

Diritto Civile Contemporaneo

Rivista trimestrale *online* ad accesso gratuito ISSN 2384-8537

www.diritto civile contemporaneo.com

Anno I, numero III, ottobre/dicembre 2014

La normativa italiana sui contratti di lavoro a tempo determinato nel settore della scuola è contraria al diritto dell'Unione: la Corte di Giustizia UE apre al risarcimento per i docenti che abbiano svolto supplenze annuali per la copertura di posti vacanti

Armando Plaia

La normativa italiana sui contratti di lavoro a tempo determinato nel settore della scuola è contraria al diritto dell'Unione: la Corte di Giustizia UE apre al risarcimento per i docenti che abbiano svolto supplenze annuali per la copertura di posti vacanti

di Armando Plaia

La Corte di Giustizia UE con sentenza 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-418/13, *Mascolo*, ha ritenuto che la normativa europea sul lavoro a tempo determinato, applicabile anche al settore pubblico della scuola (casi *Rosado Santana*, *Marrosu Sardino* e *Adelener*), osta ad un sistema di assunzione per svolgere “supplenze annuali” nelle scuole pubbliche che non prevede almeno una delle seguenti “misure di prevenzione”: l’indicazione delle “ragioni oggettive” che giustificano il rinnovo dei contratti; la determinazione della “durata massima totale dei contratti” o del “numero dei loro rinnovi”, in assenza peraltro di una misura sanzionatoria proporzionata, effettiva e dissuasiva, da applicarsi in caso di utilizzo abusivo di successione di contratti a tempo determinato (clausola 5 dell’accordo quadro 18 marzo 1999 allegato dir. 1999/70/CE).

Sebbene dunque il settore dell’insegnamento implichi inevitabilmente una certa “flessibilità”, e la normativa europea non enunci un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la sanzione della trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato (CGUE 3 luglio 2014, *Fiamingo*, causa C-362/13), la normativa italiana non prevede misure atte a “prevenire” o “sanzionare” l’utilizzo abusivo di successione di contratti a tempo determinato.

Questo (e non altro) il principio di diritto affermato dalla Corte di giustizia: la sentenza ribadisce l’assenza di misure di prevenzione imposte dalla disciplina

europea nonché di una sanzione risarcitoria rispetto al ricorso abusivo ai contratti a tempo determinato nel settore scolastico.

Quanto alle misure di prevenzione, occorre premettere che il nostro ordinamento prevede l'indicazione di una misura massima di durata totale dei contratti (36 mesi), ma esclude che tale misura sia applicabile al settore scolastico.

Tuttavia, è bene sottolinearlo, la sentenza non ha ritenuto la contrarietà al diritto europeo della disposizione italiana che, in deroga alla regola generale, esclude esplicitamente la possibilità di estendere il tetto dei 36 mesi al settore scolastico. Piuttosto, la Corte di giustizia ha più genericamente ritenuto non conforme alla disciplina europea sul contratto a tempo determinato una normativa interna che non preveda alcuna misura preventiva, né sanzionatoria.

Il che significa che il giudice interno, a seguito della decisione Mascolo, non potrà ritenere applicabile il tetto dei 36 mesi al settore scolastico, disapplicando la norma che prevede la deroga.

Chiarito ciò, occorre ricordare quale sia la normativa interna oggetto del giudizio.

In generale, deve tenersi conto del divieto di conversione in contratto a tempo indeterminato di contratti a tempo determinato stipulati in violazione di norme imperative, stabilito, per tutto il settore pubblico, dal d.lgs. 165/2001 (art. 36. co. 5), divieto che non è in contrasto con la disciplina europea come stabilito in *Affatato*.

Più in particolare, ai sensi dell'art. 4 L. 124/1999, "Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico":

Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino "vacanti" (privi di titolare) e disponibili, e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno (organico di diritto), si provvede mediante il conferimento di "supplenze annuali", mentre alla copertura dei posti di insegnamento disponibili, ma "non vacanti" (organico di fatto), si provvede con il conferimento di "supplenze

temporanee sino al termine dell'attività didattica" (30 giugno). Infine, per ogni altra necessità, su posti non vacanti e non disponibili, si provvede con supplenze temporanee "brevi" (art. 1 D.M. 131/2007).

La stessa legge prevede che i contratti a tempo determinato del settore scolastico possano "trasformarsi in contratti a tempo determinato solo nel caso di immissioni in ruolo" (art. 4 co. 14-*bis* L. 124/1999).

Ancora, si prevede che:

"Stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui (...), 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 (...)" (art. 10 co. 4-*bis*, d.lgs. 368/2001).

Ciò significa che il conferimento delle supplenze del personale docente che complessivamente superi un periodo di 36 mesi non determina l'instaurazione ex nunc di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, come invece prevede il d.lgs. 368/2001 (art. 5, co. 4-*bis*).

Peraltro, come ha ribadito la Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio, con tali disposizioni verrebbe escluso anche il risarcimento del danno in caso di abusiva reiterazione di contratti a tempo determinato.

E' bene allora ricordare come possa giungersi alla stipulazione di un contratto a tempo indeterminato nel settore scolastico.

L'accesso al ruolo ha luogo con il sistema del "doppio canale", per il 50% per concorso e per il 50% attingendo alle graduatorie permanenti (GAE), in cui figurano docenti idonei nei concorsi o abilitati in seguito alla frequenza di una scuola di specializzazione (art. 399 d.lgs. 297 1994).

Secondo i giudici di Lussemburgo la normativa interna (L. 124/1999, art. 4) contrasta con quella europea (clausola 5 “accordo quadro”)

La Corte giunge infatti alla conclusione che l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato non ammette una normativa che, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali dirette all'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, autorizzi il rinnovo di contratti a tempo determinato per la copertura di “posti vacanti e disponibili” di docenti e di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare “tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali” ed escludendo il risarcimento del danno subito a causa di un siffatto rinnovo (in realtà, talora la giurisprudenza ammette il risarcimento e semmai il problema è quello dell'adeguatezza dello stesso, come si afferma nei casi *Marrosu* e *Vassallo*).

Tale normativa, prosegue la Corte di Giustizia, non prevede “criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo risponda ad un'esigenza reale”, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine: manca cioè una delle tre misure che la disciplina europea impone per evitare un ricorso abusivo a contratti a tempo determinato. D'altro canto, essa non contempla neanche altre misure dirette a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo a siffatti contratti.

La decisione, stimolata da un rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli e della Corte costituzionale (alla quale la questione era stata sottoposta dai Tribunali di Roma e di Lamezia Terme), è vincolante per i giudici che si trovino a risolvere controversie analoghe.

Ai giudici del Tribunale di Napoli, di Roma e di Lamezia Terme era stata chiesta la conversione in contratto a tempo indeterminato di una serie di contratti a tempo determinato per un periodo lavorativo superiore ai 36 mesi. Gli ultimi due giudici avevano promosso questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 1 e 11, L. 124/1999 per contrasto con l'art. 117 Cost., in combinato disposto con l'art. 5

dell'accordo quadro: ciò sul presupposto che la disposizione normativa europea, essendo priva di un effetto diretto, non potesse condurre né ad un'interpretazione conforme, né alla disapplicazione della disposizione interna, come stabilito nei precedenti *Impact* e *Angelidaki*.

Alla decisione della Corte di giustizia si è giunti, dunque, anche perché, per la prima volta, la Corte costituzionale ha ritenuto di avere “natura giurisdizionale” ai sensi dell'art. 267, co. 3 TFUE, “anche nei giudizi in via incidentale” (Corte Cost. ord. 18 luglio 2013 n. 207, Red. Mattarella): in “fase discendente”, la decisione Mascolo potrebbe portare ad una dichiarazione di incostituzionalità della disposizione di diritto interno (art. 4, co. 1 e 11, L. 124/1999) per contrasto con l'art. 117 Cost. in combinato disposto con la disposizione europea. Ancorché, è bene sottolinearlo, la Corte costituzionale circoscrive l'eventuale contrasto alla sola parte della disciplina interna che consente supplenze annuali sull'organico di diritto (non si dubita dunque della legittimità costituzionale delle norme che prevedono supplenze sull'organico di fatto o per esigenze provvisorie); peraltro, dalla lettura dell'ordinanza di rinvio emerge che la stessa Corte argomenta dall'incertezza dei tempi concorsuali e dall'assenza della sanzione del risarcimento del danno (non anche dall'assenza di misure preventive dell'abuso di una successione di contratti a termine).

La decisione in commento, in ogni caso, impone al legislatore italiano di introdurre (almeno) una misura preventiva rispetto a possibili abusi nel rinnovo di contratti a tempo determinato nel settore scolastico. Questa misura potrà ad esempio consistere nell'apposizione di un tetto massimo di durata dei contratti o dei loro rinnovi e comunque sarà necessaria esclusivamente per i contratti a tempo determinato finalizzati alla copertura di posti vacanti e disponibili (organico di diritto).

La stessa decisione, specie ove dovesse perdurare l'inerzia dello Stato, potrebbe ora condurre ad azioni risarcitorie per violazioni del diritto comunitario. Pur non essendo necessaria una pronuncia pregiudiziale che accerti la violazione del diritto comunitario, è chiaro che dopo la sentenza in commento non sarà facile per lo Stato italiano ritenere l'insussistenza di uno dei tre presupposti, certamente il più rilevante, perché il singolo possa ottenere il risarcimento del danno, quello della

“violazione grave e manifesta”. Deve escludersi, invece, che la sentenza dei giudici di Lussemburgo possa legittimare una “invalidità satisfattiva” e cioè una disapplicazione da parte del giudice interno del divieto di conversione nel settore pubblico, con conseguente conversione *ex tunc*; o, come invece sostenuto nei primi commenti a caldo dei sindacati, una disapplicazione della norma che, in deroga alla regola generale (art. 5, co. 4-*bis*, d.lgs. 368/2001), esclude l’estensione al settore in questione del limite dei 36 mesi (art. 10 co. 4-*bis*, d.lgs. 368/2001), in questo caso con instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato *ex nunc*: la Corte di giustizia non ha in sostanza statuito, per dirla con linguaggio giornalistico, che i precari della scuola con oltre 36 mesi di servizio debbano essere assunti.