

Conferenza Trilaterale

Lisbona, 15 – 17 ottobre 2015

Dott. Giancarlo Coraggio, giudice della Corte costituzionale

1.– La peculiarità del rapporto di lavoro pubblico rinvia la sua origine storica, non solo nella natura pubblica del datore di lavoro, ma nella relazione che sussiste tra la prestazione lavorativa del dipendente pubblico e l'interesse generale, da cui promanano i connessi obblighi di fedeltà e diligenza.

2.– La Costituzione riserva diverse disposizioni al rapporto di lavoro pubblico:

– l'art. 51 Cost. stabilisce che: “Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici o alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tal fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini. La legge può, per l'ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive, parificare ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica. Chi è chiamato a funzioni pubbliche elettive ha diritto di disporre del tempo necessario al loro adempimento e di conservare il suo posto di lavoro”;

– l'art. 54, secondo comma, Cost. stabilisce che “i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore”;

– l'art. 97, quarto comma, Cost. sancisce che “Agli impieghi nelle Pubbliche Amministrazioni si accede mediante concorso”;

– l'art. 98, primo comma, Cost. sancisce che “I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione”.

3.– La prima disciplina sistematica del pubblico impiego, adottata alla luce dei principi costituzionali, va ricondotta al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1957, n. 3 (Testo unico degli impiegati civili dello Stato).

Nella disciplina all'epoca delineata, la prevalenza del rapporto organico sul rapporto di servizio portava rilevanti differenziazioni rispetto al rapporto di lavoro privato, con un conseguente rilievo del carattere autoritativo dello stesso e un inquadramento sistematico nel diritto pubblico amministrativo.

4.– In particolare:

– il rapporto di pubblico impiego veniva costituito per atto unilaterale della pubblica amministrazione (c.d. decreto di nomina), quale esercizio di potere pubblico,

non riconducibile all'autonomia privata, senza alcun rilievo della fonte contrattuale collettiva;

- lo stesso era scandito da atti di natura amministrativa;
- sussisteva la competenza giurisdizionale del giudice amministrativo in luogo di quella del giudice ordinario.

5.– Il legislatore al fine di potenziare l'efficienza della pubblica amministrazione e perequare i trattamenti economici, con la legge n. 29 marzo 1983, n. 93 (Legge quadro sul pubblico impiego), ha riconosciuto un primo ruolo alla contrattazione collettiva, cui ha fatto seguito, agli inizi degli anni novanta, la c.d. privatizzazione del pubblico impiego, realizzata, in particolare, dal citato decreto legislativo n. 29 del 1993 e dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della L. 15 marzo 1997, n. 59).

In particolare, si è dato luogo:

- all'estensione delle norme del diritto privato al rapporto di pubblico impiego spostando la relativa disciplina dall'ambito amministrativo a quello privatistico;
- alla diretta applicabilità della disciplina della contrattazione collettiva;
- all'attribuzione al datore di lavoro pubblico degli stessi poteri di gestione del rapporto propri del datore di lavoro privato.

6.– Successivamente, in ragione di ulteriori interventi integrativi e correttivi, si è resa necessaria un'opera di riordino e completamento della disciplina del pubblico impiego anche in un'ottica di generale semplificazione della normativa.

A tal fine è stato adottato il decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche).

7.– Il d.lgs n. 165 del 2001, come successivamente modificato, costituisce, oggi, il testo normativo di riferimento per la disciplina dei pubblici uffici e del lavoro nelle pubbliche amministrazioni.

Come si è affermato nella sentenza della Corte costituzionale n. 150 del 2015: «il d.lgs. n. 165 del 2001, seguito alla cosiddetta “seconda privatizzazione” del lavoro pubblico operata dalla legge 15 marzo 1997, n. 59 (Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa), ha confermato

l'impianto della riforma del 1993, diretta a "valorizzare la distinzione tra organizzazione della pubblica amministrazione, la cui disciplina viene affidata in primo luogo alla legge, e rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti, tendenzialmente demandato allo strumento della contrattazione collettiva" (sentenza n. 313 del 1996; sentenza n. 88 del 1996), in linea con la configurazione della contrattazione collettiva come strumento di partecipazione».

Prosegue la citata sentenza n. 150 del 2015 «In questa prospettiva l'art. 2 del predetto d.lgs. n. 165 del 2001, nell'individuare le fonti di disciplina del lavoro pubblico, ha assegnato alla legge il compito di regolare, quanto meno nei principi, l'organizzazione degli uffici, demandando viceversa alla contrattazione collettiva la regolamentazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti. In particolare, al comma 2, ha statuito 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 subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto». Fra di esse c'è il comma 3 nel quale ha disposto che «[l] attribuzione dei trattamenti economici può avvenire esclusivamente mediante contratti [...] collettivi o, alle condizioni previste, mediante contratti individuali» e che «[l]e disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale».

La riforma del pubblico impiego è intervenuta fondamentalmente su tre profili:

- la qualificazione giuridica degli atti di costituzione del rapporto di lavoro;
- la sua gestione ed estinzione;
- la competenza giurisdizionale sulle relative controversie ed infine le fonti normative del rapporto di lavoro.

Per quanto riguarda il primo aspetto è previsto che "l'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene con contratto individuale di lavoro" (art. 35 d.lgs. n. 165 del 2001), pertanto il rapporto di lavoro con la P.A. si costituisce con le stesse modalità con cui si costituisce il rapporto di lavoro con un datore privato.

Da ciò consegue che la P.A. non esercita più un potere pubblico bensì opera in regime di autonomia negoziale.

Il principio dell'autonomia negoziale viene applicato anche alla gestione dell'intero rapporto di lavoro, gli atti che modificano o estinguono il rapporto (es.

trasferimento, licenziamento) non sono più costituiti da provvedimenti amministrativi ma da atti di natura negoziale (art. 5 del d.lgs. n. 165 del 2001).

Con riferimento al secondo aspetto il Testo unico sul pubblico impiego devolve le controversie inerenti i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, sottraendole quindi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001).

Sotto il terzo profilo, il d.lgs. n. 165 del 2001 contempla sia la contrattualizzazione, con riferimento alle fonti che regolano il rapporto di lavoro, sia la privatizzazione con riguardo ai contenuti della disciplina (art. 2, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 165 del 2001).

8.– Nonostante il processo di privatizzazione operato dal Legislatore della riforma, il rapporto di lavoro pubblico conserva alcuni tratti di disciplina speciale contenuti nel d.lgs. n. 165 del 2001, stante la natura del datore di lavoro che rimane pubblica.

9.– Rimangono, peraltro, alcune aree tutt'ora riservate alla disciplina pubblicistica.

9.1.– Anzitutto alcune categorie professionali (magistrati, professori universitari, forze dell'ordine) sono escluse dalla privatizzazione: ad esse, dunque, continuano ad applicarsi le regole prima indicate.

9.2.– Per le categorie privatizzate, poi, vi sono delle materie sottratte alla privatizzazione e che attengono all'organizzazione, all'accesso, ai vincoli di bilancio: delle prime due mi occuperò nella mia relazione, confidando nella specifica esperienza scientifica della collega, Prof.ssa Silvana Sciarra, per la parte privatistica.

10.– Anzitutto, in conformità al dettato costituzionale dell'art. 97, come si è accennato, il d.lgs. n. 165 del 2001 stabilisce che l'assunzione nelle pubbliche amministrazioni avviene mediante procedure selettive, volte all'accertamento della professionalità richiesta, che garantiscano in misura adeguata l'accesso dall'esterno e si uniformino ad alcuni principi (quali pubblicità, imparzialità, economicità e celerità di espletamento, trasparenza, oggettività, pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori, decentramento delle procedure di reclutamento, composizione trasparente e professionale delle commissioni esaminatrici).

Si afferma nelle numerose sentenze pronunciate dalla Corte in materia, che la «forma generale e ordinaria di reclutamento per le pubbliche amministrazioni»

(sentenza n. 363 del 2006) è rappresentata da una selezione trasparente, comparativa, basata esclusivamente sul merito e aperta a tutti i cittadini in possesso di requisiti previamente e obiettivamente definiti. Il rispetto di tale criterio è condizione necessaria per assicurare che l'amministrazione pubblica risponda ai principi della democrazia, dell'efficienza e dell'imparzialità.

10.1.– La Corte costituzionale, con numerose pronunce, ha affermato l'indefettibilità del principio del concorso pubblico per qualsivoglia modalità di accesso ai ruoli delle pubbliche amministrazioni, forma generale e ordinaria di reclutamento per il pubblico impiego (tra le ultime pronunce in tema, si vedano le sentenze nn. 7 e 37 del 2015; n. 134 del 2014; n. 277, n. 137, n. 28 e n. 3 del 2013; nn. 212, 177 e 99 del 2012 e n. 293 del 2009), le cui deroghe possono considerarsi eccezionalmente legittime (sentenze nn. 134 del 2014; n. 217 del 2012; n. 310 del 2011; n. 9 del 2010 e n. 215 del 2009) solo «in presenza di “peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico” idonee a giustificarle (sentenza n. 81 del 2006). Non è in particolare sufficiente, a tal fine, la semplice circostanza che determinate categorie di dipendenti abbiano prestato attività a tempo determinato presso l'amministrazione (sentenza n. 205 del 2006), né basta la “personale aspettativa degli aspiranti” ad una misura di stabilizzazione (sentenza n. 81 del 2006). Occorrono invece particolari ragioni giustificatrici, ricollegabili alla peculiarità delle funzioni che il personale da reclutare è chiamato a svolgere, in particolare relativamente all'esigenza di consolidare specifiche esperienze professionali maturate all'interno dell'amministrazione e non acquisibili all'esterno, le quali facciano ritenere che la deroga al principio del concorso pubblico sia essa stessa funzionale alle esigenze di buon andamento dell'amministrazione» (sentenza n. 293 del 2009).

10.2.– Più specificamente, poi, deve darsi conto di quelle pronunce recenti che hanno fatto applicazione dei predetti principi anche al caso di disposizioni legislative che prevedono il passaggio di personale di società *in house*, ovvero società o associazioni private, all'amministrazione pubblica (sentenze nn. 134 del 2014; n. 227 del 2013; n. 62 del 2012; n. 310 e n. 299 del 2011, n. 267 del 2010).

Con la sentenza n. 227 del 2013 la Corte, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione della legge regionale n. 16 del 2012 del Friuli-Venezia Giulia che, proprio come quella oggetto dell'odierno ricorso, disponeva, senza concorso, il passaggio di personale da una società *in house* (Gestione Immobili Friuli-Venezia Giulia s.p.a.) all'amministrazione regionale.

Si legge nella sentenza in parola: «Nella giurisprudenza costituzionale è stata più volte sancita l'indefettibilità del concorso pubblico come canale di accesso pressoché esclusivo nei ruoli delle pubbliche amministrazioni, “in linea con il principio di uguaglianza e i canoni di imparzialità e di buon andamento [...] ex artt. 3 e 97 Cost.” (*ex plurimis*, sentenza n. 28 del 2013). Già in passato questa Corte ha ritenuto ingiustificato il mancato ricorso a detta forma, generale e ordinaria, di reclutamento del personale della pubblica amministrazione in relazione a norme regionali di generale ed automatico reinquadramento del personale di enti di diritto privato nei ruoli di Regioni o enti pubblici regionali (che, come quella in oggetto, non assicuravano il previo espletamento di alcuna procedura selettiva di tipo concorsuale). E ciò si spiega perché il trasferimento da una società partecipata dalla Regione alla Regione o ad altro soggetto pubblico regionale si risolve in un privilegio indebito per i soggetti beneficiari di un siffatto meccanismo, in violazione dell'art. 97 Cost. (sentenza n. 62 del 2012; nello stesso senso, sentenze n. 310 e n. 299 del 2011, nonché sentenza n. 267 del 2010).

Neppure la regola che la resistente ritiene di poter trarre dall'art. 31 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni) consente di prescindere dall'esigenza di pari condizioni di accesso di tutti i cittadini e di selezione dei migliori. L'art. 31 predetto, laddove dispone esplicitamente l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. nell'ambito del lavoro pubblico, si riferisce al transito di funzioni e dipendenti da enti pubblici ad altri soggetti (pubblici o privati), non anche alla cessione di funzioni – come nel caso previsto dalla legge regionale censurata – da parte di soggetti privati in favore di enti pubblici. In tali ipotesi, infatti, “l'automatico trasferimento dei lavoratori presuppone un passaggio di status – da dipendenti privati a dipendenti pubblici (ancorché in regime di lavoro privatizzato) – che [...] non può avvenire in assenza di una prova concorsuale aperta al pubblico (in tal senso, sent. n. 226 del 2012)” (sentenza n. 167 del 2013). Coerentemente, il trasferimento automatico di personale ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. n. 165 del 2001 è stato riconosciuto solamente nei casi di passaggio di funzioni da un ente pubblico ad un altro e non già, come nella specie, da una società di diritto privato, ancorché in mano pubblica, all'amministrazione della Regione (sentenza n. 226 del 2012). Parimenti con la sentenza n. 167 del 2013 la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di alcuni articoli della legge della Regione Lombardia n. 12 del 2012, con cui si era disposto l'inquadramento del personale in servizio a tempo indeterminato di due società in house in altrettanti ruoli speciali ad esaurimento presso due articolazioni della Regione.

Ha ivi osservato la Corte: «in base alla giurisprudenza di questa Corte, un interesse pubblico per la deroga al principio del pubblico concorso, al fine di valorizzare pregresse esperienze professionali dei lavoratori assunti, può ricorrere solo in determinate circostanze: è necessario, infatti, che la legge stabilisca preventivamente le condizioni per l'esercizio del potere di assunzione, subordini la costituzione del rapporto a tempo indeterminato all'accertamento di specifiche necessità funzionali dell'amministrazione e preveda procedure di verifica dell'attività svolta; il che presuppone che i soggetti da assumere abbiano maturato tale esperienza all'interno della pubblica amministrazione, e non alle dipendenze di datori di lavoro esterni (sentenza n. 215 del 2009). Inoltre, la deroga al predetto principio deve essere contenuta entro determinati limiti percentuali, per non precludere in modo assoluto la possibilità di accesso della generalità dei cittadini a detti posti pubblici (sentenza n. 108 del 2011). La legge censurata si pone in contrasto con i predetti principi. Essa individua soltanto in modo generico le ragioni giustificatrici della deroga sul piano della funzionalità e non prevede meccanismi di verifica dell'attività professionale svolta, né limiti percentuali all'assunzione senza concorso [...].

10.3.– I principi che si traggono dalla numerosa giurisprudenza in materia (si ricordano anche le sentenze n. 7 del 2015; n. 134 del 2014; n. 225 e n. 110 del 2010; n. 293 del 2009), possono così schematizzarsi:

- la forma generale e ordinaria di reclutamento per le pubbliche amministrazioni, anche in caso di nuovo inquadramento di dipendenti già in servizio, è rappresentata dal pubblico concorso, quale strumento per assicurare efficienza, buon andamento ed imparzialità.

- la violazione della regola generale determina un *vulnus* agli artt. 3, 51 e 97 Cost.

- alla regola generale si può derogare solo in presenza di peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico.

- l'area delle eccezioni al concorso deve essere delimitata in modo rigoroso.

- le deroghe sono pertanto legittime solo in presenza di peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle.

- la regola del pubblico concorso è ritenuta inderogabile anche in caso di trasferimento del personale da società o associazioni private ad amministrazioni pubbliche.

11.– Altro profilo peculiare del pubblico impiego contrattualizzato, sul quale la Corte è stata chiamata a pronunciarsi è il contratto a termine, la sua legittimità e la stabilizzazione del relativo personale.

11.1.– Il d.lgs. n. 165 del 2001 riconosce alle pubbliche amministrazioni la facoltà di avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa (art. 36).

Come affermato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass., S.U., con la sentenza 2 marzo 2006, n. 4588), il contratto di lavoro a termine, costituisce sempre eccezione rispetto alla regola costituita dal contratto a tempo indeterminato.

L'evoluzione della disciplina in materia pone in rilievo come, mentre con legge n. 230 del 1962, veniva introdotto il sistema della "lista chiusa" dei motivi che permettevano la stipulazione dei contratti temporanei, con la legge n. 56 del 1987, il legislatore rinunciava alla previsione di fattispecie tassative ed affidava alla contrattazione collettiva, nazionale oppure locale, la possibilità di autorizzare il contratto a termine "per causali di carattere oggettivo ed anche – alla stregua di esigenze riscontrabili a livello nazionale o locale – per ragioni di tipo meramente soggettivo, consentendo (in funzione di promozione dell'occupazione o anche di tutela delle fasce deboli di lavoratori) l'assunzione di speciali categorie di lavoratori".

Con il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 (Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES), il legislatore, dettando comunque una disciplina transitoria, ha superato le forme di assunzioni a termine contrattualizzate ed ha chiesto (art. 1) alle parti del contratto individuale la specificazione in forma scritta delle ragioni giustificatrici del contratto a termine.

Il d.lgs. n. 368 del 2001 all'art. 1, comma 1, pone un limite temporale all'apposizione del termine, prevedendo che è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato di durata non superiore a trentasei mesi, comprensiva di eventuali proroghe, concluso fra un datore di lavoro e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione.

L'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, costituisce norma speciale, perché relativa ai contratti a termine stipulati da pubbliche amministrazioni, che non è stata implicitamente abrogata dalla successiva disciplina generale di cui al d.lgs. n. 368 del 2001, in ragione del principio, regolante un'ipotesi di antinomia tra fonti di pari rango,

secondo cui *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* (Cass., n. 19371 del 2013).

Il d.lgs. n. 165 del 2001, art. 36, al comma 5, così recita: “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, ferma restando ogni responsabilità e sanzione (...)”.

La norma dunque impedisce la costituzione in via di fatto di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le pubbliche amministrazioni, anche quando l’assunzione a termine presenti solo vizi di forma.

Tale previsione è stata ritenuta conforme alla Costituzione dalla sentenza n. 89 del 2003 e nell’ordinanza n. 207 del 2013, atteso che il meccanismo della conversione contrasterebbe con il principio costituzionale per il quale l’instaurazione del rapporto di impiego con le pubbliche amministrazioni deve avvenire mediante concorso, principio posto a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell’amministrazione di cui all’art. 97 Cost., comma 1.

Proprio la delineata distinzione tra il regime sanzionatorio del settore pubblico e di quello privato è stata più volte rimarcata dalla giurisprudenza della CGUE (ad es. sentenza 1 ottobre 2010, causa C-3110, Affatato).

11.2.– Nell’ambito dello stesso “pubblico impiego” una disciplina particolare è dettata per il personale docente e per il personale amministrativo tecnico ausiliario della scuola: ad esso dunque non si applicano le disposizioni del decreto legislativo n. 368 del 2001, com’è stato confermato dall’art. 9, comma 18, del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70 (Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per l’economia), convertito, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, della legge 12 luglio 2011, n. 106, il quale ha aggiunto il comma 4-*bis* all’art. 10 del d.lgs. n. 368 del 2001; tale norma prevede che sono esclusi dall’applicazione del 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».

Va sottolineato che il settore ha una rilevanza tutta particolare sia perché investe un settore, come quello della scuola, fondamentale per la società: sia per il numero elevatissimo del personale interessato.

11.3.– Con diverse ordinanze del Tribunale ordinario di Roma, sezione lavoro e del Tribunale ordinario di Lamezia Terme, sezione lavoro, sono state sollevate questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico), proposte in riferimento, nel complesso, agli artt. 11 e 117, primo comma, della Costituzione, nonché alla clausola 5, punto 1, lettera *a*), dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE del Consiglio.

11.4.– Ciò ha indotto la Corte costituzionale ad una riflessione sul contratto a termine nella scuola pubblico, come allo stato disciplinato, e ad un "confronto" diretto con la Corte di giustizia.

Con l'ordinanza n. 207 del 2013, la Corte costituzionale ha sottoposto alla Corte di Giustizia, in via pregiudiziale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, le seguenti questioni di interpretazione della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE:

– se la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE debba essere interpretata nel senso che osta all'applicazione dell'art. 4, commi 1, ultima proposizione, e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico) – 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;

– se costituiscano ragioni obiettive, ai sensi della clausola 5, punto 1, della direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE, 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.

11.5.– Va anzitutto rilevata la novità dell’ordinanza quanto al rapporto Corte costituzionale – Corte di giustizia. Si tratta, infatti, di un rilevante *revirement* giurisprudenziale.

Si può ricordare che la giurisprudenza costituzionale in materia di rinvio pregiudiziale da parte della Corte si è connotata, per un lungo periodo, per una tendenziale chiusura, pur se con qualche indicazione di possibile apertura.

L’ordinanza n. 206 del 1976, dopo aver rilevato un contrasto interpretativo tra una norma interna ed una comunitaria, dispose la restituzione degli atti al giudice *a quo* affinché, nel caso in cui ritenesse necessario interpellare la Corte di Giustizia dell’Unione Europea per risolvere il prospettato contrasto ermeneutico, lo facesse autonomamente. Il presupposto di tali affermazioni era che la Corte costituzionale non potesse qualificarsi “giudice nazionale” e non fosse quindi legittimata a sollevare la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia.

La Corte aveva dichiarato inammissibili alcune eccezioni di costituzionalità nei casi in cui il giudice rimettente, pur esplicitando un dubbio in merito alla compatibilità comunitaria della norma interna impugnata, non avesse previamente effettuato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in quanto si era ritenuto che non compete né a questa Corte, ma al giudice comune accertare – eventualmente avvalendosi dell’ausilio del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia – se le disposizioni del diritto interno, rilevanti nella specie, confliggano con le evocate norme del diritto comunitario provviste di effetto diretto (sentenza n. 284 del 2007).

Ed infatti, nel sistema dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, quale risulta dalla giurisprudenza di questa Corte, consolidatasi, in forza dell’art. 11 della Costituzione, le norme comunitarie provviste di efficacia diretta precludono al giudice comune l’applicazione di contrastanti disposizioni del diritto interno, quando egli non abbia dubbi in ordine all’esistenza del conflitto.

La Corte, nel disporre il rinvio pregiudiziale alla CGCE, ha premesso che, «conformemente ai principi affermati dalla sentenza della Corte di giustizia 9 marzo 1978, in causa C-106/77 (Simmenthal), e dalla successiva giurisprudenza di questa Corte, segnatamente con la sentenza n. 170 del 1984 (Granital), qualora si tratti di disposizione del diritto dell’Unione europea direttamente efficace, spetta al giudice nazionale comune valutare la compatibilità comunitaria della normativa interna censurata, utilizzando – se del caso – il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, e nell’ipotesi di contrasto provvedere egli stesso all’applicazione della norma comunitaria

in luogo della norma nazionale; mentre, in caso di contrasto con una norma comunitaria priva di efficacia diretta – contrasto accertato eventualmente mediante ricorso alla Corte di giustizia dell’Unione Europea – e nell’impossibilità di risolvere il contrasto in via interpretativa, il giudice comune deve sollevare la questione di legittimità costituzionale, spettando poi a questa Corte valutare l’esistenza di un contrasto insanabile in via interpretativa e, eventualmente, annullare la legge incompatibile con il diritto comunitario.

Nel caso in cui pende un giudizio di legittimità costituzionale per incompatibilità con le norme comunitarie, queste ultime, se prive di effetto diretto, rendono concretamente operativi i parametri di cui agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.».

Un diverso orientamento si rinviene nella sentenza n. 168 del 1991, nella quale la Corte – attraverso un *obiter dictum* – affermava di avere la facoltà di sollevare anch’essa questione pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell’art. 177 dell’allora Trattato CEE.

Successivamente, tuttavia, con l’ordinanza n. 536 del 1995 si ebbe un ulteriore cambiamento giurisprudenziale, nel senso di un ritorno alla originaria posizione di chiusura.

Con l’ordinanza n. 103 del 2008, poi, la Corte ha avuto un definitivo ripensamento: ha infatti ritenuto tale nozione di «giurisdizione nazionale» rilevante ai fini dell’ammissibilità del rinvio pregiudiziale deve essere desunta dall’ordinamento comunitario e non dalla qualificazione “interna” dell’organo rimettente.

In tale ordinanza si è affermata la sussistenza delle condizioni perché la Corte, al pari del giudice comune, potesse sollevare davanti alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea questione pregiudiziale sull’interpretazione del diritto comunitario ai sensi dell’art. 234 del Trattato CE, perché la Corte, «pur nella sua peculiare posizione di organo di garanzia costituzionale, ha natura di giudice e, in particolare, di giudice di unica istanza (in quanto contro le sue decisioni non è ammessa alcuna impugnazione: art. 137, terzo comma, Cost.). Essa pertanto, nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale, è legittimata a proporre rinvio pregiudiziale ai sensi dell’art. 234, terzo paragrafo, del Trattato CE».

11.6.– Tale potere di sollevare la questione pregiudiziale era dunque limitato ai giudizi in via principale (essenzialmente conflitti di attribuzione) in considerazione del fatto che non vi era un giudice in grado di rivolgersi alla Corte di Giustizia.

11.7.– È solo con la recente ordinanza n. 207 del 2013, appunto in materia di precariato della scuola, che la Corte ha ammesso la possibilità di sollevare la questione anche nei giudizi in via incidentale, ma alle seguenti condizioni: carattere di giudice di unica istanza e di giurisdizione nazionale, e prospettazione, da parte del giudice rimettente della lesione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla violazione di una normativa UE priva di efficacia diretta.

12.– A seguito dell'ordinanza n. 207 del 2013 la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha pronunciato la sentenza (Terza Sezione) 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, con la quale ha dichiarato: «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».

13.– La questione deve dunque tornare all'esame della Corte costituzionale per la conclusione del giudizio di sua competenza.

La sua trattazione, fissata ad una prima udienza, è stata poi rinviata in ragione dell'esistenza di una iniziativa legislativa che, nell'ambito di una riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione prevede anche un piano straordinario di assunzioni per il personale docente .

Tale iniziativa si è poi tradotta nella legge 3 luglio 2015, n. 107.

Nell'esame della questione la Corte dovrà quindi affrontare il tema dello scrutinio di costituzionalità alla luce della decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, verificando anche l'incidenza della disciplina normativa sopravvenuta, profilo che presenta rilevanti aspetti di novità.