambito delle presenti cause. Così, a seconda degli anni e delle fonti, risulta che circa il 30%, o addirittura, secondo il Tribunale di Napoli, il 61%, del personale amministrativo, tecnico e ausiliario delle scuole statali sia impiegato con contratti di lavoro a tempo determinato e che, tra il 2006 e il 2011, il personale docente di tali scuole vincolato da siffatti contratti abbia rappresentato tra il 13% e il 18% di tutto il personale docente di dette scuole.

EU:C:2013:683, punto 43 e giurisprudenza ivi citata). In effetti vi è da dire che la reiterazione di contratti a termine nel settore scuola determina non pochi risparmi di bilancio, sub specie del mancato riconoscimento, in favore dei precari pluriennali, della anzianità di servizio in relazione agli scatti di anzianità e, dunque, alla progressione economica: un precario costa di meno di un non precario.

L'assenza di misure ostative

Appare pacifica per i giudici remittenti (tra cui la Corte costituzionale), l'assenza di misure ostative alla reiterazione indiscriminata e abusiva dei contratti a termine nel settore scuola.

La Corte di giustizia sintetizza ciò ai punti 114 e 115 della propria Sentenza.

*114 Per quanto riguarda l'esistenza di misure dirette a sanzionare l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, si deve rilevare, innanzitutto, che dalle ordinanze di rinvio risulta che, come espressamente indicato dalla Corte costituzionale nella sua seconda questione pregiudiziale nella causa C 418/13, la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali esclude qualsivoglia diritto al risarcimento del danno subito a causa del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato nel settore dell'insegnamento. In particolare, **è pacifico che il regime previsto dall'articolo 36, comma 5, del decreto legislativo n. 165/2001 nel caso di ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico non può conferire un siffatto diritto nei procedimenti principali.***

*115 Peraltro, come risulta dai punti 28 e 84 della presente sentenza, è altresì incontroverso che la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali **non consenta neanche la trasformazione** dei contratti di lavoro a tempo determinato successivi in contratto o rapporto di lavoro a tempo indeterminato, essendo esclusa l'applicazione dell'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001 alla scuola statale.*

Invero il quesito sulla efficacia retroattiva delle leggi serviva proprio per eliminare l'ostacolo alla conversione che è costituita nell'art. 10, comma 4-bis, del d.lgs.

368/01 introdotto dall'art 9, comma 18, del D.L. 13 maggio 2011, n. 70,¹¹ convertito con L. 12 luglio 2011, n. 106. La esclusione dell'applicazione dell'art 5, comma 4-bis è per la C.g.u.e. limitata al solo settore scolastico. Invero non pare costituire ostacolo l'art. 4, comma 14-bis, della legge n. 124/99, come già introdotta dal D.L. n. 134/09 (legge di conversione 24 novembre 2009, n. 167),¹² posto che un provvedimento giudiziale ben può tenere luogo della immissione in ruolo attraverso la quale i contratti a tempo determinato possono trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, ai sensi delle disposizioni vigenti (tra cui l'art. 5, comma 4-bis) e sulla base delle graduatorie previste, che hanno consentito le supplenze che hanno determinato il superamento dei 36 mesi.

Al punto 121 la Corte afferma che *in tali circostanze, non occorre rispondere alle altre questioni sollevate dal Tribunale di Napoli nelle cause C 22/13, C 61/13 e C 62/13*. Invero la affermazione, incomprensibile, appare avere un qualche senso nella ricerca di collaborazione con la Corte costituzionale: visto che tale Corte era (forzata?) remittente, viene passata ad essa la questione, con una ricerca di dialogo tra le Alte Corti in relazione al quale invero chi scrive è alquanto pessimista per le ragioni che si esprimeranno di qui a poco.

Le conclusioni della Corte

La Corte statuisce:

La clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa

¹¹ «4-bis. Stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui **all'articolo 40, comma 1, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, all'articolo 4, comma 14-bis, della legge 3 maggio 1999, n. 124, e all'articolo 6, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165**, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato. In ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-bis, del presente decreto...».

¹²Art. 4, comma 14-bis: «*I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, possono trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato **solo nel caso di immissione in ruolo**, ai sensi delle disposizioni vigenti e sulla base delle graduatorie previste dalla presente legge e dall'articolo 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n.296, e successive modificazioni*».

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

Le soluzioni differenziate per la scuola e per il precariato in genere.

Per il precariato pubblico in generale la C.g.u.e. ritiene che la normativa sul risarcimento del danno sia inidonea ad assicurare gli scopi della direttiva ed, in specie, a prevenire gli abusi (ordinanza Papalia), ma che la costituzione ex art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01 sia idonea ad assicurare le finalità e rispettare gli obblighi di cui alla direttiva 1999/70/Ce (cfr anche ordinanza Affatato).

Detta soluzione pare imposta in presenza di procedure di accesso regolari. In assenza di procedure di accesso regolari il contratto è nullo anche per il diritto interno, per cui non pare neppure possibile ritenere la sussistenza di contratti a termine.

L'alternativa è ritenere l'assenza di sanzione congrua ed addirittura l'assenza di qualsivoglia sanzione dalla data di introduzione del comma 5-quater dell'art. 36 del d.lgs. 165/01, che eliminerebbe dunque ogni sanzione.

Delle due dunque l'una: o ritenere l'Italia adeguata almeno dalla data di introduzione del comma 4-bis all'art. 5 del d.lgs. 368/01 stante la sostituibilità di rapporti di lavoro a termine dalla data del superamento dei 36 mesi, ovvero ricercare una difficile compatibilità euro unitaria nel risarcimento del danno, con la consapevolezza che, dalla introduzione della norma speciale sui contratti a

termine (comma 5-quater dell'art 36 del d.lgs. 165/01) l'Italia viola in diritto eurounitario.

Per il precariato scolastico le soluzioni sono più complesse e così alternativamente sintetizzabili.

- 1) Assenza di sanzione; il legislatore ha cancellato ogni ipotesi di sanzione; non appare possibile risarcire il danno, vista la assenza di *violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori*, presupposto per il risarcimento del danno ex art. 36 del d.lgs. n. 165/01; neppure appare possibile costituire i rapporti di lavoro in assenza di immissione in ruolo (art. 4, comma 14-bis, della legge n. 124/99) e visto il sistema di reclutamento scolastico che determina usualmente il superamento dei 36 mesi (ritenendosi così l'art. 10, comma 4-bis, del d.lgs. 368/01, introdotto dall'art 9, comma 18, del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, norma di sistema con efficacia retroattiva);
- 2) Ritenere la assenza di sanzione, ma che la violazione contestuale di tutte le misure previste dalla clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce (un caso di scuola) violi comunque un diritto che è conferito al singolo che è dunque risarcibile innanzi il giudice civile ordinario (rispetto alle singole misure la C.g.u.e. si è espressa però in senso opposto, ad esempio nella sentenza 15 aprile 2008, in causa C-268/06, Impact, nonché nella sentenza 23 aprile 2009, in causa C-378/380/07, Angelidaki);
- 3) Chiedere un intervento della Corte costituzionale o sull'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165/01 (nel senso della possibilità di costituzione dei rapporti di lavoro) e/o sull'art. 10, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01. Invero la disposizione sottoposta al vaglio del Giudice delle Leggi (l'art. 4 della legge n. 124 del 1999¹³) «*nella parte in cui consente la copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento, che risultino effettivamente vacanti e disponibili*

¹³ Cfr. comma 1: *Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangono prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero, e semprechè ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo, si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo.*

entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo, così da determinare una successione potenzialmente illimitata di contratti a tempo determinato, e comunque svincolata dall'indicazione di ragioni obiettive e/o dalla predeterminazione di una durata massima o di un certo numero di rinnovi», non pare atta ad assicurare alcuna tutela. Pur ove la predetta disposizione fosse dichiarata incostituzionale non si vede in che modo si potrebbe sanzionare la illegittima reiterazione di contratti a termine;

- 4) Si può altresì ritenere che l'art 10, comma 4-bis¹⁴, del d.lgs. 368/01 operi dalla data di sua entrata in vigore e dunque per il periodo antecedente la disciplina del contratto a termine nel settore scuola sia rinvenibile nel d.lgs. n. 368/01, con operatività dell'art 5, comma 4-bis. Ne derivano 2 possibili opzioni:
- a) interpretazione estensiva dell'art. 36, comma 5, facendo rientrare tra le ipotesi ivi previste (contratto nullo) un contratto che nullo non è;
 - b) Interpretazione nel senso della compatibilità della sanzione tipica dell'art 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01 con il precariato scolastico, con costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato al superamento dei 36 mesi.

Appare interessante chiudere sui costi della opzione interpretativa risarcitoria e della opzione favorevole alla stabilizzazione.

¹⁴ Art. 10 comma 4-bis del d.lgs. 368/01: *Stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui all'articolo 40, comma 1, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, all'articolo 4, comma 14-bis, della legge 3 maggio 1999, n. 124, e all'articolo 6, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessita' di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato. In ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-bis, del presente decreto. Per assicurare il diritto all'educazione, negli asili nidi e nelle scuole dell'infanzia degli enti locali, le deroghe di cui al presente comma si applicano, nel rispetto del patto di stabilita' e dei vincoli finanziari che limitano per gli enti locali la spesa per il personale e il regime delle assunzioni, anche al relativo personale educativo e scolastico.*

Un insegnante precario della scuola media costa €. 20.973,22¹⁵ l'anno. Il costo della stabilizzazione di un docente precario che lavora con supplenze annuali è pari alla retribuzione di luglio ed agosto, non percepita, ovvero €. 3495,54¹⁶. Invero però il costo non è tale, dovendosi detrarre sia la contribuzione, che è figurativamente accreditata presso l'INPS che versa l'indennità di disoccupazione, sia quest'ultima, pari al 60% della retribuzione. Si ha dunque un costo reale di €.1104,59, per un costo complessivo, su 150.000 docenti di €.165.688.438,00.

Il costo del risarcimento del danno, sulla scorta della medesima retribuzione, adoperando il minor criterio risarcitorio delibato favorevolmente dalla Corte di cassazione (2,5 mensilità, ovvero il minimo del collegato lavoro, è pari ad €. 1613,32 pro mese (dividendo la retribuzione annua per 13) e dunque almeno €. 4033,30 per ogni contratto abusivo e dunque almeno €. 604.995.000,00 annui (ove fossero concesse 15 mensilità si avrebbero €. 3.629.970.000,00).

Il dato non è irrilevante ai fini del decidere perché, dovendosi interpretare le disposizioni anche alla luce degli artt. 97, comma 1, e 81 della Costituzione, nella ricostruzione della *voluntas legis* non si può non tener conto di tale evidentissimo dato.

Vi è solo da sperare che nella interpretazione normativa l'ermeneuta sappia spingersi fino a guardare il fenomeno nel suo complesso, senza fermarsi all'orticello della questione sottoposta al suo esame.

¹⁵ Fonte: <http://www.ticonsiglio.com/stipendi-docenti-ata-contratto-nazionale/>

¹⁶ Calcolati dividendo il dato per 12, ovvero anestetizzando il costo della 13^a mensilità.