

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 08/10/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37426-il-divieto-di-costituzione-di-rapporti-di-lavoro-a-tempo-indeterminato-a-sensi-dell-art-36-comma-5-t-u-pubblico-impiego-alla-luce-del-diritto-comunitario-e-del-diritto-nazionale>

Autore: Viceconte Massimo

Il divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato a' sensi dell'art 36 comma 5 T.U. Pubblico Impiego alla luce del diritto comunitario e del diritto nazionale

MASSIMO VICECONTE

IL DIVIETO DI COSTITUZIONE DI RAPPORTI DI LAVORO A TEMPO INDETERMINATO A' SENSI DELL'ART 36 COMMA 5 T.U. PUBBLICO IMPIEGO ALLA LUCE DEL DIRITTO COMUNITARIO E DEL DIRITTO NAZIONALE

Sommario :1.) Il quadro generale; 2.) Il sistema di prevenzione degli abusi dell'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato secondo la clausola 5.1 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n.1999/70/CE e la giurisprudenza della Corte di giustizia europea ;3.)Il caso delle supplenze scolastiche; 4.) Conclusioni:il contratto a termine come strumento di reclutamento e di formazione

ABSTRACTS:

This essay deals with the use of the fixed-term contract in the school system. This contract, in the Italian legal system, works as recruitment's tool of teaching staff..That means this special contract, perhaps, lies outside ambit (is out of extent) of the EC Directive n. n.1999/70//CE concerning the abuse of a fixed-term contracts succession.

Il saggio riguarda un particolare uso del contratto a tempo determinato nel settore scolastico.Nel caso il contratto a termine viene usato come strumento di reclutamento del personale scolastico, Il che forse lo escluderebbe dall'ambito di applicazione della Direttiva n.1999/70/CE riguardante l'abuso di una successione di contratti a termine..

1.)Il quadro generale

L'ordinamento del lavoro subordinato del nostro paese-pur con un comune denominatore, in particolare dopo la c.d. privatizzazione del pubblico impiego, quello della subordinazione ex art. 2094 C.C.- si suddivide in due settori, con proprie peculiarità,il settore privato e il settore pubblico privatizzato.

.Il primo è contraddistinto dalla sua riconducibilità, pur nella sua "specialità", al diritto comune;il secondo è regolamentato dal T.U. del pubblico impiego, D.lgs. n.165/2001, che all'art.2 prevede che< i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del Capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto...>.e risente dell'essere inserito nel contesto della pubblica amministrazione .Si veda, infatti, ad es. la diversa natura e le diverse modalità di espletamento della contrattazione collettiva,e per quanto riguarda il rapporto di lavoro individuale, l'incidenza dei principi che regolano la P.A.,quali quello di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione di cui al primo comma dell'art.97 della Costituzione, da cui deriva, tra l'altro, che la modalità fondamentale di accesso al lavoro sia data dal concorso pubblico ,oltre le altre non poche devianze dalla regolamentazione privatistica. A latere dell'assunzione per pubblico concorso, l'art.36 T.U. n.165/2001 prevede per esigenze di carattere temporaneo, l'uso dei contratti flessibili.Tali contratti trovano la loro regolamentazione nella normativa privatistica; in particolare per il contratto a tempo determinato nel D. lgs . n. 368/2001.

L'art.70,comma 8,D.lgs.165/2001, sancisce che<Le disposizioni del presente decreto si applicano al personale della scuola....Sono fatte salve le procedure di reclutamento del personale della scuola di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994,n 297 e successive modificazioni ed integrazioni>.

L'art.36 ,comma 5, T.U. del pubblico impiego prevede che<in ogni caso la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori,da parte delle pubbliche amministrazioni,non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni....>.

Tale principio è stato oggetto di attenta analisi da parte di dottrina e giurisprudenza in particolare con riguardo alla stipulazione di contratti a tempo determinato sia singoli, ma privi delle ragioni

giustificative richieste dalla legge , sia molteplici , una serie di contratti a tempo determinato, che per la loro durata non rivestano la caratteristica della temporaneità che avrebbe dovuto essere loro propria. In tutti tali casi si può parlare di abuso di contratti a termine da parte della Pubblica Amministrazione.

L'emanazione della Direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 relativa all'Accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato recepita con D.Lgs. n.368/2001 che < stabilisce i principi generali e i requisiti minimi> (v, preambolo all'Accordo) che presiedono alla stipulazione del contratto di lavoro a tempo determinato e in modo specifico regola la prevenzione dell'abuso di una successione di contratti a termine ha fatto sì che le suddette fattispecie , limitatamente alla serie di contratti a tempo determinato,

venissero a misurarsi con la normativa europea, ponendo al giudice italiano il problema della conformità o non conformità di esse alla stessa normativa e di quale atteggiamento tenere in tali casi.

Infatti la clausola 5 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva prevede che.< «1. Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a:

- a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;
- b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;
- e) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.

.....>

La interpretazione prevalente di tale clausola, per il settore pubblico, da parte della Corte di giustizia si muove nel senso che :< <L'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato attuato con la direttiva del Consiglio n. 1999/70/CE si applica anche ai contratti e ai rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e altri enti del settore pubblico.

L'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretato nel senso che, qualora l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato (nella specie la Grecia) non preveda, nel settore considerato, altra misura effettiva per evitare e, nel caso, sanzionare l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato successivi, il detto accordo quadro osta all'applicazione della normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato che, di fatto, hanno avuto il fine di soddisfare <fabbisogni permanenti e durevoli> del datore di lavoro e devono essere considerati abusivi>> (v. Corte di Giustizia Grande Sez.4 luglio 2006 causa .n.212/04 Adeneler contro Ellinicos Organismos Galakticos)

E ancora <L'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che ,figura in allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all 'accordo quadro CES, UN10E e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretato nel senso che non osta, in linea di principio. ad una normativa nazionale che esclude, in caso di abuso derivante dall' 'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato. mentre tale trasformazione è prevista per i contratti e i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato, qualora tale normativa

contenga un'altra misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico.> (Corte di giustizia 9 settembre 2006 nel procedimento C-180/04 Vassallo contro Azienda Ospedaliera di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate e procedimento C.53-2004 Marrosu,Sardino contro Azienda Ospedaliera di Genova e Cliniche universitarie)

E ancora : "in circostanze come quelle delle cause principali, l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretato nel senso che, qualora l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro preveda , nel settore in questione, altre misure effettive per evitare, ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi ai sensi della clausola 5, n. 1, di detto accordo, esso non osta all'applicazione di una norma di diritto nazionale che vieti in modo assoluto, nel solo settore pubblico, la conversione in un contratto di lavoro a tempo indeterminato di contratti di lavoro a tempo determinato successivi. che, in quanto destinati a soddisfare esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro, devono essere considerati abusivi. Spetta tuttavia al giudice del rinvio valutare in quale misura le condizioni di applicazione nonché l'applicazione effettiva delle pertinenti disposizioni di diritto interno ne fanno uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato successivi" (sent. 23/4/09, nella causa C-378-380/2007, ric. Angelidaki e altri).

E di recente:< la clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, siglato il 18 marzo 1999, che compare in allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretata nel senso che:essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui all'art. 36, quinto comma, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, recante norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, la quale, nell'ipotesi di abuso derivante dal ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione da un datore di lavoro del settore pubblico, vieta che questi ultimi siano convertiti in un contratto di lavoro a tempo indeterminato quando l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato prevede, nel settore interessato, altre misure effettive per evitare, ed eventualmente sanzionare, il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato stipulati in successione.....> e < detto accordo quadro dev'essere interpretato nel senso che le misure previste da una normativa nazionale, come quella oggetto della causa principale, al fine di sanzionare il ricorso abusivo a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna, né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione. >(ordinanza 1 ottobre 2010 C-3/10 Affatato)

2.) Il sistema di prevenzione degli abusi dell'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato secondo la clausola 5.1 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n.1999/70 e la giurisprudenza della Corte di giustizia europea.

Si tratta di un sistema articolato che, premessa la natura del contratto a termine che deve soddisfare esigenze temporanee e non permanenti,introduce una serie di misure per prevenire abusi dell'utilizzo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato e misure sanzionatorie degli eventuali abusi

2.,1) Sulle misure per prevenire gli abusi

74 Pertanto, la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro impone agli Stati membri, al fine di prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure che essa elenca, qualora il loro diritto interno non contenga norme equivalenti. Le misure così elencate al punto 1, lettere da a) a c), di detta clausola, in numero di tre, attengono, rispettivamente, a ragioni obiettive che giustificano il

rinnovo di tali contratti o rapporti di lavoro, alla durata massima totale degli stessi contratti o rapporti di lavoro successivi ed al numero dei rinnovi di questi ultimi).

75 Gli Stati membri dispongono di un'ampia discrezionalità a tale riguardo, dal momento che essi hanno la scelta di far ricorso a una o a più misure enunciate al punto 1, lettere da a) a c), di detta clausola, oppure a norme giuridiche equivalenti già esistenti, e ciò tenendo conto, nel contempo, delle esigenze di settori e/o di categorie specifici di lavoratori (Sentenza 26/11/2014 nelle cause riunite C-22/13, da -61/13 a C-63/13 e C-418/13)

2.2) Sulle misure sanzionatorie

In questo quadro è demandata al giudice nazionale la ricerca e la <valutazione> della norma contenente la misura idonea a sanzionare l'abuso di contratti a termine. Si è pure precisato che tale misura deve rivestire i caratteri della adeguatezza, dissuasività, effettività. Resta quindi aperta la possibilità, per il giudice nazionale, a suo insindacabile giudizio, di considerare una norma già presente nell'ordinamento fornita dei requisiti richiesti e/o non ravvisandola procedere alla disapplicazione della normativa nazionale.

La Giurisprudenza del nostro paese si è divisa tra chi riteneva presente nell'ordinamento tale norma, salvo poi individuarla in questa o in quella disposizione di legge, e chi non ravvisandola e ricorrendo anche ad altre considerazioni sentenziava la possibilità della trasformazione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato nel settore della pubblica amministrazione.

77 Inoltre quando, come nel caso di specie, il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche nell'ipotesi in cui vengano nondimeno accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro.⁷⁸ Seppure, in mancanza di una specifica disciplina dell'Unione in materia, le modalità di applicazione di tali norme spettino all'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in forza del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, esse non devono essere però meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)⁷⁹ Da ciò discende che, quando si è verificato un ricorso abusivo a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, si deve poter applicare una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'unione (Sentenza 26/11/2014 nelle cause riunite C-22/13, da -61/13 a C-63/13 e C-418/13).

In linea di massima tale misura interna è stata riconosciuta, ai sensi dell'art.36 T.U. 165/2001 nel risarcimento del danno, salvo poi individuare i criteri per la misura di tale danno.

3.) Il caso delle supplenze scolastiche

Si è sviluppato nel nostro paese un forte contenzioso con riguardo alle supplenze nel settore scolastico a causa della vasta area di precariato che nel tempo si era stratificata.

.Tale settore peraltro presenta una regolamentazione specifica che si discosta per da quella di carattere più generale contenuta nell'art. 36 T.U. del pubblico impiego, nonché del Decreto legislativo n.368 /2001.

Infatti nel settore scolastico la complessità e le lungaggini delle assunzioni per concorso e della conseguente immissione in ruolo e l'urgenza di una risposta pronta alla domanda formativa delle scuole statali di ogni ordine e grado comportavano il ricorso a contratti temporanei (le c.d. supplenze) nell'attesa, e non solo, che venisse portato a compimento l'iter burocratico delle procedure concorsuali .Contemporaneamente veniva introdotto il sistema del c.d. doppio canale.(v.artt.399 e 400 del decreto legislativo 16 aprile 1994 n.297), in forza del quale l'accesso ai

ruoli avviene per il 50 per cento dei posti mediante concorso per titoli ed esami e per il restante 50 per cento, attingendo alle graduatorie permanenti..

Ne derivava la necessità di un uso regolamentato dei contratti a termine (v. legge n.124 del 1999).

A questo punto , in tale settore si è posto il problema di un coordinamento della diverse normative e comunque di una chiarificazione degli ambiti di applicazione.

Conviene quindi portar ordine tra le fonti che regolano il contratto a tempo determinato in genere e nel settore scolastico in particolare. Per il principio della preminenza del diritto comunitario al più alto livello si colloca la Direttiva 1999/70/CE che è applicabile sia al datore di lavoro pubblico che al datore di lavoro privato. Nell'ordinamento nazionale la norma generale è da considerarsi il Decreto legislativo n.368/2001, attuativa della predetta Direttiva. L'art.10 comma 4 bis di tale decreto introduce una deroga in quanto dispone che < sono ... 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 e determinato .In ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-bis, del presente decreto>, donde l'inapplicabilità dell'articolo 5 comma 4 bis del medesimo decreto. Il Decreto legislativo n.165/2001 si pone anch'esso come norma speciale, che circoscrive il suo ambito con l'art.2(vedi sopra). In particolare ai nostri fini deve considerarsi l'art. 36 comma 5 surriportato. L'art. 70 comma 8 dispone che <sono fatte salve le procedure di reclutamento del personale della scuola di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n.297 e successive modificazioni ed integrazioni>. Tale ultima disposizione è di importanza rilevante in quanto rende legittime le successioni di contratti a termine nel settore scolastico che altrimenti costituirebbero un abuso, a' sensi della clausola 5 .1 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva 1999/70 che impone l'adozione di una delle tre misure di prevenzione in essa indicate o di altra equivalente; in difetto di che la normativa de qua avrebbe dovuto comportare una sanzione specifica, il che non è. A parer nostro, invece, tale normativa non può interpretarsi che nel senso che l'uso dei contratti a termine, in tal caso, viene a rappresentare un metodo di reclutamento scostandosi dalla sua natura tipica di strumento per far fronte ad esigenze lavorative temporanee, assumendo una funzione diversa (come vedremo infra) .Ciò giustifica la deroga alla normativa del D.Lgs. n.368/2001, come su detto. Il che del resto è in linea con la norma costituzionale , art. 97 Cost, che sancisce che <agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge>. Di talchè in conseguenza di tale diversa connotazione non dovrebbe entrare nell'ambito di applicazione della Direttiva 1999/70/CE.

3.1) Sul settore scolastico si è pronunciata la Corte di Cassazione: si veda Sentenza 20 /6/2012 n.10127.

Dopo ampia analisi la Corte individua nel nostro ordinamento una misura equivalente che consentirebbe di soddisfare i requisiti voluti dall'Accordo quadro per evitare l'abuso.

La Corte argomenta(punti da 54 a 59 della Sentenza e la giurisprudenza comunitaria ivi indicata) nel senso che il descritto quadro normativo rappresenta un insieme di fonti che valgono, per la loro completezza, organicità e funzionalizzazione, a costituire un corpus speciale autonomo disciplinante la materia del reclutamento del personale in ordine al quale, non trovando applicazione il D.Lvo n. 368 del 2001 -emanato in attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES- va verificata la conformità alla detta direttiva .A tal fine , aggiunge la Suprema Corte, va tenuto conto che, secondo giurisprudenza comunitaria, nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali devono interpretarlo, per quanto possibile, alla luce del testo e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi, pertanto, all'art. 249, terzo comma, Trattato CEE ;non senza considerare che tale obbligo di interpretazione conforme riguarda l'insieme delle disposizioni del diritto nazionale, sia anteriori sia posteriori alla direttiva di cui trattasi.

.Tanto precisato ,continua la Cassazione, deve ribadirsi, in primo luogo, che l'accordo quadro -di cui alla Direttiva del Consiglio Ce 1999/70/CE del 28 giugno 1999 non stabilisce le condizioni precise in base alle quali si può far ricorso al contratto a tempo determinato. E', infatti, sancita soltanto l'adozione, qualora il diritto nazionale non preveda norme equivalenti, di almeno una delle misure in essa enunciate, che attengono, rispettivamente, a ragioni obiettive che giustificano il rinnovo di tali contratti o rapporti di lavoro, alla durata massima totale degli stessi contratti o rapporti di lavoro successivi ed al numero dei rinnovi di questi ultimi, pur restando fermo che gli Stati membri sono tenuti, in generale, nell'ambito della libertà che viene loro riservata dall'art. 249, terzo comma, Trattato CEE, a scegliere le forme e i mezzi idonei al fine di garantire l'efficacia pratica delle direttive..Alla luce della richiamata giurisprudenza comunitaria la Corte ritiene che il corpus normativo disciplinante il reclutamento del personale, nel consentire la stipula di contratti a tempo determinato in relazione alla oggettiva necessità di far fronte, con riferimento al singolo istituto scolastico - e, quindi, al caso specifico-, alla copertura dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre,ovvero alla copertura dei posti. di insegnamento non vacanti che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre, ovvero ancora ad altre necessità quale quella di sostituire personale assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro, riferendosi a circostanze precise e concrete caratterizzanti la particolare attività scolastica costituisce "norma equivalente" alle misure di cui alla clausola 5 n.1, lett. da A) a C) dell'accordo quadro ..

^_^

3.2) Proprio con riguardo al settore scolastico si è pronunciata di recente la Corte di giustizia europea. Si tratta della sentenza 26 novembre 2014 cause riunite C-22/13 ,da C-61/13 a C-63/13 e C418-/13 (sulla quale ultima ci soffermeremo in modo particolare).

Ci limiteremo ai punti essenziali e più significativi,trascurand,per l'economia del saggio, altri pur importanti aspetti.

Tale sentenza affronta il problema dei precari della scuola e ha determinato un forte impatto sul settore.

La Corte fissa importanti principi,in gran parte mutuati da precedenti sentenze ed altri nuovi in relazione alla fattispecie "nuova"affrontata.

Posto che norma generale viene considerato il decreto legislativo n.368/2001 e le numerose sue modifiche. (v. punti 12 e 14) la Corte passa all'analisi della normativa che regola il reclutamento dei docenti e del personale ATA:

<< Per quanto riguarda il personale docente e amministrativo, tecnico ed ausiliario, la disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato è contenuta nell'articolo 4 della legge del 3 maggio n. 124, recante disposizioni urgenti in materia di personale scolastico (GURI n. 107, del 10 maggio 1999), come modificata dal decreto legge del 25 settembre 2009 n. 134, convertito, con modificazioni, dalla legge del 24 novembre 2009 n. 167 (GURI n. 274, del 24 novembre 1999; in prosieguo: la «legge n. 124/1999»). Secondo il giudice del rinvio nelle cause C-22/13 e da C-61/13 a C-63/13, è pacifico che tale legge si applica solo alla scuola statale. Detta legge non si applica, invece, alla scuola comunale, che resta soggetta ai decreti legislativi n. 165/2001 e n. 368/2001.

18 Ai sensi dell'articolo 4 della legge n. 124/1999:

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

2. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento non vacanti che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico si provvede mediante il conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche. Si provvede parimenti al conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche per la copertura delle ore di insegnamento che non concorrono a costituire cattedre o posti orario.

3. Nei casi diversi da quelli previsti ai commi 1 e 2 si provvede con supplenze temporanee.>>

6. Per il conferimento delle supplenze annuali e delle supplenze temporanee sino al termine delle attività didattiche si utilizzano le graduatorie permanenti di cui all'articolo 401 del testo unico, come sostituito dal comma 6 dell'articolo 1 della presente legge.

(...)

11. Le disposizioni di cui ai precedenti commi si applicano anche al personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA) G.)>>.

Tale normativa entrerebbe in collisione in particolare con la clausola 5,1 dell'Accordo quadro, succitata. (v. punto 28)

Le questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte Costituzionale italiana

Nell'ambito delle controversie di cui sono stati investiti, il Tribunale di Roma e il Tribunale di Lamezia Terme si sono interrogati sulla compatibilità dell'articolo 4, commi 1 e 11. della legge n. 124/1999 con la clausola 5 dell'accordo quadro, in quanto tale disposizione consente all'amministrazione di assumere, senza limiti, a tempo determinato, personale docente, tecnico o amministrativo al fine di coprire posti vacanti nell'organico di una scuola. Ritenendo di non poter decidere tale questione né attraverso un'interpretazione conforme, essendo la suddetta disposizione formulata in maniera non equivoca, né tramite la sua disapplicazione, essendo detta clausola 5 priva di effetto diretto, tali giudici hanno sottoposto alla Corte costituzionale, in via incidentale, una questione di legittimità costituzionale vertente sull'articolo 4, commi 1 e 11, della legge n. 124/1899 per violazione dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione della Repubblica italiana, letto in combinato disposto con la clausola 5 dell'accordo quadro.

40 Nella sua ordinanza di rinvio, la Corte costituzionale constata che la normativa nazionale applicabile alla scuola statale non prevede, per quanto riguarda il personale assunto a tempo determinato, né una durata massima totale dei contratti di lavoro a tempo determinato successivi, né l'indicazione del numero massimo dei loro rinnovi, ai sensi della clausola 5, punto 1, lettere b) e c), dell'accordo quadro. Tale giudice si chiede tuttavia se detta normativa non possa essere giustificata da una **«ragione obiettiva»** —ai sensi del punto 1, lettera a), della suddetta clausola.

Secondo il giudice del rinvio, la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale è strutturata, almeno in via di principio, in modo tale che l'assunzione di personale con contratto di lavoro a tempo determinato possa soddisfare una siffatta ragione obiettiva. Il servizio scolastico sarebbe, infatti, «attivabile su domanda», nel senso che il diritto fondamentale allo studio previsto dalla Costituzione della Repubblica italiana implica che lo Stato non può rifiutarsi di erogarlo e, di conseguenza, che esso è tenuto ad organizzarlo in modo da poterlo adattare costantemente alle evoluzioni della popolazione scolastica. Tale insita esigenza di flessibilità renderebbe indispensabile l'assunzione di un numero significativo di docenti e di personale delle scuole statali con contratti di lavoro a tempo determinato. Peraltro, il sistema delle —graduatorie permanenti, associato a quello dei concorsi pubblici, garantirebbe il rispetto di criteri oggettivi al momento dell'assunzione di personale mediante siffatti contratti di lavoro a tempo determinato e consentirebbe allo stesso personale di avere una possibilità ragionevole di diventare di ruolo in un posto permanente.

42 La Corte costituzionale rileva tuttavia che l'articolo 4, comma 1, della legge n. 124/1999, sebbene non preveda il rinnovo reiterato di contratti di lavoro a tempo determinato e non escluda il diritto al risarcimento del danno, consente di provvedere a supplenze annuali per posti vacanti e disponibili «in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo». Orbene, le procedure concorsuali sarebbero state interrotte tra il 2000 e il 2011. Tale disposizione potrebbe così configurare la possibilità di un rinnovo dei contratti a tempo determinato senza la previsione di tempi certi per lo svolgimento dei concorsi. Tale circostanza, combinata all'assenza di disposizioni che riconoscano il diritto al risarcimento del danno al personale delle scuole statali che sia stato indebitamente assoggettato a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, potrebbe porsi in conflitto con la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro.

43 In tali circostanze, la Corte costituzionale ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

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

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

Sull'**ambito** di applicazione dell'accordo quadro la Corte di Giustizia europea rileva che «< 66 il governo fa valere che è inopportuno che il settore dell'insegnamento sia soggetto alle disposizioni dell'accordo quadro relative al ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. Tale settore si caratterizzerebbe, infatti dall'esistenza di «esigenze (...) specifiche» ai sensi della clausola 5, punto 1, di tale accordo quadro, poiché l'insegnamento è volto a garantire il rispetto del diritto allo studio ed è indispensabile al buon funzionamento del sistema scolastico.

67 A tale proposito va ricordato che, dalla formulazione stessa della clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro, risulta che l'ambito di applicazione di quest'ultimo è concepito in senso ampio, poiché riguarda in generale i «lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro». Inoltre, la definizione della nozione di «lavoratore a tempo determinato» ai sensi dell'accordo quadro, enunciata alla clausola 3, punto 1, di quest'ultimo, include tutti i lavoratori, senza operare distinzioni basate sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro e a prescindere dalla qualificazione del loro contratto in diritto interno 69 Ne consegue che l'accordo

quadro non esclude nessun settore particolare dalla sua sfera d'applicazione e che, pertanto, è applicabile a personale assunto nel settore dell'insegnamento

^=====

Sull'esistenza di misure sanzionatorie del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato nel settore scolastico

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

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

6 Ne consegue che, come risulta dalle ordinanze di rinvio e dalle osservazioni del governo italiano, l'unica possibilità per un lavoratore che abbia effettuato supplenze, ai sensi dell'articolo 4 della legge n. 124/1999, in una scuola statale di ottenere la trasformazione dei suoi contratti di lavoro a tempo determinato successivi in un contratto o in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato risiede nell'immissione in ruolo per effetto dell'avanzamento in graduatoria.

117 Tuttavia, essendo una siffatta possibilità, come risulta dai punti da 105 a 107 della presente sentenza, aleatoria, la stessa non può essere considerata una sanzione a carattere sufficientemente effettivo e dissuasivo ai fini di garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro.

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

sull'esistenza di una ragione obiettiva

103) L'esistenza di una «ragione obiettiva» ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro esclude quindi, in linea di principio, l'esistenza di un abuso, a meno che un esame globale delle circostanze sottese al rinnovo dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato di cui trattasi riveli che le prestazioni richieste del lavoratore non corrispondono ad una mera esigenza temporanea.

104 Di conseguenza, contrariamente a quanto sostiene il governo italiano, il solo fatto che la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali possa essere giustificata da una «ragione obiettiva» ai sensi di tale disposizione non può essere sufficiente a renderla ad essa conforme, se risulta che l'applicazione concreta di detta normativa conduce, nei fatti, a un ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

105 Orbene, a tale riguardo, sebbene, conformemente alla giurisprudenza ricordata ai punti 81 e 82 della presente sentenza, ogni valutazione dei fatti rientri, nell'ambito del procedimento previsto

dall'articolo 267 TFUE, nella competenza dei giudici nazionali, si deve constatare che dagli elementi forniti alla Corte nelle presenti cause emerge che, come peraltro ammesso dallo stesso governo italiano, il termine di immissione in ruolo dei docenti nell'ambito di tale sistema è tanto variabile quanto incerto.

106 Da un lato, infatti, è pacifico, come risulta dalla formulazione stessa della prima questione nella causa C-418/13, che la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali non fissa alcun termine preciso riguardo all'organizzazione delle procedure concorsuali, dal momento che queste ultime dipendono dalle possibilità finanziarie dello Stato e dalla valutazione discrezionale dell'amministrazione. Così, secondo le stesse constatazioni operate dalla Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio nella medesima causa, non è stata organizzata nessuna procedura concorsuale tra il 2000 e il 2011.

107 Dall'altro lato, dalle spiegazioni del governo italiano risulta che l'immissione in ruolo per effetto dell'avanzamento dei docenti in graduatoria, essendo in funzione della durata complessiva dei contratti di lavoro a tempo determinato nonché dei posti che sono nel frattempo divenuti vacanti, dipende, come sostenuto giustamente dalla Commissione, da circostanze aleatorie e imprevedibili.

108 Ne deriva che una normativa nazionale, quale quella di cui ai procedimenti principali, sebbene limiti formalmente il ricorso ai contratti di lavoro a tempo determinato per provvedere a supplenze annuali per posti vacanti e disponibili nelle scuole statali solo per un periodo temporaneo fino all'espletamento delle procedure concorsuali, non consente di garantire che l'applicazione concreta di tale ragione obiettiva, in considerazione delle particolarità dell'attività di cui trattasi e delle condizioni del suo esercizio, sia conforme ai requisiti dell'accordo quadro.

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

113 Si deve, pertanto, constatare, che dagli elementi forniti alla Corte nell'ambito delle presenti cause emerge che una normativa nazionale, quale quella di cui ai procedimenti principali, non risulta prevedere, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, alcuna misura di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro.

La decisione della Corte:

La clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa

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

In conclusione la Corte di giustizia pur affermando che la violazione della clausola 5.1 non impone un obbligo di trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato demanda al giudice interno la ricerca nell'ordinamento ove esistente di una norma sanzionatoria o la introduzione ex novo di una sanzione con le caratteristiche su indicate.

4.) Conclusioni: il contratto a termine come strumento di reclutamento e di formazione

Possiamo constatare una forte discordanza tra ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale. L'ordinamento comunitario nella norma di cui alla clausola 5.1 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva 1999/70/CEE, impone misure di prevenzioni dell'abuso di una successione di contratti a termine e nel caso di mancanza delle stesse, impone una sanzione, che peraltro deve essere individuata dal "giudice del rinvio", ossia il giudice nazionale, escludendo, *expressis verbis* la possibilità di trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato. L'ordinamento nazionale invece legittima, nel settore all'esame, proprio una successione di contratti a termine priva di quelle caratteristiche che, per l'ordinamento sovranazionale, escluderebbero l'abuso. Tra l'altro la normativa nazionale speciale per la scuola non prevede una sanzione di risarcimento del danno.

Quid juris?

La Corte di giustizia enuncia alcuni principi base che abbiamo sù esaminato. Ne richiamiamo alcuni:

a) che pur consentendosi di prendere in considerazione esigenze di un settore specifico come quello dell'insegnamento, < tale facoltà non può essere intesa nel senso di consentirgli di esimersi dall'osservanza dell'obbligo di prevedere una misura adeguata per sanzionare debitamente il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato (118) . e

b) nel caso che < il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche nell'ipotesi in cui vengano nondimeno accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure [sanzionatore]>(77)

Ribadiamo quindi che, è demandato all'ordinamento nazionale l'individuazione di tale sanzione. Il Governo italiano, non potendosi convertire il contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, ha risposto legiferando l'assunzione di un determinato numero di lavoratori precari (poco più di 102.000), attingendo dai precari inseriti nelle graduatorie a esaurimento (<Gae>) e i vincitori e idonei di un recente "concorso". Tale risposta non ci pare coerente con il dettato comunitario restando esclusi molti di quei soggetti "abusati", lasciando comunque aperto il problema.

Vengono quindi in gioco i rapporti tra gli ordinamenti. Pur accettandosi, ormai, da tutti il principio della preminenza del Diritto Comunitario, tuttavia tale principio deve essere letto nel contesto di una visione che considera gli ordinamenti “autonomi e distinti”(Sentenza Granital),

Applicata alla nostra questione tale visione, possono considerarsi valide più opzioni, tra le quali certamente l'autorevole interpretazione della Corte di cassazione 20/6/2012 n 101 27, su illustrata, che viene a considerare “norma equivalente” il “ Corpus normativo disciplinante il reclutamento del personale” nel settore scolastico; ma anche, a nostro modestissimo parere, la tesi della non applicabilità alla fattispecie dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva 1999/70/CE.

Come abbiamo sù accennato l'insieme di “supplenze” utilizzate nel settore scolastico verrebbe a costituire un “metodo di reclutamento”, non tanto e non solo sotto un profilo oggettivo quanto soprattutto sotto il profilo soggettivo per la sua funzione formativa, per assicurare alla delicata attività educativa personale sempre più preparato che ponga in essere un' offerta educativa caratterizzata da quei principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, che stanno anche alla base del reclutamento dell'assunzione per concorso, Ci confortano in ciò alcune considerazioni della Suprema Corte nella sentenza citata secondo le quali <Il sistema delle supplenze in parola rappresenta, pertanto, sotto il profilo in esame, un percorso formativo-selettivo, volto a garantire la migliore formazione scolastica, attraverso il quale il personale della scuola viene immesso in ruolo in virtù di un sistema alternativo a quello del concorso per titoli ed esami... (45)>.

Ci troviamo di fronte ad un caso per il quale un contratto viene usato per un fine diverso da quello tipico, in forza di atto legislativo. In altri termini, fermo restando il sinallagma, prestazione di lavoro temporanea –retribuzione pattuita, la legge introduce un motivo ulteriore che finalizza il contratto al reclutamento definitivo nello Stato. Cionondimeno non può negarsi che nella fattispecie convivono due tipologie di reclutamento, quello temporaneo relativo all'anno in corso ed un reclutamento definitivo con il passaggio in ruolo, il che potrebbe, nel primo caso, configurare un abuso. Ciò postulerebbe una riforma radicale del sistema per eliminare le ambiguità.