

La Corte di giustizia tra diritti costosi e esigenze organizzative/finanziarie nella sentenza sui precari della scuola*

di Flavio Guella **

(4 gennaio 2015)

Con la sentenza *Mascolo* del 26-11-2014 la Corte di giustizia si è pronunciata, in via pregiudiziale (cause riunite C22/13, da C61/13 a C63/13 e C418/13, quest'ultima sollevata dalla Corte costituzionale), circa le misure sufficienti per prevenire e sanzionare il ricorso abusivo a contratti di lavoro a tempo determinato, ribadendo – nonostante le peculiarità organizzative e finanziarie della scuola pubblica – l'esigenza di bilanciare «in concreto» i diritti individuali (dei lavoratori precari) con gli interessi generali (alla prestazione dei servizi relativi al diritto allo studio, e alla loro sostenibilità).

Il carattere abusivo del ricorso alle c.d. supplenze dipende dall'interpretazione delle clausole 4 e 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18-3-1999 e allegato alla direttiva 1999/70/CE, fondata sull'art. 139, par. 2, TCE. Il recepimento nell'ordinamento italiano presenta infatti carenze di effettività delle tutele, in particolare nel settore scolastico.

Nonostante il lavoro a tempo determinato nella PA paia di massima soggetto al d.lgs. 368/01 (recante attuazione della direttiva 1999/70/CE), il quale in generale prevede la conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato dei contratti a termine conclusi per lo svolgimento di mansioni equivalenti che complessivamente abbiano superato i trentasei mesi (art. 5, co. 4 *bis*), nondimeno per ampi tratti la disciplina del pubblico impiego continua a fondarsi su una disposizione di principio come quella dell'art. 36, co. 5, d.lgs. 165/01 (modificato dalla legge 102/09 di conversione del d.l. 78/09), la quale esclude che la violazione di disposizioni imperative su assunzione o impiego possa comportare la costituzione di rapporti a tempo indeterminato (con un'impossibilità di conversione fondata sulla normale inderogabilità – ex art. 97, co. 4, Cost. – della regola dell'accesso alla PA per concorso, ma ferma ogni diversa sanzione e la responsabilità per risarcimento del danno al lavoratore).

Nel settore scolastico la prevalenza della dimensione pubblica dell'interesse su quella individuale del lavoratore (come tutelata dalla direttiva e allegato accordo quadro) è ancora più marcata, escludendo in radice misure preventive (con contingentamento dell'utilizzo dei contratti a termine) e sanzionatorie (anche di tipo meramente risarcitorio). Ai sensi dell'art. 10, co. 4 *bis*, d.lgs. 368/01, come modificato dall'art. 9, co. 18, d.l. 70/11, sono esclusi dall'applicazione del regime attuativo della direttiva i contratti a tempo determinato del personale docente e ATA, che continuavano così ad essere soggetti alla disciplina dell'art. 4 della legge 124/99 (come modificato dal d.l. 134/09, che ha introdotto il co. 14 *bis* ai sensi del quale i contratti di supplenza possono trasformarsi in rapporti a tempo indeterminato – in attesa della riapertura dei concorsi – solo per immissione in ruolo sulla base delle graduatorie).

La disciplina speciale per l'impiego scolastico, tuttavia, non può sottrarsi alla normativa europea citata. Sebbene infatti la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro consenta di tenere conto «delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori», nondimeno il campo di applicazione è definito alla clausola 2, punto 1, letta in combinato disposto con la

* Scritto sottoposto a *referee*.

clausola 3, punto 1, che la giurisprudenza ha interpretato in modo tale che nessun settore possa essere ritenuto escluso in via di principio (*Adeneler*, C-212/04; *Angelidaki*, da C-378/07 a C-380/07; *Koukou*, C-519/08; *Sorge*, C-98/09; *Della Rocca*, C-290/12). Ciò anche perché la nozione di «lavoratore a tempo determinato» è data a prescindere dalla natura pubblica o privata del datore di lavoro e del contratto (*Fiamingo*, C-362/13, C-363/13 e C-407/13) e, peraltro, lo stesso Governo italiano nella causa che ha dato luogo all'ordinanza *Affatato* (C3/10) ha sostenuto che l'art. 5, co. 4 *bis*, d.lgs. 368/01 è applicabile al settore pubblico (sebbene in Cass. 10127/12 si fosse affermato il contrario, secondo la logica sopra riportata).

Posto che il regime delle supplenze descritto ricade nell'ambito di applicazione dell'accordo quadro, e che per come strutturato non soddisfa i requisiti delle lett. b) e c) della clausola 5, punto 1, che richiedono – in alternativa tra loro – misure di fissazione della durata massima totale dei rapporti di lavoro successivi, o un tetto al numero dei rinnovi (misure non introducibili né interpretativamente, né come effetto di disapplicazione di parti della disciplina nazionale, essendo la clausola 5 priva di effetto diretto), rimane da verificare se la disciplina italiana per il settore scolastico possa ottemperare perlomeno al requisito (da solo sufficiente) della lett. a), qualora siano allegabili «ragioni obiettive» a giustificazione di un ricorso illimitato ai contratti di supplenza. In particolare, le esigenze organizzative legate al settore dell'istruzione (ex artt. 33 e 34 Cost., poste le peculiarità del servizio scolastico «attivabile su domanda») e all'equilibrio delle finanze pubbliche (ex art. 81 Cost., dove la variabilità nel tempo della domanda di prestazioni determina un'accentuata esigenza di flessibilità contrattuale, per evitare rigidità della spesa pubblica e susseguente insostenibilità finanziaria di lungo periodo) si pongono come due interessi pubblici astrattamente idonei a prevalere su quello individuale del lavoratore precario; interesse che peraltro non sarebbe del tutto sacrificato, posto che il sistema delle graduatorie permanenti, associato a quello dei concorsi, garantirebbe al personale a tempo determinato una ragionevole possibilità di entrare in ruolo (art. 4, co. 14 *bis*, legge 124/99 e artt. 399 e 401 d.lgs. 297/94).

Nondimeno, il bilanciamento (astratto) effettuato dal legislatore italiano è stato ritenuto (in concreto) inadeguato. L'art. 1 del d.m. istruzione 131/07 ammette infatti anche supplenze annuali, su posti vacanti e disponibili, mentre la lett. a) può essere invocata unicamente per far fronte a esigenze temporanee di personale sostitutivo, da allegare in modo concreto ed «obiettivo» per garantire – evitando abusi nell'impiego di rapporti precari – lo scopo e l'effetto utile dell'accordo quadro (sentenza *Kücük*, C-586/10).

Riscontrando la copertura a tempo determinato anche di posti disponibili in pianta organica la Corte di giustizia ha così statuito che nel bilanciamento di interessi pubblici (organizzativi e finanziari) e individuali (alla stabilità del contratto) effettuato dall'ordinamento italiano vi è stato un ingiustificato sacrificio della posizione di aspettativa del lavoratore in supplenza. Sebbene infatti vi sia un margine di discrezionalità statale nell'optare tra le diverse misure preventive e sanzionatorie (e nel fissarne il contenuto), tale margine è subordinato alla garanzia del risultato, così come emerge dall'art. 288, co. 3, TFUE e dall'art. 2, co. 1, direttiva 1999/70.

Circa l'apprezzamento della sostenibilità finanziaria quale «circostanza obiettiva» (non legata alle mansioni, bensì a generali finalità di «politica sociale») che giustifica l'uso di contratti a termine, posto il maggior costo e rigidità di spesa delle immissioni in ruolo, la Corte ha statuito che (punto 110), sebbene considerazioni di bilancio possano costituire legittima giustificazione per le misure statali adottate entro il margine di discrezionalità ammesso, nondimeno esse non costituiscono di per sé un obiettivo sufficiente della politica di tutela del precariato promossa dall'Unione 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 (cfr., per analogia, *Thiele Meneses*, C220/12). Le esigenze finanziarie non integrano così idonea ragione obiettiva di politica sociale in quanto non sono sinergicamente fondate su concrete esigenze organizzative del servizio scolastico. La sostituzione provvisoria di un dipendente al fine di soddisfare necessità organizzative del datore di lavoro può infatti «astrattamente» integrare la lett. a), ma la Corte ha «in concreto» rilevato (punti 100-104) il carattere permanente e durevole delle esigenze di impiego sottese alla normativa italiana, insuscettibili di fondare una politica sociale di contenimento della spesa che andrebbe così a discapito di legittime aspettative di stabilità di impiego.

Organizzare l'amministrazione ai fini della sostenibilità del bilancio e del servizio pubblico può, cioè, integrare «ragione obiettiva» ai sensi della normativa UE, ma la razionalizzazione finanziaria del ricorso a contratti a tempo indeterminato assurge a idonea politica sociale solamente se bilanciata in concreto con l'esigenza di garanzia dei diritti dei lavoratori; bilanciamento non proporzionato nel caso si specie, proprio perché le ragioni finanziarie sono irragionevolmente invocate anche per evitare la stabilizzazione su posizioni disponibili in organico. A fronte della pronuncia annotata il giudice nazionale deve quindi accertare «in concreto» l'insussistenza della ragione obiettiva (verificando che parte attorea avesse prestato supplenze su posizioni non temporanee, altrimenti ricadenti nel margine di apprezzamento statale), e garantire una consequenziale tutela compatibile con l'ordinamento costituzionale italiano, non con immissione in ruolo (come escluso fin dalle prime pronunce registrate, e.g. Trib. Sciacca 3-12-2014 e Trib. Torino 5-12-2014; cfr. anche Corte cost. 89/03) ma comunque mediante un integrale risarcimento del danno (posto che proprio la normativa italiana che escludeva qualunque misura sanzionatoria appare contrastante con il diritto dell'Unione, il quale non impone però agli Stati membri precise misure, lasciando invece al margine di apprezzamento statale – e quindi al futuro atteso intervento della Corte costituzionale e del legislatore – di fissare le misure idonee).

** Assegnista di ricerca, Università di Trento