

I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico*

Mariapaola Aimo

1. Il nodo del precariato nel comparto Scuola	151
2. Le assunzioni a termine del personale scolastico: norme applicabili e soluzioni giurisprudenziali	152
3. Un giudice <i>a quo</i> d'eccezione per la Corte di giustizia: la Corte costituzionale	157
4. Precari della scuola <i>versus</i> MIUR nel caso <i>Mascolo</i> : 1 a 0	160
5. In attesa della pronuncia della Corte costituzionale	164

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 240/2015

1. Il nodo del precariato nel comparto Scuola

Portandosi dietro una certa scia di clamore mediatico, è finalmente arrivata la risposta dei giudici di Lussemburgo ai rinvii pregiudiziali operati dalla Corte costituzionale italiana e prima ancora dal Tribunale di Napoli in merito alla compatibilità della normativa italiana relativa al cd. precariato scolastico rispetto alla Direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato: i profili di interesse suscitati dalla sentenza *Mascolo*⁴²³ - con cui la Corte di giustizia ha espresso, come si vedrà, un giudizio di sostanziale incompatibilità della disciplina domestica controversa rispetto a quella dell'Unione - sono senza dubbio molti e rilevanti, sia di diritto interno sia di diritto europeo, tanto processuali quanto di merito.

Nei confronti di tale pronuncia si è via via sviluppata, negli ultimi mesi, una forte attesa: *in primis* da parte della categoria dei lavoratori precari interessati - insegnanti e personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA), molti dei quali ricorrenti in procedimenti giudiziari promossi innanzi ai giudici del lavoro e sospesi aspettando la pronuncia della Corte di giustizia - e delle loro organizzazioni sindacali, ma anche da parte dello Stato, ed in particolare del Ministero dell'istruzione, che, dopo i provvedimenti adottati negli scorsi anni⁴²⁴, nel settembre 2014 ha annunciato e programmato modifiche nella materia e specificamente l'adozione di un piano straordinario di assunzioni nella scuola⁴²⁵. Ben noto e di certo non nuovo in Italia è infatti il "problema dei precari della scuola" e la stessa Corte di giustizia - ormai avvezza a misurarsi con la normativa italiana sui contratti a termine dei lavoratori pubblici - risulta ben avvertita della rilevanza e complessità della questione, così come lo sono l'Avvocato generale Szpunar, che ha presentato alla Corte le sue Conclusioni nel caso qui in esame⁴²⁶, e la Commissione europea, che già nel 2011 ha aperto nei confronti del nostro paese due procedure di infrazione per la non corretta trasposizione della Direttiva 1999/70 proprio con riferimento al personale a tempo determinato impiegato nella scuola pubblica⁴²⁷.

⁴²³ Corte Giust., 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-161/13, *Mascolo e a.*, non ancora pubbl.

⁴²⁴ Un «piano triennale per l'assunzione a tempo indeterminato di personale docente, educativo e ATA» è stato previsto, per gli anni 2011-2013, dall'art. 9, co. 17, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, in l. 12 luglio 2011, n. 106, e, per gli anni 2014-2016, dall'art. 15, co. 1, d.l. 12 settembre 2013, n. 104, convertito, con modificazioni, in l. 8 novembre 2013, n. 128.

⁴²⁵ Lo si evince dal Rapporto MIUR *La Buona Scuola. Facciamo crescere il Paese* (consultabile in <https://labuonascuola.gov.it/>), ove sono proposti un piano straordinario per assumere a settembre 2015 quasi 150 mila docenti ed il bando di un nuovo concorso a cattedra, oltre che modifiche dell'attuale sistema di reclutamento (una regolare indizione di concorsi dovrebbe infatti d'ora in poi permettere di coprire con docenti assunti a tempo indeterminato i posti che si renderanno vacanti e disponibili per effetto del *turn over* a decorrere dall'anno 2016). Nella legge di stabilità 2015 (l. n. 190/2014) è stato istituito un fondo *ad hoc*, denominato *Fondo La buona scuola*, con una dotazione di 1.000 milioni di euro per l'anno 2015 e di 3.000 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2016, finalizzato prioritariamente alla realizzazione del suddetto piano straordinario di assunzioni (art. 1, co. 4 e 5).

⁴²⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale, 17 luglio 2014, cause riunite nn. C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-161/13, *Mascolo e a.*, non ancora pubbl.

⁴²⁷ Delle due procedure attivate è tuttora pendente la procedura n. 2010/2124, la quale risulta essere nella fase della messa in mora complementare ai sensi dell'art. 258 TfUE (vedi <http://eurinfra.politichecomunitarie.it/ElencoAreaLibera.aspx>); sul punto cfr. V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e prassi gestionali*, Cacucci, Bari, 2013, p. 130 s.

L'intera vicenda presenta inoltre - più in generale - un aspetto processuale di evidente novità e di sicuro rilievo, poiché con la sentenza *Mascolo*, com'è noto, la Corte di giustizia ha risposto al dialogo diretto che il giudice delle leggi italiano ha aperto nei suoi confronti attraverso una pregiudiziale interpretativa sollevata per la prima volta in un procedimento incidentale.

2. Le assunzioni a termine del personale scolastico: norme applicabili e soluzioni giurisprudenziali

Non v'è dubbio - come ha più volte ripetuto la Corte di Lussemburgo - che l'ampio ambito di applicazione della Direttiva 1999/70 comprende tutti i lavoratori a tempo determinato, «senza operare distinzioni basate sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro»⁴²⁸ e senza escludere alcun settore particolare⁴²⁹. Dall'osservanza dei vincoli posti dall'Unione in materia di contratti a tempo determinato non può pertanto prescindere l'articolato quadro normativo nazionale in materia di reclutamento nel settore dell'insegnamento, che presenta a ben vedere un carattere di "doppia specialità", tanto rispetto alla disciplina sui contratti flessibili nell'impiego pubblico contenuta nel d.lgs. n. 165/2001, quanto rispetto alle regole generali sul lavoro a termine di cui al d.lgs. n. 368/2001.

Se, infatti, l'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, relativo all'«utilizzo di contratti di lavoro flessibile», si pone come norma speciale, al contempo di prevenzione degli abusi e sanzionatoria⁴³⁰, in relazione al d.lgs. n. 368/2001, il quale è applicabile al settore pubblico salvo che sia diversamente disposto⁴³¹, un ulteriore tratto di specialità si profila proprio con riguardo al personale scolastico, poiché l'art. 70, co. 8, dello stesso d.lgs. n. 165, dopo aver ribadito il principio di carattere generale secondo cui le sue disposizioni si applicano al comparto della scuola, specifica tuttavia che le procedure di reclutamento in tale ambito restano assoggettate alla particolare regolamentazione di cui al d.lgs. n. 297/1994 e successive modificazioni ed integrazioni: vale a dire ad una disciplina

⁴²⁸ V. Corte Giust., 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, in *Racc.*, 2006, p. 6057, punto 56, Corte Giust., 3 luglio 2014, cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13, *Fiamingo*, non ancora pubbl., punto 29.

⁴²⁹ Cfr. la sentenza *Fiamingo*, cit., punto 38; l'espressa affermazione dell'applicabilità della Direttiva al personale assunto nel settore dell'insegnamento è ora contenuta nella sentenza *Mascolo*, cit., punto 69.

⁴³⁰ Tale disposizione, com'è noto, è in stato di perenne modifica e pertanto di non agevole lettura: secondo l'attuale formulazione del comma 2, in particolare, le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione «per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale», mentre il comma 5 regola il sistema sanzionatorio in caso di violazione di disposizioni imperative sull'assunzione vietando - in nome del precetto, di cui all'art. 97 Cost., dell'accesso agli impieghi nella p.a. mediante pubblico concorso - il meccanismo vigente nell'impiego privato della conversione a tempo indeterminato del contratto a termine illegittimamente stipulato e sostituendolo con la sanzione del risarcimento del danno, con l'obbligo per l'amministrazione di «recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave»; ai sensi del co. 5-*quater* (aggiunto dal d.l. n. 101/2013, conv. con mod. dalla l. n. 125/2013), i contratti a termine posti in essere in violazione dello stesso art. 36 sono nulli e determinano responsabilità erariale, responsabilità dirigenziale e l'impossibilità di erogare al dirigente responsabile la retribuzione di risultato. Con riguardo al sistema sanzionatorio, pur riconoscendo la rilevanza in termini di dissuasività dell'accentuata responsabilizzazione dei dirigenti pubblici realizzata grazie alle modifiche via via intervenute, resta tuttavia centrale, ai fini del rispetto dei parametri di effettività ed efficacia della sanzione in caso di abuso richiesti dal diritto europeo (su cui cfr. nota 11), la garanzia di una sanzione efficace a favore del lavoratore interessato, quanto meno riconoscendogli un risarcimento adeguato. Per una lettura della norma, v., *ex multis*, P. Saracini *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 157 ss., V. Pinto, *op. ult. cit.*, p. 61 ss., e E. Ales, *L'utilizzo temporaneo del lavoro subordinato nelle Pubbliche Amministrazioni: un'analisi genealogica*, in R. Del Punta, R. Romei (a cura di), *I rapporti di lavoro temporanei*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 417 ss.

⁴³¹ Cfr. V. Pinto, *op. ult. cit.*, p. 105 ss.

ad hoc che fissa le modalità di immissione in ruolo del personale docente ed ATA⁴³², a cui si affianca un *corpus* normativo dedicato alle cd. supplenze, cioè ai contratti di lavoro a tempo determinato, contenuto nella l. n. 124/1999.

Proprio l'art. 4 di quest'ultima legge - che distingue tra supplenze annuali su organico "di diritto", affidate «in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo» e relative a posti disponibili e vacanti (con scadenza al termine dell'anno scolastico), supplenze temporanee su organico "di fatto", riguardanti posti disponibili ma non vacanti (con scadenza al termine delle attività didattiche), e infine supplenze più brevi, destinate a durare fino alla cessazione delle esigenze per le quali sono state disposte - è la disposizione che i Tribunali di Roma e Lamezia Terme hanno sottoposto al vaglio della Corte costituzionale, per asserita violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., integrato dalla norma comunitaria interposta costituita dalla clausola 5.1 della Direttiva 1999/70, e della cui compatibilità col diritto dell'Unione la Consulta ha chiesto lumi alla Corte di giustizia, interrogandola, come si dirà, sull'interpretazione di tale disposizione europea volta alla prevenzione degli abusi nella reiterazione dei contratti a termine.

Bisogna però preliminarmente ricordare il cospicuo contenzioso che - a fronte di un numero quantitativamente (e patologicamente) significativo di docenti e lavoratori ATA "stabilmente precari" e di una conseguente forte, ma inascoltata, domanda di vera stabilizzazione proveniente da costoro - si è in questi anni generato nelle aule di giustizia: un contenzioso vertente sulla legittimità rispetto ai dettami europei dell'ormai ordinaria reiterazione nel comparto scolastico delle assunzioni a termine (in parte parallelo al più generale tema della sanzione applicabile ai contratti a termine stipulati in maniera illegittima dalle pubbliche amministrazioni⁴³³) ed in particolare sull'applicabilità o meno al personale docente e ATA del limite di cui all'art. 5, co. 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001, che, introdotto dalla l. n. 247/2007 per l'appunto al fine di adeguare l'ordinamento interno a quello europeo, fissa un tetto massimo di 36 mesi complessivi alle successioni di contratti a termine, pena la loro trasformazione in contratti a tempo indeterminato. Sono stati proprio l'allarme suscitato da tali crescenti controversie e le risposte via via fornite dai giudici di merito a quegli interrogativi - alcune delle quali hanno riscontrato un contrasto tra diritto europeo e

⁴³² È ad oggi vigente il cd. "sistema a doppio canale", che prevede che le assunzioni a tempo indeterminato abbiano luogo per il 50% dei posti mediante concorsi per titoli ed esami (che non sono stati banditi nel lungo arco di tempo compreso tra il 1999 e il 2011, sebbene nel disegno del legislatore se ne prevedesse l'indizione con frequenza triennale) e per il restante 50% attingendo da graduatorie in cui sono inseriti sia docenti che hanno vinto concorsi pubblici sia docenti che hanno seguito corsi di abilitazione all'insegnamento e che vengono altresì utilizzate per conferire le supplenze in base all'ordine in graduatoria (il quale si determina in base ad una progressione principalmente legata alla ripetizione degli incarichi di supplenza).

⁴³³ In proposito sono ben conosciute tanto l'annosa questione dell'ammissibilità - sotto il profilo costituzionale e comunitario - di una sanzione differenziata tra lavoro privato e pubblico, quanto la controversia giurisprudenziale sulla qualificazione e quantificazione del danno da risarcire ex art. 36 d.lgs. n. 165/2001, alla luce dei criteri di effettività della sanzione richiesti dal diritto dell'Unione europea. Sotto questo secondo profilo - in estrema sintesi e semplificando (rinviando sul punto a L. Di Paola, I. Fedele, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Giuffrè, Milano, 2011, ai saggi citati in nota 8, nonché alle osservazioni che verranno svolte nel seguito) - si sono registrate forti oscillazioni nella giurisprudenza di merito tra chi, sulla base dell'assunto secondo cui il danno arrecato al lavoratore corrisponde alla perdita del posto di lavoro, lo solleva in sostanza dall'onere di provare tale pregiudizio e rinviene in parametri di quantificazione diversi i regimi sanzionatori per equivalente da applicare ai casi di specie, e chi, invece, nega la configurabilità di un danno *in re ipsa* e ritiene che il diritto al risarcimento del danno di cui al citato art. 36 deve, secondo le categorie generali, essere provato in giudizio dal lavoratore con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento. Quest'ultima è la posizione adottata dalla Corte di Cassazione nella nota sentenza del 13 gennaio 2012, n. 392 (in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 138), successivamente ribadita in altre pronunce, ma più di recente espressamente censurata dalla stessa Suprema Corte: per un accenno a questi sviluppi giurisprudenziali si rinvia *infra*, par. 5.

nazionale, distinguendosi poi con riferimento alle soluzioni fornite nei casi di specie (compresa quella della conversione del rapporto) - ad indurre il legislatore italiano a integrare il quadro normativo sul reclutamento scolastico: in un primo momento, nel 2009, ribadendo che i contratti stipulati a tempo determinato con i docenti per la copertura di supplenze annuali possono convertirsi in contratti a tempo indeterminato soltanto con l'immissione in ruolo dei docenti stessi⁴³⁴ ed in un secondo momento, nel 2011, escludendo *expressis verbis* dall'ambito di applicazione della normativa generale di cui al d.lgs. n. 368/2001 - e segnatamente del suo art. 5, co. 4-*bis* - i contratti a termine stipulati per il conferimento delle supplenze nelle scuole, «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»⁴³⁵.

L'articolato quadro normativo sin qui descritto è stato oggetto, come si è accennato, di valutazioni divergenti da parte della giurisprudenza con riguardo alla sua compatibilità col diritto europeo⁴³⁶. Tra i diversi giudici di merito che hanno adottato la tesi della non conformità - ritenendo in linea di massima contrastanti con la Direttiva le supplenze con cui si coprono, senza prevedere alcuna misura di prevenzione degli abusi, posti già compresi nella pianta organica ma vacanti perché ancora privi di titolare e facendo viceversa salve solo quelle che rispondono ad esigenze connotate da temporaneità -, vi è chi ha fatto poi applicazione del limite massimo di 36 mesi di cui al citato art. 5, co. 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001 in caso di maturazione del triennio di precariato prima dell'entrata in vigore dell'espressa esclusione decretata nel 2011 (ritenendola pertanto innovativa e non meramente ricognitiva dell'assetto esistente) e ha riconosciuto al lavoratore interessato il risarcimento del danno⁴³⁷; e vi è chi, invece, ha interpretato l'art. 4, co. 1, della l. n. 124/1999 - per armonizzarlo col diritto europeo - valorizzando il richiamo che ivi si legge alla necessità di conferire supplenze annuali «in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo» ed affermando che il ricorso reiterato ad esse potrebbe essere giustificato dall'esigenza di garantire il servizio scolastico solo nell'arco temporale strettamente necessario all'espletamento ciclico di tali procedure, da bandirsi ogni tre anni

⁴³⁴ In virtù del co. 14-*bis* aggiunto all'art. 4 l. n. 124/1999 dal d.l. n. 134/2009, convertito, con modifiche, in l. n. 167/2009.

⁴³⁵ Così recita il nuovo co. 4-*bis* dell'art. 10 del d.lgs. n. 368/2001, aggiunto dal d.l. n. 70/2011, convertito, con modifiche, in l. n. 106/2011.

⁴³⁶ Sul punto si rinvia, per tutti, alle trattazioni di L. Menghini, *La successione dei contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 699 ss., e di L. Fiorillo, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interpretazione giurisprudenziale*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 686 ss.

⁴³⁷ V., ad es., Trib. Genova, 25 marzo 2011, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 418, secondo cui, «in caso di illegittimità della clausola di durata apposta ai contratti a termine del personale delle scuole, non operando ai sensi dell'art. 36 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, la conversione del rapporto di lavoro, deve essere riconosciuto al lavoratore un risarcimento economico da quantificarsi con riferimento all'art. 18 st. lav.»; v. invece Trib. Trani, 24 ottobre 2011, in *Osservatorio trentino sui diritti sociali del lavoro* (in www.dirittisocialitrentino.it), che ha disposto la trasformazione a tempo indeterminato del rapporto in caso di completamento del triennio entro la data di entrata in vigore dell'integrazione legislativa apportata nel 2009 (muovendosi anche sulla scorta delle note pronunzie di merito che hanno superato, con varie argomentazioni, il generale divieto di conversione giudiziale stabilito dall'art. 36 d.lgs. n. 165/2001, in nome del principio costituzionale dell'accesso agli impieghi pubblici tramite concorso: v. Trib. Siena, 27 settembre 2010, in *Dir. relaz. ind.*, 2011, p. 472, con nota di P. Saracini; Trib. Livorno, 25 gennaio 2011, in *G. lav.*, 2011, n. 10, p. 17, con nota di F. Putaturo Donati; Trib. Siena, 13 dicembre 2010, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 374, con nota di F. Siotto); v. pure Trib. Napoli, 16 giugno 2011, in *Lav. giur.*, 2011, p. 961 s.

(ai sensi dell'art. 400 del d.lgs. n. 297/1994), oltre i quali l'assunzione diverrebbe illegittima, dando luogo al diritto al risarcimento del danno⁴³⁸.

Altri giudici di merito, al contrario, hanno valutato come conforme al diritto dell'Unione la disciplina del reclutamento nel settore scuola⁴³⁹ e tale minoritario orientamento è stato avallato nel 2012 dalla giurisprudenza di legittimità, che - pronunciandosi per la prima volta in materia - ha sottolineato come un siffatto quadro normativo, in ragione della sua completezza, organicità e funzionalizzazione, abbia natura autonoma e speciale e sia rispondente «a criteri razionali e di efficienza ed atto a prevenire l'abuso nella successione di contratti a termine, in armonia con la Direttiva»⁴⁴⁰ sul contratto a tempo determinato, con la conseguente non sanzionabilità della sequenza di supplenze annuali (né con la conversione in contratto a tempo indeterminato, né col risarcimento del danno) per mancanza di un abuso del diritto nella reiterazione dei contratti. Secondo l'impostazione della Suprema Corte, in sostanza, il *corpus* normativo in questione, consentendo la stipula dei contratti a termine solo per esigenze oggettive dell'attività scolastica, cui non fa riscontro alcun potere discrezionale dell'amministrazione⁴⁴¹, non si porrebbe in contrasto con la Direttiva 1999/70 poiché costituirebbe «norma equivalente» alle misure di prevenzione imposte dalla sua clausola 5⁴⁴², le quali possono non essere applicate nel caso in cui siano già in vigore nell'ordinamento nazionale misure appunto equivalenti, cioè capaci – secondo la nozione fornita dalla Corte di giustizia – di impedire effettivamente l'utilizzo abusivo di una successione di contratti a termine⁴⁴³.

Nonostante il giudizio della Corte di Cassazione di «piena compatibilità» delle norme europee con le speciali disposizioni interne, questa delicata questione interpretativa non si è sopita, anzi: oltre

⁴³⁸ App. Roma, 26 marzo 2012, in *Mass. giur. lav.*, 2012, p. 645 ss. (ove si ritiene, in ossequio all'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno rispetto a quello europeo, che il lavoratore deve essere esonerato dalla prova del pregiudizio subito, da stimarsi giudizialmente in via equitativa attraverso il parametro dell'art. 18 st. lav.); v. anche Trib. L'Aquila, 27 giugno 2012, in *Riv. critica dir. lav.*, 2012, p. 410 e le sentenze pubblicate dall'Osservatorio trentino, cit.

⁴³⁹ V., tra le altre, App. Perugia, 8 marzo 2011, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 1307 (con nota di L. Ratti); App. Genova, 22 maggio 2012, in *Foro it.*, 2012, I, p. 2004; App. Milano, 27 giugno 2012, in *Riv. critica dir. lav.*, 2012, p. 411, secondo cui il sistema delle supplenze nella scuola «rappresenta un corpo di norme equivalenti idoneo a prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato, in quanto consente l'instaurazione di rapporti a termine solo a fronte di esigenze precise e concrete, tipizzate legislativamente e attraverso procedure rigide e prive di discrezionalità per l'amministrazione nella scelta del destinatario dell'assunzione a termine». V. anche le sentenze pubblicate dall'Osservatorio trentino, cit.

⁴⁴⁰ Così Cass., 20 giugno 2012, n. 10127, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 870 (con nota di L. Fiorillo).

⁴⁴¹ La Corte di Cassazione sottolinea infatti che il conferimento dell'incarico di supplenza, da un lato, avviene sulla base della posizione acquisita in graduatoria, comportando «necessariamente la reiterazione degli incarichi che, pur tuttavia, rimangono temporanei e collegati ciascuno alla specifica e precisa esigenza del singolo istituto scolastico», e dall'altro costituisce il veicolo «attraverso il quale l'incaricato si assicura l'assunzione a tempo indeterminato in quanto, man mano che gli vengono assegnati detti incarichi, la sua collocazione in graduatoria avanza e, quindi, gli permette l'incremento del punteggio cui è correlata l'immissione in ruolo» (e per questo, secondo la Suprema Corte, la normativa in esame rappresenta una legittima ipotesi di applicazione dell'art. 97 Cost. nella parte in cui consente alla legge di derogare alla regola del concorso pubblico; v. anche *infra*, nota 10).

⁴⁴² Cass., 20 giugno 2012, n. 10127, cit., ha inoltre specificato – a differenza della richiamata giurisprudenza di merito (v. *supra*, nota 15) - il «valore d'interpretazione autentica, per rendere chiaro ed espresso quello che già si vinceva dal precedente sistema normativo», dell'espressa esclusione, operata dal legislatore nel 2011, delle supplenze scolastiche dall'ambito di applicazione della normativa generale di cui al d.lgs. n. 368/2001.

⁴⁴³ Corte giust., 4 luglio 2006, *Adeneler*, cit., punto 65; Corte giust., 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki*, in *Racc.*, 2009, p. 3071, punto 76.

a posizioni assunte in senso opposto dalla giurisprudenza di merito⁴⁴⁴, nel corso del 2013 si è assistito, come si è già accennato, a diversi rinvii pregiudiziali del Tribunale di Napoli alla Corte di giustizia vertenti sulla medesima questione⁴⁴⁵ ed altresì alle decisioni dei Tribunali di Roma e di Lamezia Terme di provocare il controllo di costituzionalità - rispetto all'art. 117, co. 1, Cost., integrato dalla pertinente disposizione comunitaria interposta - della normativa interna di settore, sul duplice presupposto di un suo palese conflitto col diritto europeo e dell'impossibilità di superarlo "con le proprie forze", né mediante la non applicazione della fonte interna incompatibile (essendo quella europea priva di effetto diretto⁴⁴⁶), né in via ermeneutica, dovendo l'obbligo di interpretazione conforme arrestarsi di fronte all'incompatibilità assoluta fra norma sovranazionale e nazionale, prodottasi nella fattispecie in considerazione dell'espressa sottrazione legislativa delle supplenze scolastiche alla disciplina limitativa interna adottata in attuazione della Direttiva dell'Unione⁴⁴⁷. Nel sollevare l'incidente di costituzionalità i giudici remittenti non hanno inoltre mancato di rilevare ciò che definiscono un «paradosso», consistente nella circostanza per cui, «da un lato, l'Amministrazione non bandisce i concorsi preordinati al soddisfacimento dell'ordinario, e durevole, fabbisogno di personale» e, dall'altro, preclude ai lavoratori assunti a termine conformemente allo speciale diritto interno la conversione del rapporto «trincerandosi dietro la regola costituzionale del concorso pubblico» ed alimentando così «la costante violazione, da parte delle autorità scolastiche, della dignità del lavoro»⁴⁴⁸. Al contempo hanno sottolineato che la scelta del legislatore di consentire che un lavoratore possa, «senza che ciò costituisca violazione delle norme specifiche di settore⁴⁴⁹, trascorrere tutta la propria vita lavorativa quale supplente» è motivata unicamente da un'esigenza di risparmio, di contenimento della spesa pubblica, cioè

⁴⁴⁴ V. Trib. L'Aquila, 27 giugno 2012, cit.; v. anche le argomentazioni di Trib. Trapani, 15 febbraio 2013 (pubblicata dall'Osservatorio trentino, cit.), che ha condannato il Miur al risarcimento del danno da lucro cessante futuro a favore di un insegnante supplente su posti vacanti e disponibili, quantificandolo in via equitativa, in considerazione del fatto che, «così come l'Amministrazione scolastica ha annualmente assunto la parte ricorrente a tempo determinato [...], è presumibile che altrettanto farà per gli anni a seguire», sino al raggiungimento dell'età pensionabile.

⁴⁴⁵ V. Trib. Napoli, 15 gennaio 2013, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, p. 341 (con nota di M. L. Vallauri). Cfr. su tali ordinanze le osservazioni di V. De Michele, *Le ordinanze pregiudiziali Ue della Corte costituzionale, della Cassazione e dei Tribunali di Aosta e Napoli*, in www.europeanrights.eu, pubblicato il 20 ottobre 2013.

⁴⁴⁶ Si deve ricordare che la Corte di giustizia ha negato – a partire dalla sentenza *Impact* (Corte giust. 15 aprile 2008, causa C-268/06, in *Racc.*, 2008, p. 2483, punti 78-79) – l'effetto diretto della clausola 5 della Direttiva, dal momento che essa lascia agli Stati la scelta delle misure di prevenzione degli abusi (e non è quindi, sotto il profilo del suo contenuto, incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale), pur sottolineando che la discrezionalità dei paesi membri nella scelta non è illimitata, non potendo mai pregiudicare lo scopo e l'effettività della Direttiva.

⁴⁴⁷ Trib. Roma, 2 maggio 2012 (ordinanze n. 143 e 144), in *GU 1° Serie Speciale - Corte Costituzionale*, n. 33 del 22 agosto 2012, e Trib. Lamezia Terme, 30 maggio 2012 (ordinanze n. 248 e 249), in *GU 1° Serie Speciale - Corte Costituzionale*, n. 44 del 7 novembre 2012. V. anche il rinvio operato da Trib. Trento, 27 settembre 2011, in *Foro it.*, 2011, I, c. 3169, a cui la Corte costituzionale ha risposto con l'ordinanza del 18 luglio 2013, n. 206, dichiarando l'inammissibilità per difetto di rilevanza.

⁴⁴⁸ Trib. Lamezia Terme, 30 maggio 2012, cit.

⁴⁴⁹ In entrambe le ordinanze citate si pone infatti l'accento sul fatto che, in base alla normativa speciale sulla scuola, «è lecito ed anzi doveroso per le autorità scolastiche», assumere un medesimo lavoratore sulla base delle graduatorie «ripetutamente da un anno all'altro, senza soluzione di continuità, senza l'indicazione delle specifiche ragioni a giustificazione del termine, per il solo fatto che vi è un posto vacante che sarà coperto in un momento futuro indeterminato, in attesa dell'espletamento di procedure concorsuali, ovvero perché persistono stabilmente esigenze di coperture di posti di fatto liberi» (Trib. Roma, 2 maggio 2012, cit.).

da un interesse che non è «di per sé riconducibile a quella finalità di politica sociale, il cui perseguimento solo consente, secondo la Corte di giustizia, l'uso di contratti a tempo determinato in successione»⁴⁵⁰.

A tali questioni di costituzionalità – sollevate con riferimento al solo art. 4, co. 1, della l. n. 124/1999, «nella parte in cui consente la copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento, che risultino effettivamente vacanti e disponibili [...], 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»⁴⁵¹ – la Consulta ha risposto, come si è già anticipato, con due quesiti pregiudiziali presentati innanzi ai giudici di Lussemburgo, sconfessando in tal modo il succitato giudizio di piena conformità comunitaria della disciplina di settore formulato l'anno prima dalla Corte di Cassazione (in virtù del quale essa aveva conseguentemente motivato, come giudice di ultima istanza, la sua sottrazione all'obbligo di rinvio pregiudiziale) e sperimentando un innovativo percorso di dialogo con la Corte di giustizia⁴⁵².

3. Un giudice *a quo* d'eccezione per la Corte di giustizia: la Corte costituzionale

La storica scelta del nostro giudice costituzionale di rivolgersi alla “sorella maggiore” rappresentata dalla Corte di Lussemburgo costituisce senz'altro una tappa fondamentale dell'articolato e complesso «cammino comunitario»⁴⁵³ della Corte costituzionale italiana, grazie a cui si può considerare oggi definitivamente superata quella situazione di autoemarginazione dal dialogo diretto con la Corte di giustizia che ha caratterizzato la giurisprudenza della Consulta quanto meno, come si dirà, sino al 2008.

Per lungo tempo la Corte costituzionale ha infatti preferito instaurare con Lussemburgo «un dialogo indiretto, a distanza, ovvero “per interposta persona”»⁴⁵⁴, negando a sé stessa la legittimazione soggettiva a investire di questioni pregiudiziali la Corte europea e riservando tale compito ai giudici comuni, spronati energicamente ad esercitarlo: non considerandosi, cioè, una «giurisdizione nazionale» ai sensi dell'art. 267 TfUE, valutando di non poter essere inclusa fra gli organi giudiziari, «tante sono, e profonde, le differenze tra il compito affidato[le], senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati» propri degli altri giudici⁴⁵⁵.

⁴⁵⁰ Trib. Roma, 2 maggio 2012, cit.

⁴⁵¹ Così recita il dispositivo delle ordinanze citate. L'ordinanza Trib. Roma n. 144/2012, cit., ricomprende tra le disposizioni censurate anche il comma 11 dell'art. 4 l. n. 124/1999, che estende l'applicazione delle regole in materia di supplenze del personale docente a quello ATA (essendo ricorrente nella controversia *a quo* un collaboratore amministrativo).

⁴⁵² C. cost., 3 luglio 2013, n. 207 (ordinanza), in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, p. 342 (con nota di M. L. Vallauri) e in *Foro it.*, 2014, c. 3059 (con nota di A. M. Perrino).

⁴⁵³ P. Barile, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1983, p. 2406 ss.

⁴⁵⁴ M. Cartabia, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, ESI, Napoli, 2006, p. 110.

⁴⁵⁵ C. cost., 3 luglio 1995, n. 536, in *Riv. dir. int.*, 1996, p. 502. Sulla giurisprudenza costituzionale prima di tale pronuncia v. diffusamente M. Cartabia, *op. ult. cit.*, p. 100 ss., e V. Onida, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Giuffrè, Milano, 2008, spec. p. 58 ss.

A corollario di tale posizione, la Corte ha stabilito, com'è noto, una priorità tra la questione pregiudiziale comunitaria e quella di costituzionalità nei casi di cd. "doppia pregiudizialità", ove si ponga un dubbio interpretativo su una norma europea rilevante anche in un giudizio di costituzionalità: imponendo cioè ai giudici comuni di rivolgersi prima alla Corte di giustizia, per poter poi sollevare un eventuale incidente di legittimità costituzionale davanti alla Consulta, e pagando così di fatto il prezzo di una «fuga dei giudici comuni dalla giustizia costituzionale»⁴⁵⁶.

Si deve altresì ricordare come la Consulta sia rimasta per anni indifferente, in sostanza, ai ripetuti inviti formulati dalla dottrina a rimeditare la strada astensionistica intrapresa e a partecipare attivamente e direttamente al dialogo con la Corte di giustizia: un coro di voci che, pur ritenendo comprensibile la sua ritrosia a «immettersi in un circuito giurisdizionale con la Corte di giustizia che la espone al rischio di sottoporsi all'autorità di un giudice superiore»⁴⁵⁷, l'aveva frequentemente messa in guardia dal controproducente effetto di perdere così l'opportunità di esprimere in sede europea l'autorevole punto di vista dell'ordinamento costituzionale italiano, e conseguentemente d'influire sul bilanciamento finale dei valori fondamentali in gioco da parte dei giudici di Lussemburgo. Esortazioni e stimoli che la Corte ha infine deciso di accogliere con una nota pronuncia del 2008, che ha formalmente segnato l'abbandono del suo ostinato isolamento⁴⁵⁸. D'altra parte, poiché il rinvio pregiudiziale ai giudici europei era stato in quel caso sollevato nel corso di un giudizio di costituzionalità di una legge regionale instaurato in via principale, la Consulta aveva giustificato il proprio mutamento di rotta osservando come nel processo in via d'azione essa si ponga come giudice unico della controversia, a differenza di quanto avviene nei giudizi promossi in via incidentale, in relazione ai quali sembrava dover restare invece valido il suo precedente orientamento di sottrarsi rispetto all'impiego dello strumento del rinvio⁴⁵⁹: cinque anni dopo, tuttavia, anche tale residua barriera è espressamente caduta con la scelta della Corte di aprirsi al confronto diretto anche in sede di giudizio incidentale.

⁴⁵⁶ V. Onida, *op. ult. cit.*, p. 62 Sugli orientamenti processuali della Corte costituzionale in relazione ai suoi rapporti col giudice europeo v. ancora M. Cartabia, *op. ult. cit.*, p. 102 ss.

⁴⁵⁷ M. Cartabia, *op. ult. cit.*, p. 118 ss. V. in tal senso i numerosi interventi raccolti negli Atti del seminario svoltosi a Roma al Palazzo della Consulta il 20 aprile 2007, *cit.*, tra cui cfr. in particolare V. Onida, *op. ult. cit.*, p. 60 ss., che mette in rilievo che la «renitenza della Corte costituzionale a utilizzare in proprio la pregiudiziale comunitaria nasconde il timore di trasformarsi in "esecutrice" della Corte di giustizia», e A. Pace *La sentenza Granital, ventitré anni dopo*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi a Roma*, *cit.*, p. 405 ss.

⁴⁵⁸ Si tratta in realtà di una coppia di ordinanze coeve: C. cost., nn. 102 e 103 del 13 febbraio 2008, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1194 ss., con note di F. Sorrentino e M. Cartabia; alla sentenza della Corte di Lussemburgo che ha deciso il rinvio pregiudiziale (Corte giust., 17 novembre 2009, causa C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*, in *Racc.*, 2009, p. 10821), è seguita la pronuncia con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma censurata (C. cost., 17 giugno 2010, n. 216, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2481).

⁴⁵⁹ V. infatti l'ordinanza n. 103/2008, *cit.*, ove si afferma che «nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale (la Corte) è legittimata a proporre questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia CE e che, in tali giudizi di legittimità costituzionale, a differenza di quelli promossi in via incidentale, questa Corte è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia». Osserva peraltro F. Ghera, *La Corte Costituzionale e il rinvio pregiudiziale dopo le decisioni nn. 102 e 103 del 2008*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1319 ss., che i germi dello sviluppo nel senso di un'apertura totale al dialogo diretto con Lussemburgo si ritrovano nella stessa ordinanza n. 102/2008, laddove la Consulta considera (v. punto 8.2.8.3.) che la nozione di «giurisdizione nazionale» rilevante ai fini dell'ammissibilità del rinvio pregiudiziale «deve essere desunta dall'ordinamento comunitario e non dalla qualificazione "interna" dell'organo rimettente» e che «non v'è dubbio che la Corte costituzionale italiana possiede i requisiti individuati a tal fine dalla giurisprudenza della Corte di giustizia CE per attribuire tale qualificazione» (v. in particolare Corte giust., 31 maggio 2005, causa C-53/03, *Synetairasmos Farmakopoiou Aitolas*, in *Racc.*, 2005, p. 4609, punto 29). Altre giurisdizioni costituzionali hanno peraltro rimesso questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, che le ha ritenute ammissibili: v. sul punto Romboli, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale*

Senza fornire spiegazioni in merito a quest'ultima evoluzione del suo cammino comunitario⁴⁶⁰, la Consulta con l'ordinanza n. 207/2013 non ha dunque restituito gli atti ai Tribunali remittenti di Roma e Lamezia Terme sollecitandoli al contempo a rivolgersi in prima battuta alla Corte di giustizia, ma - dopo aver semplicemente riconosciuto a se stessa «la natura di "giurisdizione nazionale" ai sensi dell'art. 267 [TfUe] anche nei giudizi in via incidentale» - vi ha provveduto in proprio: ciò in quanto ha ritenuto necessario, ai fini della soluzione della questione di costituzionalità pendente innanzi ad essa, un chiarimento interpretativo della clausola della Direttiva n. 99/70 che funge da norma interposta nel giudizio in questione, con l'obiettivo di innestare nel quesito «ragioni di ordine propriamente costituzionale», tali da richiedere «di essere portati all'attenzione della Corte di giustizia da chi, per il ruolo che assolve, è in grado di difenderne in modo più pieno le ragioni»⁴⁶¹.

Nel motivare i suoi quesiti pregiudiziali, la Corte costituzionale ha infatti formulato alcune valutazioni a sostegno delle scelte organizzative adottate dal legislatore domestico per governare il servizio scolastico, sottolineando come tali regole siano finalizzate a dare attuazione al diritto fondamentale allo studio garantito dagli artt. 33 e 34 Cost. - i quali richiedono l'adempimento dell'obbligo educativo in termini di effettiva erogazione del servizio - e debbano rispondere alle esigenze di flessibilità fisiologicamente ineliminabili di tale sistema, in particolare di pronto adeguamento ai costanti cambiamenti della popolazione scolastica, nonché alle necessità di contenimento della spesa pubblica⁴⁶². Se queste valutazioni, da un lato, hanno condotto la Consulta a promuovere "sulla carta" l'impianto regolativo, osservando come, «almeno in linea di principio», l'assunzione a termine del personale scolastico possa rispondere alle «ragioni obiettive» di cui alla clausola 5.1 della Direttiva europea, altri elementi, d'altro lato, le hanno fatto mettere in dubbio la sua conformità comunitaria "di fatto". Pur riportando con una certa fiducia i dati relativi alle procedure (realizzate e programmate) di stabilizzazione dei precari della scuola, i giudici costituzionali hanno infatti segnalato che la previsione dell'art. 4, co. 1, della l. n. 124/1999, in virtù della quale il con-

come strumento di dialogo, in www.rivistaaic.it, n. 3/2014. V. anche B. Guastaferrò, *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013* (21 ottobre 2013), in *Consulta Online*, consultabile in www.giurcost.org, che segnala alcune pronunce, antecedenti all'ordinanza n. 207/2013, che già lasciavano presagire l'apertura poi avvenuta.

⁴⁶⁰ La totale mancanza di motivazione del *revirement* è lamentata dalla maggior parte dei commentatori, tra cui v. A. Adinolfi, *Una "rivoluzione silenziosa": il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana in un procedimento incidentale*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 1253 e Romboli, *op. ult. cit.*, p. 27, il quale ciononostante ritiene che si tratti di una «decisione che non consente passi indietro»; L. Barretta Uccello, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale*, in www.osservatorioaic.it, n. 1/2013 (novembre 2013), legge invece nell'assenza totale di motivazione la volontà della Corte di lasciarsi aperta la possibilità di ritornare sui suoi passi, non ritenendo possibile che una svolta giurisprudenziale del genere possa essere segnata tramite una decisione dal contenuto così scarno.

⁴⁶¹ G. Repetto, *La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c'è mai fine ai nuovi inizi*, in <http://www.diritticomparati.it>, pubblicato il 28 ottobre 2014 (il quale sottolinea come sia principalmente in virtù del coinvolgimento di questi principi costituzionali che si può comprendere la scelta della Consulta di operare essa stessa il rinvio pregiudiziale). V. anche C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali. Relazione al XXVIII convegno annuale dell'AIC*, in www.rivistaaic.it, n. 4/2013, p. 29.

⁴⁶² Precisando che si tratta di esigenze che impediscono allo Stato di provvedere con contratti a tempo indeterminato alla copertura di tutti i posti vacanti e disponibili, per non esporsi al rischio di esuberi in caso di successiva diminuzione degli studenti, e che rendono «indispensabile utilizzare un numero significativo di docenti e di personale amministrativo scolastico assunti con contratti a tempo determinato».

ferimento delle supplenze annuali su posti vacanti e disponibili ha luogo «in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo», configura la «possibilità di un rinnovo dei contratti a tempo determinato senza che a detta possibilità si accompagni la previsione di tempi certi per lo svolgimento dei concorsi», come conferma il lungo periodo di interruzione intercorso tra l'ultimo bando di concorso e quello precedente (circa una dozzina d'anni)⁴⁶³.

Con tali considerazioni - unite al rilievo per cui «non vi sono disposizioni che riconoscano, per i lavoratori della scuola, il diritto al risarcimento del danno in favore di chi è stato assoggettato ad un'indebita ripetizione di contratti di lavoro a tempo determinato»⁴⁶⁴ - la Corte costituzionale ha concluso la motivazione della propria ordinanza e rivolto ai giudici di Lussemburgo i suoi quesiti sulla «già abbondantemente interpretata»⁴⁶⁵ clausola 5.1 della Direttiva.

4. Precari della scuola versus MIUR nel caso Mascolo: 1 a 0

Ancora una volta la Corte di giustizia è dunque chiamata a confrontarsi con la normativa italiana in materia di contratti a termine nella pubblica amministrazione, ma per la prima volta col complesso fenomeno del precariato scolastico nostrano. Riunendo tutti i quesiti interpretativi sollevati sia dal Tribunale di Napoli con diverse ordinanze sia dalla Consulta⁴⁶⁶, i giudici di Lussemburgo vi rispondono con un'unica decisione, anticipata dalle conformi Conclusioni dell'Avvocato generale Spuznar che ha efficacemente sintetizzato le questioni nel seguente interrogativo: «una normativa nazionale che consenta la stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato con docenti e personale (ATA) [...] nel settore della scuola pubblica per un lungo periodo, vale a dire per diversi anni, e senza che sia stato fissato un termine preciso per l'espletamento di concorsi di

⁴⁶³ Analogamente la Commissione europea - nelle Osservazioni scritte presentate il 22 maggio 2013, ai sensi dell'art. 23, co. 2, del Protocollo sullo Statuto CGUE, nella cause riunite C-22/13 e da C-61/13 a C-63/13, *Mascolo* (numero di ruolo C-22/13 JT1) a seguito dei succitati rinvii del Tribunale di Napoli (v. *infra*, nota 23) - aveva già sottolineato che, poiché nessuna certezza vi è quanto al momento in cui le procedure saranno espletate, «ciò dipendendo dall'esistenza delle disponibilità finanziarie necessarie e da decisioni organizzative totalmente lasciate alla discrezionalità dell'amministrazione», non vi è «alcun limite certo al numero dei rinnovi dei contratti che l'amministrazione può concludere per la copertura dei posti in questione» (punto 38).

⁴⁶⁴ Sul punto v. però le osservazioni di A. Lo Faro, *Compatibilità economiche, diritti del lavoro e istanze di tutela dei diritti fondamentali: qualche spunto di riflessione dal caso italiano*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2014, p. 287, secondo cui la Corte costituzionale avrebbe dovuto evidenziare un profilo parzialmente diverso, rilevando che «la normativa italiana non prevede il diritto al risarcimento del danno perché, a monte, considera i contratti a termine stipulati nel settore scolastico sempre leciti» (v. *supra*, nota 27).

⁴⁶⁵ L. Calafà, *Giudici (quasi) federali e diritto del lavoro recente*, in *Lav. dir.*, 2014, p. 466.

⁴⁶⁶ Le questioni pregiudiziali dei due giudici del rinvio si sovrappongono solo in parte: quelle sollevate dal Tribunale di Napoli sono in totale sette e spaziano dall'interpretazione della Direttiva n. 99/70 (clausole 4 e 5) e della Direttiva n. 91/533, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto di lavoro, all'interpretazione del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4.3, TUE, nonché di numerosi principi generali del diritto dell'Unione (certezza del diritto, tutela del legittimo affidamento, parità delle armi nel processo, effettiva tutela giurisdizionale, diritto ad un tribunale indipendente e ad un equo processo di cui all'art. 6.2, TUE, in combinato disposto con l'art. 6 della Cedu e con gli articoli 46, 47 e 52.3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea); mentre i quesiti avanzati dalla Corte costituzionale sono due e ben più circoscritti, corrispondenti sostanzialmente alla prima questione sollevata dal Tribunale di Napoli, avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 5.1 della Direttiva n. 99/70. Come si vedrà, la Corte di giustizia ha risposto solo a questo comune quesito, ritenendo invece non necessario rispondere alle altre questioni avanzate dal giudice di Napoli e dichiarandone alcune irricevibili (su di esse ha invece presentato le sue proposte di soluzione la Commissione nelle Osservazioni, cit. in nota n. 41).

assunzione, prevede misure sufficienti a prevenire e sanzionare il ricorso abusivo a tali contratti»⁴⁶⁷ ai sensi della nota clausola 5.1.?

Come saldo preambolo allo sviluppo del proprio discorso, sia l'Avvocato generale sia la Corte non si fanno sfuggire l'occasione per ribadire la centralità che assume il valore della stabilità dell'occupazione nell'impianto e nell'equilibrio della Direttiva, che, al precipuo fine di evitare la precarizzazione del lavoro, obbliga gli Stati a dotarsi tanto di misure di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti a termine quanto di misure sanzionatorie degli eventuali abusi: un beneficio - quello della stabilità - che per il diritto europeo costituisce, come i giudici di Lussemburgo non si stancano appunto di ripetere, «un elemento portante della tutela dei lavoratori»⁴⁶⁸. Fatta questa premessa "di sistema", accompagnata dalla chiara enunciazione dei criteri che devono essere soddisfatti affinché una normativa nazionale possa essere considerata dal giudice domestico idonea, in diritto e in fatto, a conseguire gli obiettivi della Direttiva, la Corte di giustizia opera senza indugio alcune precisazioni importanti ai fini dello svolgimento di tale valutazione interna di compatibilità, sfruttando la «possibilità di dare la sua interpretazione della norma dell'Unione in funzione del suo impatto sull'ordinamento del giudice del rinvio»⁴⁶⁹.

Il punto centrale della questione - essendo incontestata la mancanza di misure nazionali che limitino nel settore della scuola la durata massima totale dei contratti a termine o il numero dei loro rinnovi, ai sensi della clausola 5.1, lett. b) e c), della Direttiva - è opportunamente individuato nella necessità di verificare se la reiterazione delle supplenze sia giustificata da una «ragione obiettiva» ai sensi della clausola 5.1, lett. a). Sul significato che deve essere attribuito a tale fondamentale nozione la Corte, com'è noto, ha avuto modo di pronunciarsi ripetutamente, giungendo all'ormai consolidata posizione secondo cui il concetto di giustificazione oggettiva esige la presenza di «circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività» - quali la particolare natura o le caratteristiche delle funzioni per il cui espletamento i contratti a termine successivi sono conclusi - o il perseguimento da parte di uno Stato membro di una legittima finalità di politica sociale, e invece non ricorre in caso di disposizioni nazionali che si limitano ad autorizzare, in modo generale ed astratto, il ricorso a tali contratti ripetuti e che dunque comportano il rischio concreto di determinarne un impiego abusivo. I ragionamenti sviluppati in precedenza dalla Corte su tali aspetti, in particolare nella sentenza *Kücük*⁴⁷⁰, le permettono di ripro-

⁴⁶⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale, 17 luglio 2014, cit., punto 1. I quesiti del Tribunale partenopeo si inseriscono nel quadro di quattro controversie che oppongono le docenti Mascolo, Forni, Racca e Russo al Miur (le prime tre) e al Comune di Napoli (l'ultima) in merito alla validità dei termini apposti alla durata di diversi contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione; il rinvio della Consulta, analogamente, trova origine nelle controversie che oppongono i docenti Napolitano, Cittadino, Zangari e Perrella e il collaboratore amministrativo Romano al Miur, con lo stesso oggetto del contendere. In forza dei suddetti contratti, i ricorrenti hanno lavorato per periodi compresi, a seconda dei casi, tra quattro e sette anni.

⁴⁶⁸ Cfr. Corte giust., 26 novembre 2014, *Mascolo*, cit., punto 73 (v. anche le Conclusioni, cit., punti 60-61). Cfr. già Corte giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, in *Racc.*, 2005, p. 9981, punto 64 e sentenze *Adeneler*, cit., punto 62, e *Angelidaki*, cit., punti 99 e 105.

⁴⁶⁹ G. Tesaro, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, p. 489.

⁴⁷⁰ Corte Giust., 26 gennaio 2012, causa C-586/10, *Kücük*, non ancora pubbl., su cui v. A. Riccobono, *Successione di contratti a termine per esigenze sostitutive permanenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 758 ss.; L. Corazza, *Il lavoro a termine nel diritto dell'Unione Europea*, in R. Del Punta, R. Romei (a cura di), *I rapporti di lavoro temporanei*, cit., p. 10 ss.; D. Gottardi, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia*

porre nel caso di specie un *iter* argomentativo già sperimentato, pur con gli opportuni adattamenti⁴⁷¹: si osserva, da un lato, che una normativa nazionale che consente il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato in attesa dell'esito di procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo non è di per sé contraria alla Direttiva e può essere, in linea di principio, giustificata da una ragione obiettiva, ma si precisa, d'altro lato, che ciò non basta, in quanto anche «l'applicazione concreta di tale ragione [...] deve essere conforme ai requisiti dell'accordo quadro»⁴⁷². Ed è a tale fine che la Corte impone che si verifichi concretamente, attraverso un esame globale delle circostanze del caso, che la reiterazione dei contratti «miri a soddisfare esigenze provvisorie» e che la norma di settore in discussione (l'art. 4 della l. n. 124/1999) «non sia utilizzata, di fatto, per soddisfare esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro in materia di personale»⁴⁷³.

Benché tale verifica sia necessariamente demandata ai giudici nazionali, la Corte non si esime dall'esprimere comunque la sua valutazione. Netta è infatti l'affermazione, riferita esplicitamente alle sole supplenze annuali su posti vacanti e disponibili, secondo cui la nostra normativa nazionale, sebbene limiti formalmente il ricorso ai contratti a termine soltanto al periodo necessario all'espletamento delle procedure concorsuali, non consente - in considerazione dell'applicazione concreta di tale ragione obiettiva - di garantire la conformità al diritto europeo⁴⁷⁴. La Corte puntualmente rileva, infatti, che il sistema non assicura un limite effettivo con riguardo al numero di supplenze annuali svolto da uno stesso lavoratore per coprire il posto vacante, poiché non pone un termine preciso per l'organizzazione e l'espletamento delle procedure concorsuali, le quali dipendono dalle possibilità finanziarie dello Stato e dalla valutazione discrezionale dell'amministrazione, ed altresì evidenzia, su un piano più generale, che le considerazioni di bilancio, sebbene possano rappresentare il fondamento delle scelte di politica sociale di uno Stato membro, non costituiscono invece, «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»⁴⁷⁵. La violazione della Direttiva da parte dell'ordinamento nazionale rilevata dalla Corte si caratterizza dunque per essere un'infrazione in concreto, poiché il rinnovo di contratti a termine è consentito per «soddisfare esigenze che, di fatto, hanno

sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento italiano, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 730; L. Menghini, *La successione dei contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche*, cit., p. 709.

⁴⁷¹ Come pronosticato, tra gli altri, da M. L. Vallauri, *I precari della scuola arrivano davanti alla Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, p. 373, A. Riccobono, *op. ult. cit.*, p. 761 s., A. Lo Faro, *op. ult. cit.*, p. 287 s.

⁴⁷² Corte Giust., 26 novembre 2014, *Mascolo*, punti 91 e 99; v. anche le sentenze *Angelidaki*, cit., punti 101 e 102, e *Kücük*, cit., punto 30; ricordando altresì che il rinnovo di contratti a termine per soddisfare esigenze che di fatto hanno carattere non provvisorio bensì permanente e durevole «è direttamente in contrasto con la premessa sulla quale si fonda [la Direttiva], vale a dire il fatto che i contratti di lavoro a tempo indeterminato costituiscono la forma comune dei rapporti di lavoro» (così le citate sentenze *Mascolo*, punto 100, e *Kücük*, punti 36 e 37).

⁴⁷³ Corte Giust., 26 gennaio 2012, *Kücük*, cit., punti 39-40.

⁴⁷⁴ Corte Giust., 26 novembre 2014, *Mascolo*, punto 108. Altrettanto netta, se non di più, è la posizione dell'Avvocato generale: v. punti 72-81. Nello stesso senso cfr. Commissione, cit. in nota n. 41.

⁴⁷⁵ Corte Giust., 26 novembre 2014, *Mascolo*, punti 109-110 (sulle ragioni di bilancio v., più in generale, Corte Giust., 20 marzo 2003, *Kutz-Bauer*, C-187/00, in *Racc.*, 2003, p. 2741, punto 59, e 10 marzo 2005, *Nikoloudi*, C-196/02, ivi, p. 1789, punto 53).

un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, a causa della mancanza strutturale di posti di personale di ruolo»⁴⁷⁶.

La risposta della Corte al dubbio di compatibilità comunitaria del regime delle cd. supplenze scolastiche annuali su organico "di diritto" non potrebbe essere più chiara: si censura inequivocabilmente l'assenza di qualsiasi misura ostativa al ricorso abusivo di contratti a termine in successione⁴⁷⁷, nonché di strumenti per sanzionare debitamente eventuali abusi⁴⁷⁸.

D'altro canto, però, v'è da chiedersi quali indicazioni si possano trarre dalle parole della Corte con riferimento ad una categoria di supplenze scolastiche su cui la sentenza *Mascolo* non si pronuncia espressamente⁴⁷⁹, vale a dire le cd. supplenze temporanee su organico "di fatto" con scadenza al termine dell'attività scolastica (30 giugno), le quali - a differenza dell'ulteriore specie di supplenze più brevi necessarie per sostituire personale assente a vario titolo, perché in congedo di malattia, maternità, parentale ecc. - riguardano posti occorrenti a coprire il fabbisogno reale di ciascuna scuola così come emerge all'inizio dell'anno scolastico e che spesso può non corrispondere al fabbisogno presunto. In merito alle categorie di supplenti diversi da quelli assunti a termine su organico "di diritto", la sentenza *Mascolo* si limita infatti a ribadire, attingendo dal precedente caso *Kücük*, che «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"», evidenziando in particolare che, «nell'ambito di un'amministrazione che dispone di un organico significativo, come il settore dell'insegnamento, è inevitabile che si rendano spesso necessarie sostituzioni temporanee a causa, segnatamente, dell'indisponibilità di dipendenti che beneficiano di congedi», a maggior ragione in considerazione degli obiettivi legittimi di politica sociale - quali la tutela della gravidanza, della maternità e della conciliazione degli obblighi professionali e familiari - perseguiti da misure come appunto i congedi⁴⁸⁰. Ma la bussola per l'interprete con riguardo alle supplenze su organico "di fatto" può essere ancora e soprattutto ritrovata nella sentenza *Kücük*, che - pur riconoscendo, in astratto, la legittimità del

⁴⁷⁶ Corte Giust., 26 novembre 2014, *Mascolo*, punto 109. La Corte aggiunge un'interessante osservazione sulla questione del pubblico concorso, rilevando che la normativa italiana «non riserva l'accesso ai posti permanenti nelle scuole statali al personale vincitore di concorso, poiché consente altresì, nell'ambito del sistema del doppio canale, l'immissione in ruolo di docenti che abbiano unicamente frequentato corsi di abilitazione» e che «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» (punto 111).

⁴⁷⁷ Corte Giust., 26 novembre 2014, *Mascolo*, punto 113.

⁴⁷⁸ Corte Giust., 26 novembre 2014, *Mascolo*, punti 114-119, ove si sottolinea la mancanza nel sistema di sanzioni a carattere sufficientemente effettivo e dissuasivo tali da garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione della Direttiva, in quanto al lavoratore precario della scuola non è riconosciuto il diritto al risarcimento del danno subito a causa del ricorso abusivo a una successione di contratti a termine e l'unica possibilità che ha di ottenere la trasformazione dei suoi contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato risiede nella (come si è visto) del tutto aleatoria immissione in ruolo per effetto dell'avanzamento in graduatoria.

⁴⁷⁹ Va ricordato, quanto all'oggetto del contendere, che, se è vero che la Corte costituzionale, come si è già sottolineato *supra*, nel suo rinvio pregiudiziale ha circoscritto l'eventuale contrasto col diritto europeo alla sola parte della disciplina interna che consente supplenze annuali su organico di diritto, non altrettanto ha fatto il Tribunale di Napoli, che non ha limitato i suoi quesiti a tale - pur centrale anche nel suo rinvio - tipologia di supplenza.

⁴⁸⁰ Corte Giust., 26 novembre 2014, *Mascolo*, punti 91-93, che richiama la sentenza *Kücük*, cit., punti 30-33.

ricorso a «sostituzioni temporanee in modo ricorrente»⁴⁸¹ - ritiene in ogni caso necessaria da parte delle autorità nazionali competenti una verifica in fatto, «al fine di escludere che i contratti di lavoro a tempo determinato, sebbene palesemente conclusi per soddisfare un'esigenza di personale sostitutivo, siano utilizzati in modo abusivo dai datori di lavoro», prendendo in considerazione il numero e la durata dei contratti successivi stipulati con la stessa persona⁴⁸². Ed allora - fatta salva, in linea di massima, la giustificazione oggettiva nella distinta ipotesi della sostituzione di personale scolastico assente con diritto alla conservazione del posto, di cui *mutatis mutandis* si è occupata la sentenza *Kücük* e che, come si è visto, risulta espressamente riconosciuta anche in *Mascolo*, e pur tenendo a mente le più generali esigenze organizzative proprie del servizio scolastico rimarcate anche dalla Consulta nel suo rinvio - un interrogativo sulla conformità al diritto europeo potrebbe in effetti porsi in relazione a quelle supplenze scolastiche su organico "di fatto" che si ripetono per tanti anni e per periodi molto estesi nell'anno⁴⁸³: anche con riferimento a tale categoria di supplenze seriali, dunque, deve essere operato quel controllo globale "nella pratica" considerato fondamentale per garantire l'effetto utile delle misure imposte dalla Direttiva.

5. In attesa della pronuncia della Corte costituzionale

Mentre si dovrà attendere qualche mese per conoscere la "replica" della nostra Corte costituzionale alla sentenza *Mascolo*, la risposta del Tribunale partenopeo è già stata scritta, attraverso tre sentenze sostanzialmente gemelle emesse a gennaio 2015 nelle cause riassunte dinnanzi a tale giudice dopo il verdetto europeo.

Valutando di non essere tenuto ad aspettare il pronunciamento della Consulta, il remittente Tribunale di Napoli ha dunque esercitato il suo dovere di «ricercare senza incertezze una soluzione alla questione del precariato, compatibile col diritto eurounitario»⁴⁸⁴, e ha ritenuto applicabili *ratione temporis* alle fattispecie in giudizio il limite massimo dei 36 mesi di contratti a termine contenuto nell'art. 5, co. 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001 ed anche la sanzione ivi prevista della trasformazione a tempo indeterminato di tali contratti temporanei al superamento del triennio, in quanto nelle controversie principali la soglia dei 36 mesi era già stata valicata prima dell'entrata in vigore del nuovo co. 4-*bis* dell'art. 10 del d.lgs. n. 368/2001, introdotto col d.l. n. 70/2011, con cui, come si è già detto, la vigenza di quel limite (e più in generale del d.lgs. n. 368) è stata esclusa per il personale docente ed ATA. Le circostanze di fatto dei giudizi pendenti hanno in sostanza consentito al giudice "di ritorno" - forte delle indicazioni della Corte di giustizia - di indirizzare la sua interpretazione conforme al diritto europeo verso la soluzione dell'applicazione del limite massimo triennale di cui all'art. 5, co. 4-*bis*, così come altre decisioni di merito avevano già fatto

⁴⁸¹ Corte Giust., 26 gennaio 2012, *Kücük*, cit., punto 38: argomentando che «l'esigenza di personale sostitutivo rimane temporanea poiché si presume che il lavoratore sostituito riprenda la sua attività al termine del congedo, che costituisce la ragione per la quale il lavoratore sostituito non può temporaneamente svolgere egli stesso tali compiti».

⁴⁸² Corte Giust., 26 gennaio 2012, *Kücük*, cit., punto 40; v. già ordinanza del 12 giugno 2008, *Vassilakis*, C-364/07, punto 116, nonché la sentenza *Angelidaki*, cit., punto 157.

⁴⁸³ L. Menghini, *La successione dei contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche*, cit., p. 711; V. De Michele, *L'interpretazione autentica della sentenza Mascolo-Fiamingo*, in www.europeanrights.eu, pubblicato il 10 gennaio 2015, p. 88. In questo senso v. Trib. Torino, 4 dicembre 2014, inedita.

⁴⁸⁴ Trib. Napoli, 21 gennaio 2015, inedita.

in passato⁴⁸⁵, con esiti sanzionatori diversificati: in questo caso, come si è detto, il rimedio utilizzato dal Tribunale di Napoli è stato quello della stabilizzazione dei supplenti precari⁴⁸⁶.

Se si allarga lo sguardo al pubblico impiego in generale, oltre il settore scolastico, non va inoltre trascurato che all'indomani della sentenza *Mascolo* anche la Corte di Cassazione ha continuato a dialogare con Lussemburgo, pronunciandosi sulla "sanzione adeguata" in caso di abusi nella successione dei contratti a tempo determinato, ancora alla ricerca di un rimedio idoneo a consentirle di conformare il nostro ordinamento interno alla consolidata posizione della Corte di giustizia - ribadita pure nella sentenza *Mascolo* - che incarica le autorità nazionali di «adottare misure che devono rivestire un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme»⁴⁸⁷ che attuano la Direttiva. Il riferimento è alle decisioni rese a fine dicembre 2014 dai giudici di legittimità in risposta, sostanzialmente, alle valutazioni e all'ammonimento rivolti all'ordinamento italiano dalla Corte di giustizia nell'ordinanza *Papalia* in merito al sistema sanzionatorio in caso di abuso di contratti a termine successivi da parte della pubblica amministrazione, con cui i giudici europei hanno valutato in sostanza contrastante col diritto europeo il rimedio risarcitorio domestico ove il diritto al risarcimento sia subordinato all'obbligo per il lavoratore di «fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile» l'esercizio del diritto⁴⁸⁸. A distanza di pochi giorni l'uno dall'altro, due collegi della Suprema Corte hanno fornito soluzioni diverse. In un primo caso si è ribadita apoditticamente la ricostruzione più tradizionale⁴⁸⁹ e si è pertanto sottolineata la funzione riparatoria e non di sanzione civile punitiva del risarcimento del danno in questione, ritenendo che quest'ultimo debba essere effettivo, allegato e provato anche «per presunzioni gravi, precise e concordanti, tali dunque da non rendere eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, da parte del lavoratore»⁴⁹⁰. In un secondo caso, invece, la stessa necessità di interpretare il rimedio risarcitorio

⁴⁸⁵ V. *infra*, note nn. 15 e 20. In questo senso avevano operato, come si è già visto, diversi giudici di merito (per lo più prima che la Suprema Corte - con la sentenza del 13 gennaio 2012, n. 392, cit. - riconoscesse alla disposizione aggiunta dal d.l. n. 70/2011 un valore d'interpretazione autentica del precedente assetto normativo, attribuendogli portata retroattiva), sanzionando però l'abuso col risarcimento del danno e non con la conversione del rapporto (cfr. L. Menghini, *op. ult. cit.*, p. 715 ss.).

⁴⁸⁶ Il giudice napoletano ha inoltre sottolineato - dovendo decidere casi di reiterate supplenze su organico "di fatto" - che, sebbene la Corte di giustizia abbia ritenuto in contrasto col diritto europeo le assunzioni a termine su posti vacanti e disponibili, «il diritto non consente di differenziare le conseguenze sanzionatorie per le assunzioni su posti vacanti ma non disponibili».

⁴⁸⁷ Corte Giust., 26 novembre 2014, *Mascolo*, punto 77, ove si ribadisce un orientamento inaugurato con la citata sentenza *Adeneler*, punto 105, nonché, in relazione proprio all'art. 36 d.lgs. n. 165/2001, con le coeve sentenze del 7 settembre 2006, *Marrosu e Sardino* (C-53/04, in *Racc.*, 2006, p. 7213, punto 49) e *Vassallo* (C-180/04, ivi, p. 7251, punto 34).

⁴⁸⁸ Corte Giust., 12 dicembre 2013, C-50/13, *Papalia*, non ancora pubbl., punto 34; v. la nota di R. Nunin, in *Riv. giur. lav.*, 2014, II, p. 242, e la nota di E. Ales, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, p. 75. La Corte valuta la situazione italiana alla luce dell'interpretazione del diritto nazionale fornita dal giudice del rinvio, secondo cui per un lavoratore del settore pubblico sarebbe impossibile fornire le prove richieste dal diritto interno - così come interpretato dalla Corte Suprema - al fine di ottenere un siffatto risarcimento del danno, poiché gli si imporrebbe di fornire, segnatamente, la prova della perdita di opportunità di lavoro e quella del conseguente lucro cessante (punti 26 ss.): il giudice remittente fa riferimento, in particolare, alla nota sentenza Cass. 13 gennaio 2012, n. 392, cit.

⁴⁸⁹ Così L. Menghini, *Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*, p. 4 del dattiloscritto.

⁴⁹⁰ Cass. 23 dicembre 2014, n. 27363, consultabile in www.wikilabour.it, su cui v. L. Menghini, *op. ult. cit.*, che sottolinea un importante passaggio della sentenza, ove si afferma che, qualora il giudice comune, cui spetta verificare se la sanzione del risarcimento del danno abbia i requisiti richiesti dalla Corte di giustizia, dia sul punto una valutazione negativa, sarà tenuto ad «applicare l'art. 5, co. 4-bis (del

conformemente al diritto europeo - in particolare all'ordinanza *Papalia* - ha motivato la decisione del giudice di legittimità di configurare il risarcimento «come una sorta di sanzione “ex lege” a carico del datore di lavoro», essendo in presenza in questo caso di «un danno comunitario», per la cui liquidazione è stato individuato come «criterio tendenziale da utilizzare»⁴⁹¹ il parametro indicato dall'art. 8 della l. n. 604/1966. La Corte di Cassazione ha dunque messo in campo, in attesa della decisione del giudice delle leggi nel caso *Mascolo*, nuove e diverse tessere del più ampio mosaico raffigurante la disciplina sul lavoro pubblico a termine, che al momento faticano però ad incastrarsi tra loro e a dar forma a quell'insieme, testimoniando piuttosto la persistenza di divergenze interpretative all'interno della giurisprudenza⁴⁹².

Una tessera dovrà ora essere aggiunta dalla Corte costituzionale, che si trova a dover compiere l'operazione - cui è chiamato ogni giudice remittente - di applicare al caso di specie il dispositivo della sentenza della Corte di Lussemburgo, ma che si appresta a farlo in un giudizio *a quo* d'eccezione, quello di costituzionalità⁴⁹³: per rispettare i vincoli europei, è prevedibile che la Consulta accolga le questioni di costituzionalità sollevate dai Tribunali di Roma e Lamezia Terme dichiarando l'illegittimità di quel segmento del sistema delle supplenze scolastiche che permette la reiterazione di assunzioni a tempo determinato per coprire posti vacanti e disponibili senza garantire tempi certi per lo svolgimento dei concorsi e per l'immissione in ruolo. Una soluzione di questo tipo, però, non sarebbe comunque sufficiente – potendo colpire solo la norma censurata - a risolvere le tante e articolate questioni che, come si è visto, ruotano attorno alla disciplina del reclutamento scolastico: *in primis* quelle che, alla luce del diritto vivente, si riproporranno innanzi ai giudici chiamati a individuare un adeguato regime sanzionatorio a fronte di supplenze seriali che coprono esigenze di carattere permanente e durevole.

Un ulteriore effetto del pronunciamento europeo potrebbe poi certamente essere quello di legittimare in futuro le richieste dei supplenti ripetutamente assunti su posti vacanti e disponibili rivolte allo Stato italiano per ottenere il risarcimento dei danni loro derivanti dall'incompleta attuazione nell'ordinamento interno del diritto europeo attestata dalla Corte di giustizia nel caso *Mascolo*: sulla falsariga di quanto è avvenuto in questi anni nella vicenda riguardante la remunerazione per la formazione dei medici specializzandi⁴⁹⁴, i precari della scuola potrebbero infatti

d.lgs. n. 368/2001), e a convertire i contratti a termine in un unico contratto a tempo indeterminato, qualora risulti superato il limite dei 36 mesi»

⁴⁹¹ Tutte le citazioni sono tratte da Cass. 30 dicembre 2014, n. 27481, consultabile in www.dejure.it, che, dopo aver espressamente escluso l'applicabilità del rimedio della conversione giudiziale, a differenza di quanto invece affermato nella sentenza n. 27363/2014, ha ritenuto impropri ai fini della quantificazione del danno tanto il sistema indennitario onnicomprensivo previsto dall'art. 32 l. n. 183/2010, quanto il criterio previsto dall'art. 18 St. lav. Su questo contrasto interno alla Suprema Corte tra conversione e risarcimento, cfr. V. De Michele, *L'interpretazione autentica della sentenza Mascolo-Fiomingo*, cit., p. 74. Per una prima deviazione rispetto al parametro di quantificazione del danno indicato dai giudici di legittimità v. Trib. Torino, 4 dicembre 2014, cit.

⁴⁹² L. Menghini, *op. ult. cit.*, p. 4.

⁴⁹³ V. le osservazioni di G. Repetto, *I mutevoli equilibri del rinvio pregiudiziale: il caso dei precari della scuola e l'assestamento dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, in www.diritticomparati.it, pubblicato il 15 dicembre 2014.

⁴⁹⁴ Si tratta di una nota vicenda - i cui strascichi si vedono ancora oggi - originata dalla tardiva attuazione nel nostro paese di una triade di direttive fra loro collegate in materia di formazione professionale dei medici (direttive nn. 75/362, 75/363 e 82/76), ove è stabilito il diritto dei medici specializzandi ad un'adeguata retribuzione per il periodo della loro formazione specialistica, in virtù di una disposizione che la Corte di giustizia ha giudicato non direttamente efficace, pur ricordando che la stessa può produrre effetti utili per i soggetti titolari di diritti in virtù del principio della responsabilità dello Stato per i danni provocati dalla mancata trasposizione delle direttive (v. Corte Giust., 25 febbraio 1999, causa C-131/97, *Carbonari*, in *Racc.*, 1999, p. 1103).

invocare la responsabilità risarcitoria dell'Italia - con pesanti conseguenze per le casse pubbliche - potendosi ritenere sussistenti nella fattispecie le condizioni necessarie e sufficienti per la sua insorgenza, conformemente ai principi che la Corte europea ha più volte affermato, dalla sentenza *Francovich* in poi⁴⁹⁵.

Visto l'intricato *puzzle*, sarebbe a questo punto auspicabile che la sentenza *Mascolo*, combinata con la minaccia di una prossima sentenza di condanna per violazione del diritto europeo a chiusura del pendente procedimento d'infrazione a carico del nostro paese, fungesse da sprone per riportare urgentemente la questione del precariato pubblico scolastico (e non solo) «nel suo alveo naturale - quello legislativo - [...] ed assicurare certezza alle situazioni giuridiche coinvolte»⁴⁹⁶. A prescindere dalle decisioni che nei prossimi mesi saranno prese dal giudice delle leggi e dalla giurisprudenza, l'intervento della Corte di Lussemburgo dovrebbe infatti indurre il legislatore domestico a darvi esecuzione adottando senza ulteriori indugi una disciplina di settore razionale ed efficiente e finalmente ispirata al valore della stabilità dell'impiego, capace di mettere la parola fine ad una situazione che negli anni ha generato schiere di lavoratori precari della scuola ed un corposo conflitto giudiziale che reclama una soluzione davvero definitiva. Se ciò si realizzasse, almeno un pezzo del *puzzle* riuscirebbe a comporsi.

⁴⁹⁵ Corte Giust., 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e 9/90, *Francovich*, in *Racc.*, 1991, p. 5414; secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, «un diritto al risarcimento è riconosciuto dal diritto comunitario in quanto siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione sufficientemente caratterizzata e, infine, che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi» (così, per tutte, Corte Giust., 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, in *Racc.*, 1996 p. 1029).

⁴⁹⁶ A. Riccobono, *Successione di contratti a termine per esigenze sostitutive permanenti*, cit., p. 767.