

Rivista N°: 4/2016
DATA PUBBLICAZIONE: 1/11/2016

AUTORE: Roberta Calvano *

“CATTIVI CONSIGLI” SULLA “BUONA SCUOLA”? LA CORTE ESCLUDE IL RISARCIMENTO DEL DANNO PER I DOCENTI PRECARI DELLA SCUOLA IN VIOLAZIONE DELLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SUL CASO MASCOLO (NOTA A SENTENZA N. 187 DEL 2016)**

1. Nella seconda metà del 2016 la scuola pubblica italiana appare ancora in mezzo al guado di una grave situazione di crisi, forse la più seria dalla nascita della scuola statale, pure non nuova a disfunzioni di vario tipo, tra cui fenomeni di massiccio impiego di personale precario ed interventi normativi contingenti o di mera sanatoria¹. Mentre il Miur ammette ai primi di settembre di aver commesso almeno duemilaseicento errori nelle assegnazioni alle sedi dei docenti neo-reclutati in forza della legge n. 107 del 2015 sulla “Buona scuola”, parallelamente monta il nuovo caso del concorso nazionale per il reclutamento dei docenti, con la denuncia di molti errori nei test e le nomine dei docenti a pochi giorni dall’inizio dell’anno scolastico ancora in larga parte da svolgere.²

* Ordinario di Diritto costituzionale, Università degli studi di Roma Unitelma Sapienza.

** La presente nota è in corso di pubblicazione sulla rivista *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2016.

¹ Una interessante ricostruzione di questi fenomeni e del quadro complessivo all'alba della riforma della “Buona scuola” è in L. SALTARI, *La formazione e il reclutamento degli insegnanti in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2014, 445 ss. e, in particolare 450-451. Tra le altre osservazioni, si segnala la sintetica conclusione dell'A. secondo cui “può osservarsi come gli anni '70-'80 abbiano lasciato una profonda traccia nella scuola italiana. L'incapacità di giungere a una rigorosa programmazione del fabbisogno di docenti, la debolezza nel promuovere la transizione a una formazione universitaria e specificamente professionalizzante, le troppe condiscendenze nei versi delle istanze di chi fa pressioni per accedere in ruolo hanno disegnato un profilo peculiare dell'insegnante italiano: «lavoratore», più che «professionista» (...). Ne discende per gli insegnanti un incremento in uguaglianza e sicurezza. Essi però pagano questo risultato con l'alto prezzo del marcato scadimento della loro qualità media che inevitabilmente implica un modesto riconoscimento sociale”. Le analisi, anche molto recenti, degli studiosi di pedagogia invece non sembrano soffermarsi adeguatamente sulle condizioni del sistema scolastico in Italia, delimitando le loro indagini ad un passato forse più rassicurante. In proposito, v. ad es. M. MORANDI, *Il sistema nazionale della pubblica istruzione: una storia italiana*, e M. FERRARI, *Scuola, allievi e docenti nel sistema scolastico italiano dal 1962 al 2012*, in *Costituzione e istruzione*, a cura di G. Matucci e F. Rigano, 2016.

² Tali i dati comunicati alla stampa dal Miur. Ancora ai primi di settembre risultavano assegnati solo il 19% dei posti sulle graduatorie di merito. Parallelamente, un comunicato stampa del 31 agosto annuncia che con DPCM saranno finalmente garantiti “tempi certi per il pagamento delle supplenze brevi e saltuarie del personale

In questo quadro, non ha avuto grande risalto la notizia della sentenza n. 187 del 2016 della Corte costituzionale, pure preannunciata con un comunicato stampa dalla stessa Corte il 12 luglio scorso. Tuttavia si tratta di una sentenza molto importante e lungamente attesa. La questione di costituzionalità era stata infatti sollevata nel 2012, poi, dopo il promovimento da parte della Corte costituzionale della questione pregiudiziale di interpretazione ex art. 267 TFUE alla Corte di giustizia, definita con sentenza del 2014³, il giudizio di costituzionalità è stato riassunto davanti alla Corte e la questione è stata infine discussa in udienza pubblica il 17 maggio 2016.

Anche in ragione di questo lungo antefatto, sorprende la motivazione piuttosto affrettata di questa sentenza, con cui si argomenta quella che, come si vedrà, può essere ritenuta una aperta violazione di quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza resa nel caso *de quo*, che da questa questione di legittimità costituzionale nasceva. Mentre il giudice europeo aveva infatti stabilito che la normativa europea “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*”⁴, la Corte costituzionale accoglie la questione di costituzionalità della suddetta disciplina, negando tuttavia il risarcimento del danno a chi abbia subito l’abuso dei contratti a tempo determinato.

La sentenza n. 187 pare dunque inevitabilmente destinata a produrre ulteriore conflittualità e malcontento nel panorama già tormentato della scuola pubblica italiana.

2. La questione era stata oggetto di particolare attenzione per ragioni di carattere processuale già in occasione dell’ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia n. 207 del 2013⁵, avendo rappresentato l’occasione per il tanto atteso superamento di quello che appariva come un vero e proprio *tabù* per il giudice costituzionale italiano. Ci si riferisce alla possibilità di promuovere una questione pregiudiziale interpretativa dinanzi alla Corte di giustizia Ue nell’ambito del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, possibilità costantemente negata negli anni, nonostante una piccola apertura contenuta nella sentenza n. 168 del 1991. Il superamento di tale resistenza, argomentato piuttosto succintamente, come la dottrina non ha mancato di segnalare, sembra essersi prodotto forse anche in relazione alle

scolastico”, mentre il ministro saluta il risultato come “una vera e propria svolta che eviterà che si ripeta di nuovo quanto accaduto troppe volte in passato. E cioè che chi lavora con contratti a termine nelle nostre scuole, solo perché supplente, riceva con ritardo quanto gli è dovuto”.

³ Corte di giustizia, (terza sezione) sentenza del 26 novembre 2014 in C-22/13.

⁴ Questo il dispositivo molto chiaro della sentenza della Corte di giustizia in C-22/13 cit., il corsivo è di chi scrive.

⁵ Tra gli altri, M. P. IADICICCO, *Il precariato scolastico tra Giudici nazionali e Corte di Giustizia: osservazioni sul primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana nell’ambito di un giudizio di legittimità in via incidentale*, in *Osservatorio Aic*, gennaio 2014.

aperture mostrate in tal senso negli ultimi anni da altre Corti costituzionali europee⁶, o forse in ragione dell'impaccio del giudice costituzionale italiano di trovarsi a giudicare una disciplina sotto più profili discutibile, come quella che emerge dal combinato disposto dei decreti legislativi n. 165 e 368 del 2001 e dall'art. 4 della legge n. 124 del 1999⁷, la cui declaratoria di incostituzionalità si palesava tuttavia come foriera di un impatto molto significativo sul bilancio dello Stato. E di questi tempi, si sa, l'art. 81, nella sua lettura più rigida⁸, sembra imporsi al giudice costituzionale, così come a tutti i soggetti titolari di pubbliche funzioni a tutti i livelli dell'ordinamento, quasi come una grande incombente *grundnorm* della nostra epoca, facendo a volte perdere di vista altre norme costituzionali, sicuramente dotate di pari rilevanza se non dello statuto di principi fondamentali inderogabili⁹.

Il *tabù* di cui si parlava, si riteneva da più parti fosse dovuto alla riottosità del giudice costituzionale rispetto al vincolo interpretativo alle sentenze della Corte di Lussemburgo. Volendo anticipare sin da ora le conclusioni critiche - cui sembra lecito giungere a seguito della lettura della sentenza -, si può ritenere che, nonostante i tempi sembrassero ormai ampiamente maturi per tale scelta, il giudice costituzionale non fosse probabilmente pronto ad utilizzare lo strumento di cui all'art. 267 TFUE superando le proprie pluridecennali resistenze, considerando quanto poco fedelmente è stata poi data attuazione nella sentenza n. 187 all'interpretazione data dalla Corte di giustizia della normativa rilevante nel caso Mascolo. Un'interpretazione che stigmatizza l'abuso dei contratti a tempo determinato e che conferma l'orientamento già consolidato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia¹⁰.

Come ricordato, la Corte costituzionale ha sollevato con ordinanza n. 207 del 2013 una questione pregiudiziale di interpretazione ex art. 267 TFUE a partire dal giudizio di legittimità costituzionale relativo alla disciplina di cui all'art. 4 legge n. 124 del 1999 che, prevedendo sostanzialmente la possibilità dell'amministrazione di stipulare indiscriminatamente con i docenti contratti di supplenza annuale nell'attesa dell'espletamento di concorsi, consen-

⁶ Tra cui si inserisce oramai anche l'autorevole BVG, con la decisione di promuovere la questione pregiudiziale in C-62/14 (caso Gauweiler) in relazione al programma di Outright Monetary Transactions della BCE.

⁷ Ci si riferisce alle norme di cui all'art. 36, decreto legislativo n. 165 del 2001 e all'art. 5 comma 4 bis del decreto legislativo n. 368 del 2001 che escludono per i soli dipendenti della scuola le misure del risarcimento e quella della conversione del rapporto di lavoro in contratto a tempo indeterminato in caso di abuso dei contratti a termine. La direttiva n. 709 del 1999 prevede all'art.2.1 l'obbligo di comunicare al lavoratore la durata prevedibile del contratto.

⁸ Rimanendo invece percorribile come si sa la via dell'equilibrio, "rispetto" a quella del "pareggio di bilancio", come sostenuto da M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, relazione al convegno "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012", Corte costituzionale 22 novembre 2013, in cortecostituzionale.it.

⁹ Sul punto v. G. TESAURO, *Ragioni di bilancio e diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, Torino, 2016, 2399.

¹⁰ V. infra più diffusamente. Sulla giurisprudenza europea, v. DE MICHELE, *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno*, in Europeanrights.eu, 25 ss. sulla giurisprudenza costante in materia (i casi rilevanti sono Marrosu-Sardino, sentenza del 7 settembre 2006, in C-53/04; Vassallo, sentenza del 7 settembre 2006, in C-180/04; Valenza, sentenza del 18 ottobre 2012, cause riunite da C-302/11 a C-305/11; Carratù, 12 dicembre 2013, in C-361/12; Mascolo e nelle ordinanze Affatato, ordinanza del 3 ottobre 2010, in C-3/10; e Papalia, ordinanza 12 dicembre 2013, in C-50/13). Ad essa è poi seguita la decisione nel caso León Medialdea CGUE, sez. VIII, 11 dicembre 2014 che ha riguardato tutto il precariato pubblico spagnolo.

tiva da lunghi anni l'abuso dei contratti a tempo determinato nella scuola. Come oggi lo stesso giudice costituzionale ricorda, tale decisione si era fondata sull'assunto della necessità di chiarire il significato da attribuire a norme Ue prive di effetti diretti, come la clausola 5, punto 1 della direttiva n. 70 del 1999, invocate come parametro interposto dai giudici *a quibus*. In base a tale clausola, contenuta nell'“Accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato” recepito dalla direttiva, infatti, “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 delle 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; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti*”¹¹. Ad oggi, la legge 107 sembra ottemperare chiaramente al solo requisito *sub b*, rinviando ad un decreto legislativo delegato la disciplina per la formazione ed il reclutamento dei docenti.

3. La sentenza in commento rappresenta dunque l'ultimo atto della vicenda che ha portato all'attenzione delle grandi corti (Corte costituzionale e Corte di giustizia, nonché Corte di Cassazione¹²), oltre che della Commissione Ue¹³, la disciplina dettata dal legislatore italiano (decreto legislativo n. 124 del 1999) che, come si è detto, si colloca alla base dell'abuso dei contatti a tempo determinato nella scuola italiana.¹⁴

È noto che la sospensione di fatto per quattordici anni del reclutamento a tempo indeterminato del personale docente e ATA nella scuola pubblica italiana¹⁵, unitamente all'assenza di strumenti deterrenti nella normativa italiana rispetto all'abuso dei contratti a tempo determinato, ha portato migliaia di unità personale¹⁶ a svolgere lunghi periodi di attività lavorativa sulla base di supplenze e contratti annuali, con forme di precariato che in molti

¹¹ La legge infatti non istituisce alcun meccanismo per garantire il rispetto della cadenza triennale e del “sistema regolare” (c. 181) dei concorsi per il reclutamento dei docenti, rinviando ad un decreto legislativo delegato la disciplina del sistema di formazione e reclutamento dei docenti della scuola secondaria.

¹² Corte costituzionale, ordinanza n. 207 del 2013 e ora sentenza n. 187 del 2016; la già citata sentenza della Corte di giustizia, (terza sezione) 26 novembre 2014 in C-22/13; Cassazione Civile, sez. lavoro, sentenza 23/12/2014 n. 27363.

¹³ Nell'ambito di una procedura di infrazione poi archiviata. La procedura 2010/2124 è stata archiviata il 19 novembre 2015.

¹⁴ Di cui ci si era già occupati su questa rivista, v. R. CALVANO, *L'abuso dei contratti a tempo indeterminato nella scuola italiana, tra norme costituzionali e diritto dell'Unione europea*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2014.

¹⁵ Periodo in cui non sono stati effettuati concorsi, come ben ricorda V. DE MICHELE, *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia*,

cit., 10. Nel concorso del 2012 (Decreto del Direttore generale per il personale scolastico n. 82 del 24 settembre 2012) erano comunque stati messi a bando 11.500 posti di insegnante di scuola primaria e secondaria, a fronte di un totale di insegnanti a tempo determinato iscritti alle graduatorie permanenti di più di duecentomila unità.

¹⁶ Nell'interrogazione parlamentare E-2354/10 presentata al Parlamento europeo il 16 aprile 2010 si riferisce di 70.000 unità di personale ATA in queste condizioni.

casi si sono protratte complessivamente per decenni. Tali rapporti, in forza della modifica introdotta nel 2013 all'art. 36 del decreto legislativo n. 165 del 2001, in caso di abuso, restavano esclusi dalla possibilità della conversione in rapporti di lavoro a tempo indeterminato oltre che dal rimedio del risarcimento del danno.

La questione è stata di recente affrontata dal legislatore, sia nel decreto legislativo n. 81 del 2015 (c.d. *Jobs act*), con cui si escludono dalle tutele ivi previste i contratti a tempo determinato nella scuola,¹⁷ che più specificamente, ma anche stavolta indirettamente, nella legge n. 107 del 2015. Questo atto, meglio noto sotto la definizione, che oggi non può che apparire infausta, di “legge sulla Buona scuola”, oltre a prevedere un nuovo sistema di reclutamento del personale all'art. 1, comma 131, ha previsto, solo per il futuro, il limite massimo di trentasei mesi per la durata dei contratti di lavoro a tempo determinato (un limite che richiama quello già previsto nel decreto legislativo n. 368 del 2001 attuativo della direttiva n. 70 del 1999, con norma che però il legislatore italiano aveva reso sin qui non applicabile alla scuola).¹⁸

Nella legge, all'apposizione di tale limite temporale ai nuovi rapporti, che sembra dunque lasciare chiaramente impregiudicato tutto il contenzioso pregresso, al quale anche, come si vedrà, si riferisce la sentenza della Corte di giustizia, si somma poi l'istituzione di un fondo per il risarcimento dei danni dovuti in base a provvedimenti giurisdizionali conseguenti alla reiterazione dei contratti a tempo determinato in violazione del limite di trentasei mesi “anche non continuativi”.¹⁹ Il limite dei trentasei mesi è posto nella legge quindi, un po' ambigualmente in relazione al futuro, ma anche al pregresso, laddove esso riappare nella norma sul fondo per il risarcimento. Esso insomma, pur introdotto solo *pro futuro* per i nuovi contratti, sembra avere una portata applicativa più ampia, probabilmente anche in ragione della sentenza della Corte di giustizia che era all'epoca già sopraggiunta.

È da ritenere infatti esso valga anche a delimitare i soggetti aventi diritto al risarcimento, tra quelli già destinatari nel 2015 di un provvedimento giurisdizionale favorevole. A conferma di ciò, si può sottolineare infatti che la copertura prevista per il fondo è riferita agli anni 2015 e 2016, con disposizione che quindi sembra chiaramente riguardare innanzitutto gli abusi già perpetratisi e il contenzioso già instaurato e definito con sentenza, salvo ulteriore copertura finanziaria del fondo per gli anni successivi. Come vedremo, invece, la Corte costituzionale sembra farsi promotrice di una lettura diversa del disposto legislativo.

¹⁷ Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183.

¹⁸ “131. A decorrere dal 1° settembre 2016, i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati con il personale docente, educativo, amministrativo, tecnico e ausiliario presso le istituzioni scolastiche ed educative statali, per la copertura di posti vacanti e disponibili, non possono superare la durata complessiva di trentasei mesi, anche non continuativi”.

¹⁹ Art. 1, comma 132: “Nello stato di previsione del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca è istituito un fondo per i pagamenti in esecuzione di provvedimenti giurisdizionali aventi ad oggetto il risarcimento dei danni conseguenti alla reiterazione di contratti a termine per una durata complessiva superiore a trentasei mesi, anche non continuativi, su posti vacanti e disponibili, con la dotazione di euro 10 milioni per ciascuno degli anni 2015 e 2016, fermo restando quanto previsto dall'articolo 14 del decreto-legge 31 dicembre 1996, n. 669, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1997, n. 30, e successive modificazioni.

4. La Corte di giustizia si era pronunciata molto chiaramente e, a parere di chi scrive, anche piuttosto duramente, nella sua sentenza del 26 novembre 2014, ritenendo che 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”, ricordando che “l’insegnamento è correlato a un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione della Repubblica italiana che impone a tale Stato l’obbligo di organizzare il servizio scolastico in modo da garantire un adeguamento costante tra il numero di docenti e il numero di scolari”, sottolineando come questo dato non costituisca tuttavia una giustificazione per non stabilire un organico stabile per il corpo docente della scuola statale.

Il giudice europeo aveva precisato altresì come in base alla disciplina Ue il rapporto di lavoro a tempo determinato debba essere ritenuto l’eccezione, rispetto al lavoro a tempo indeterminato, “e si giustifichi solo in presenza di particolari circostanze”²⁰. Nella sentenza il passaggio forse più significativo in relazione al caso italiano era quello con cui veniva infine sottolineato come, *“sebbene considerazioni di bilancio possano costituire il fondamento delle scelte di politica sociale di uno Stato membro e possano influenzare la natura ovvero la portata delle misure che esso intende adottare, esse non costituiscono tuttavia, di per sé, un obiettivo perseguito da tale politica e, pertanto, non possono giustificare l’assenza di qualsiasi misura di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato”*²¹.

Dalla pronuncia si desumeva insomma, inequivocabilmente, che i ricorrenti avessero diritto al risarcimento del danno, come in effetti molti provvedimenti giurisdizionali di tribunali hanno medio tempore garantito²². Il dispositivo della sentenza recitava perciò che la disciplina Ue “osta” a una normativa nazionale 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*”.

²⁰ Punto 100 della Sentenza, che ricorda “come la Corte ha già dichiarato in numerose occasioni, il rinnovo di contratti o di rapporti 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, non è giustificato ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell’accordo quadro. Infatti, un utilizzo siffatto dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato è direttamente in contrasto con la premessa sulla quale si fonda tale accordo quadro, vale a dire il fatto che i contratti di lavoro a tempo indeterminato costituiscono la forma comune dei rapporti di lavoro, anche se i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell’impiego in alcuni settori o per determinate occupazioni e attività (sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punti 36 e 37 nonché giurisprudenza ivi citata).

²¹ Corte di giustizia, sentenza del 26 novembre 2014, cit, punto 110.

²² V., tra le altre, Tribunale di Napoli, sentenze del 21 gennaio 2015 nei casi Mascolo, 5288/12; Racca n. 57536/11 e Forni n. 5287/12.

5. Era necessario ripercorrere l'antefatto nei suoi vari profili per poter valutare correttamente la motivazione della sentenza n. 187, con cui la questione di costituzionalità viene accolta "nei sensi e nei *limiti* di cui in motivazione". E non è solo in forza di tali limiti che la sentenza è criticabile, dovendosi purtroppo rimarcare come in essa il giudice costituzionale sembri quasi perdere consapevolezza del proprio ruolo. Va infatti rilevato che nella sentenza la questione viene accolta senza argomentare i fondamenti della declaratoria di illegittimità costituzionale, né individuare precisamente il rapporto tra oggetto e parametro (art. 117 c.1 Cost., integrato dal parametro interposto costituito dalla citata direttiva) del giudizio di costituzionalità, ma direttamente desumendoli dalla sentenza della Corte di giustizia, laddove il giudice Ue aveva correttamente lasciato uno spazio alle "necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio", sulla normativa *de qua agitur*. Valutazioni che il giudice costituzionale, dopo tanto sofferta attesa prima di sollevare la prima questione pregiudiziale, sembra ora omettere totalmente di svolgere, quasi che esaminare la questione per giungere ad accoglierla, sia in qualche misura disturbante, laddove peraltro, se proprio ci si fosse voluti sottrarre al compito affidato al giudice rinviante dalla Corte di giustizia, sarebbe stato possibile ad esempio ritenere la questione inammissibile, essendo altra e diversa rispetto a quella impugnata la norma da cui direttamente discende l'esclusione del diritto al risarcimento del danno.²³

Il giudice costituzionale assume invece che "si impone un'integrazione del *dictum* del giudice comunitario", quasi che quel *dictum* fosse già di per sé decisivo della questione di costituzionalità. Affermazione tanto più imbarazzante se si pensa poi al mancato ossequio rispetto al vincolo interpretativo della sentenza della Corte di giustizia, dopo un'attesa di quasi due anni rispetto alla data della stessa. Un mancato ossequio che come è noto può avere conseguenze sia sul piano della responsabilità dello Stato verso i singoli per violazione del diritto Ue da parte del giudice costituzionale,²⁴ che per la eventuale possibile ri-attivazione di una procedura di infrazione, stavolta aggravata dall'essersi susseguiti interventi in frode al diritto Ue²⁵ del legislatore, e ora della Corte costituzionale.

6. Venendo poi alla questione più controversa, e più rilevante per le migliaia di lavoratori interessati, si deve segnalare come la valutazione dello *ius superveniens*, ordinariamente affidata ai giudici *a quibus*, nel caso in cui essa possa inficiare i presupposti processuali sulla cui base è stato instaurato il giudizio di costituzionalità, e inevitabilmente diversificata in ragione delle diverse situazioni dedotte in giudizio, viene qui dalla Corte affidata a sé stessa, in ragione della natura non "meramente interna" del giudizio²⁶. Sulla base di tale argomentazio-

²³ L'art. 4 impugnato istituisce in effetti il sistema delle supplenze, in attesa del concorso. Sia consentito rinviare sul punto al mio *L'abuso dei contratti a tempo determinato*, cit., 4786.

²⁴ Corte di giustizia, grande sezione, sentenza Köbler, 30 settembre del 2003, in C-224/01 e Traghetti del mediterraneo, 13 giugno del 2006, in C-173/03.

²⁵ Innanzitutto con la modifica dell'art. 36, con cui si escludevano i precari della scuola dal diritto al risarcimento, a procedura di infrazione già avviata; poi con il decreto legislativo n. 81 del 2015 e con la legge n. 107 del 2015 sulla Buona scuola, ora con la sentenza n. 187.

²⁶ La Corte sembra ritenere cioè che la valutazione dello *ius superveniens* collegata all'adempimento di obblighi provenienti dal diritto Ue (cioè proprio quelli fatti valere dai ricorrenti tramite la questione di costituzionalità per violazione dell'art. 117 comma 1), giustifichi la sottrazione ai giudici *a quibus* della valutazione stessa. Con ciò

ne la Corte stabilisce quindi di dover svolgere la valutazione dello *ius superveniens*, spingendosi poi a negare, in forza della nuova legge che offre “serie e indiscutibili chances di immissione in ruolo a tutto il personale interessato”, la tutela risarcitoria per i docenti sin qui impiegati a tempo determinato, ritenendo la soluzione risarcitoria percorribile per il solo personale ATA, non essendo per esso previsto alcun piano straordinario di assunzione.

La legge n. 107 del 2015 insomma, istituendo un sistema di reclutamento periodico ed avviando una immissione massiccia di personale docente a tempo indeterminato, sarebbe secondo la Corte insomma in grado di “cancellare l’illecito” inerente l’abuso dei contratti a tempo determinato nei confronti del personale docente. Da tale affermazione contenuta nella sentenza deriva la necessità di una riflessione critica su tre diversi piani.

Innanzitutto il giudice costituzionale sembra ignorare la diversificazione delle situazioni all’interno del personale docente. Non si tiene conto infatti della distinzione tra il pregresso danno derivante da lunghi anni di precariato, in molti casi già accertato dal giudice civile, dalla soluzione approntata *de facto* pro futuro, tramite il reclutamento di una quota peraltro non massiva di docenti. Si ignora peraltro il dato per cui migliaia di docenti, tra quelli che avevano maturato il diritto al risarcimento, non sono stati assunti nell’ambito delle procedure di reclutamento attivate a seguito della legge n. 107, così come il fatto che tali procedure appaiono come *una tantum*, contentendo la legge n. 107 una delega a disciplinare un nuovo regime di formazione e reclutamento dei docenti della scuola con decreto legislativo, decreto cui si rinvia il compito di ottemperare a regime con l’obbligo di dare attuazione alla direttiva Ue (e alla sentenza della Corte di giustizia che ne chiarisce il significato), che ancora parte non adempiuto. Infine, si deve ritenere che anche per il personale docente con contratti a tempo determinato transitato nel personale di ruolo ovvero a tempo indeterminato, sarebbe stato lecito porre la questione, e quindi argomentare la decisione affermativa che si assume, circa l’efficacia della misura dell’assunzione a tempo indeterminato come elemento sanante, di per sé sufficiente a cancellare il danno pregresso.

Con riferimento alla questione del risarcimento e alla valutazione dello *ius superveniens*, la Corte conclude dunque rilevando che “lo Stato italiano si è reso responsabile della violazione del diritto dell’U.E., ma anche che il conseguente illecito è stato “cancellato” con la previsione di adeguati ristori al personale interessato”.

Da questo ed altri riferimenti ad un presunto “illecito comunitario” svolti nella sentenza deriva poi l’impressione di una sovrapposizione tra l’ipotesi descritta nella storica sentenza *Francovich*²⁷, consistente nella la responsabilità civile dello Stato nei confronti del singolo per la violazione del diritto Ue, nel caso in cui la norma violata attribuisca un diritto immediatamente esigibile dal singolo, e la questione della responsabilità dello Stato nei confronti dell’Unione, che può condurre alla sentenza di condanna nei giudizi di infrazione e alla conseguente sanzione pecuniaria in caso di mancata rimozione dell’illecito. Una simile sovrappo-

il giudice costituzionale non si avvede di contraddire se stesso, laddove ad esempio solo i giudici *a quibus* possono ad esempio essere informati se i ricorrenti siano stati nel frattempo reclutati a tempo indeterminato, con misura che possa essere ritenuta eventualmente soddisfattiva degli interessi della parte ricorrente.

²⁷ Corte di Giustizia, sentenza del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90.

posizione concettuale, che pare indicare un approccio confuso e ancora preoccupato rispetto alle dinamiche del processo di integrazione, non può che lasciare l'amaro in bocca rispetto a chi attendeva da tanto una decisione che ponesse fine alle tante incertezze che hanno caratterizzato la materia in questi anni.

7. La sentenza insomma rischia di produrre un effetto di compressione del diritto al risarcimento che neanche il legislatore, pure comprensibilmente attento ai profili di contenimento della spesa pubblica, si era spinto a determinare. La mancanza di precisione da parte del legislatore – come si è sopra sottolineato – sul tema del diritto al risarcimento, la si può forse addebitare al fatto che lo stesso fosse memore della procedura di infrazione appena archiviata, e consapevole dei costi molto ingenti di una eventuale pronuncia di condanna a sanzione pecuniaria, viste quelle inflitte all'Italia negli ultimi anni in materia di rifiuti²⁸.

Negare il diritto al risarcimento dei docenti che abbiano prestato servizio subendo l'abuso dei contratti a tempo determinato che il legislatore italiano, illegittimamente non sanzionava, suscita una pluralità di obiezioni, che vanno dal rischio di una denuncia e di una condanna per la responsabilità dello Stato per violazione del diritto Ue, all'illogicità della soluzione adottata. Infatti, negare il risarcimento per il passato pare impossibile data la copertura del fondo prevista dal legislatore e le chiare affermazioni in proposito della Corte di giustizia; negarlo per i soli casi di abuso dei contratti a tempo determinato potenzialmente risolvibili con il reclutamento porterebbe al paradosso di una tutela negata a fronte di un reclutamento che poi non si realizza per una larga fetta dei soggetti che hanno diritto al risarcimento. Ridurre la cancellazione del risarcimento per i soli reclutati sarebbe analogamente iniquo, perché, in forza peraltro di una lettura forzata della legge e della sentenza della Corte costituzionale, si introdurrebbe una tutela più ridotta proprio rispetto a coloro che il Miur ha ritenuto i più meritevoli tra i docenti a tempo determinato.

Un dedalo da cui non sembra possibile trovare via di uscita insomma, se non riducendo la portata della sentenza della Corte al suo solo dispositivo, che dichiara l'accoglimento della questione, prescindendo dalla motivazione. Ciò pare auspicabile anche alla luce di una, del resto risalente, distinzione tra comandi e consigli del giudice costituzionale elaborata a suo tempo dalla migliore dottrina costituzionalistica²⁹, basata sul ruolo del giudice delle leggi di interprete privilegiato delle norme costituzionali, ma non della legge. E ciò pare tanto più necessario laddove si verifichi peraltro ciò che accade in questo caso, in cui l'interpretazione del dettato legislativo sembra spingersi molto al di là di esso, oltre che di

²⁸ Corte di giustizia Ue, sentenza del 16 luglio 2015, in C-653/13 di condanna dell'Italia relativamente alla mancata esecuzione della sentenza del 4 marzo 2010 in C-297/08 che constatava l'inesatta attuazione della direttiva rifiuti in Campania. Il precedente contenzioso vedeva la sentenza del 2 dicembre 2014, in C-196/13, condannare l'Italia per non aver eseguito la sentenza del 26 aprile del 2007, in C-135/05. La sanzione ammonta nel primo caso a quaranta milioni di euro, da sommare ad una penalità semestrale, mentre la successiva condanna ammonta a venti milioni, cui si sommano centoventimila euro al giorno per non aver rispettato una precedente sentenza

²⁹ A. PIZZORUSSO, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1963, 346ss, v. soprattutto 406-407.

ogni creatività giudiziale³⁰, mentre nella legge n. 107 nessuna disposizione prevede l'esclusione del risarcimento per il caso di abuso dei contratti a tempo determinato, né tanto meno la distinzione in relazione a tale diritto tra docenti e personale ATA.

In definitiva, prescindendo dal consiglio contenuto nella motivazione della sentenza n. 187, cioè, dal tentativo di restringere la portata del diritto al risarcimento già maturato al solo personale amministrativo, si uscirebbe dalle contraddizioni presenti nel ragionamento del giudice costituzionale, rispettandone i "comandi" ed accantonandone soltanto i ... "cattivi consigli".

³⁰ Sulla quale da ultimo, v. le belle pagine di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali IX, 2016, 395 ss., nonché sugli scontri tra giudice costituzionale e Cassazione, 474