
LA CONDIZIONE DEI DOCENTI PRECARI AFAM

alla luce della proposta del nuovo regolamento sul reclutamento

Giovanni Catalisano*

Sommario:

1. Il contenuto della proposta del M.I.U.R. – **2.** I docenti precari – **3.** Considerazioni critiche.

1. Il contenuto della proposta del M.I.U.R.

Recentemente il M.I.U.R. comunicava la proposta di *“Regolamento recante le procedure e le modalità per la programmazione e il reclutamento del personale docente e del personale amministrativo e tecnico del comparto AFAM”*.

È noto che nel settore delle Accademie delle Belle Arti (A.B.A.), rientrante nel comparto A.F.A.M., che rappresenta uno dei tanti settori lavorativi italiani in cui si è accumulato un bacino di precari, nonostante svolgano da decenni le stesse mansioni dei lavoratori di ruolo, ancora non si assiste ad un giusto riconoscimento dei propri diritti e della professionalità acquisita.

In effetti, la L. 508/1999, recante la *“Riforma delle Accademie di belle arti”*, stabilisce *ex art. 2*, commi 6 e 7 che *“per le esigenze didattiche derivanti dalla presente legge cui non si possa far fronte nell'ambito delle dotazioni organiche, si provvede esclusivamente mediante l'attribuzione di incarichi di insegnamento di durata non superiore al quinquennio, rinnovabili”* e che *“con uno o piu' regolamenti emanati ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro dell'universita' e della ricerca scientifica e tecnologica di concerto con il Ministro della pubblica istruzione, sentiti il CNAM e le competenti Commissioni parlamentari, le quali si esprimono dopo l'acquisizione degli altri pareri previsti per legge, sono disciplinati: (...) e) le procedure di reclutamento del personale”*.

Dopo quattordici anni, il D.L. 12 Settembre 2013, n. 104, convertito con modificazioni

dalla L. 8 Novembre 2013, n. 128, disponeva, *ex art. 19, comma 01*, che *“Entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e' emanato il regolamento previsto dall'articolo 2, comma 7, lettera e), della legge 21 dicembre 1999, n. 508, al fine di consentire le relative procedure di assunzione in tempi utili per l'avvio dell'anno accademico 2015/2016”*.

Nonostante la reiterazione dell'impegno del Legislatore, nessun Regolamento veniva ad oggi attuato, né, tantomeno, venivano stanziati idonee risorse pubbliche per le assunzioni di cui non esiste alcuna programmazione.

Ebbene, con la nuova proposta ministeriale di Regolamento, il M.I.U.R. propone di adottare le seguenti misure.

All'art. 2, rubricato *“programmazione del personale”*, c. 1, si prevede che *“le Istituzioni, nell'ambito della propria autonomia didattica e organizzativa, tenuto conto dell'effettivo fabbisogno di personale per il migliore funzionamento delle attività e dei servizi e compatibilmente con la propria dotazione organica e gli equilibri di bilancio, predispongono piani triennali per la programmazione del reclutamento del personale docente e tecnico-amministrativo, a tempo indeterminato e determinato”*.

Il c. 3 stabilisce che *“la programmazione del personale di cui al comma 1, a invarianza di costo complessivo della dotazione organica, si conforma”*, fondamentalmente al criterio della potenziale conversione dei *“posti di organico vacanti del personale docente in posti del personale tecnico-amministrativo e viceversa”*, ovvero *“cattedre appartenenti a determinati settori artistico-disciplinari in altrettante cattedre appartenenti ad altri settori artistico-disciplinari, tenuto conto della domanda di formazione”*.

In merito alle risorse che dovrebbero essere utilizzate per finanziare queste presunte “nuove” assunzioni, il Regolamento precisa che vi è la *“possibilità di destinare al reclutamento a tempo indeterminato, con riferimento a ciascun anno accademico, in conformità alle facoltà assunzionali definite entro il mese di febbraio precedente all'inizio dell'anno accademico ed entro i limiti delle risorse a bilancio disponibili, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, una spesa complessiva, calcolata parametrando le qualifiche al costo medio equivalente del professore di prima fascia, secondo quanto previsto nell'allegata tabella 1, pari alla somma del: i. 100% dei risparmi derivanti dalle cessazioni dal servizio certe dell'anno accademico di riferimento; ii. 50% della spesa sostenuta nell'anno accademico in corso per i contratti a tempo determinato stipulati per la copertura dei posti vacanti nella dotazione organica, prevedendo la contestuale e definitiva riduzione di tale valore”*.

Inoltre, viene sancita la *“possibilità di riservare, nell’ambito del triennio di programmazione di riferimento a livello di singola Istituzione, il limite massimo del 15% del budget per assunzioni a tempo indeterminato a bandi per trasferimento di personale già in servizio in altre Istituzioni nella medesima qualifica ai sensi dell’articolo 5”*.

A ciò si aggiunga che è, altresì, stabilito l’obbligo di *“destinare annualmente, nell’ambito della programmazione di riferimento a livello di singola Istituzione, nel rispetto dei limiti di spesa di cui alla lettera c) e nei limiti della relativa capienza, una quota pari ad almeno il 35% del budget per le assunzioni a tempo indeterminato alla chiamata dei docenti che risultano, nell’ordine, nelle seguenti graduatorie per soli titoli:*

- i. *graduatorie nazionali ad esaurimento (GNE) di cui all’articolo 270, comma 1, del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, e successive modificazioni;*
- ii. *graduatorie nazionali di cui all’articolo 2-bis del decreto-legge 7 aprile 2004, n. 97, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 giugno 2004, n. 143, e successive modificazioni;*
- iii. *graduatorie nazionali di cui all’articolo 19, comma 2, del decreto-legge 12 settembre 2013, n. 104, convertito con modificazioni dalla legge 8 novembre 2013, n. 128”*.

2. I docenti precari

In merito alla questione più controversa, la risoluzione del precariato storico del comparto AFAM, nulla è previsto, anzi il Regolamento continua a permettere la creazione di nuovo precariato.

Ebbene, dalla lettura dell’art. 6, rubricato *“reclutamento del personale docente a tempo determinato”*, emerge che *“dall’anno accademico successivo a quello dell’entrata in vigore del presente regolamento, e nel rispetto di quanto previsto all’articolo 2, per sopperire temporaneamente ad esigenze didattiche cui non si possa far fronte con il personale di ruolo, e comunque entro il limite delle dotazioni organiche, si provvede all’attribuzione di contratti di insegnamento di durata annuale, rinnovabili soltanto per altri due anni accademici”* e che *“ i contratti di cui al comma 1 sono attribuiti a coloro che risultano, nell’ordine, nelle seguenti graduatorie:*

1. *graduatorie nazionali ad esaurimento (GNE) di cui all'articolo 270, comma 1, del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, e successive modificazioni;*
2. *graduatorie nazionali dei concorsi per esami e titoli (GET) di cui all'articolo 12, comma 1, del decreto-legge 6 novembre 1989, n. 357, convertito con modificazioni, dalla legge 27 dicembre 1989, n. 417;*
3. *graduatorie nazionali di cui all'articolo 2-bis del decreto-legge 7 aprile 2004, n. 97, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 giugno 2004, n. 143, e successive modificazioni;*
4. *graduatorie di cui all'articolo 19, comma 2, del decreto-legge 12 settembre 2013, n. 104, convertito con modificazioni dalla legge 8 novembre 2013, n. 128”.*

Ove con tali forme di reclutamento non si possa far fronte a tutte le esigenze didattiche, anche se stabili, gli incarichi d'insegnamento *“sono attribuiti mediante procedure di selezione disciplinate dalle istituzioni, con proprio regolamento”.*

Infine, l'art. 7, rubricato *“incarichi di insegnamento”*, prevede che *“in relazione a peculiari e documentate esigenze didattiche cui non è possibile far fronte con il personale di ruolo o con contratto a tempo determinato rientrante nella dotazione organica di diritto, previa proposta del consiglio accademico e delibera del consiglio di amministrazione e comunque senza vincolo di subordinazione e comunque per un impegno annuale non superiore al 70 per cento dell'impegno orario annuo previsto dal CCNL per il personale di ruolo, le Istituzioni possono procedere al conferimento di incarichi di insegnamento relativi a specifici moduli didattici a professionisti ed esperti di riconosciuta esperienza e competenza, nel limite previsto dall'articolo 2, comma 5, attraverso contratti stipulati ai sensi dell'articolo 2222 del codice civile”* e che *“con decreto del Ministro sono definiti gli importi massimi dei compensi per il conferimento degli incarichi”.*

3. Considerazioni critiche

Alla luce del quadro normativo sopra delineato è possibile entrare nel merito dell'effettiva utilità della proposta di Regolamento avanzata dal M.I.U.R.

Ebbene, nonostante tale strumento normativo si attenda dal 1999, non si può non rilevare che nessuna risposta viene offerta per la risoluzione del problema dei lavoratori precari storici del comparto AFAM, in particolare i docenti che anche da più di venti anni insegnano.

Né si può tacere che il M.I.U.R. non recepisce nessuno dei principi più volte sanciti dalla C.G.E.

In base all'attuale quadro normativo, il M.I.U.R. dispone che le Accademie di Belle Arti utilizzino graduatorie nazionali ad esaurimento e/o d'Istituto per coprire le cattedre vacanti, anche se si tratta di posti in organico disponibili, provocando il rinnovo di contratti precari per il soddisfacimento di bisogni assunzionali stabili a cui si dovrebbe far fronte con assunzioni a tempo indeterminato¹.

Al contempo, poiché le A.B.A. necessitano di coprire cattedre per insegnamenti che corrispondono a posti non in organico, vengono bandite selezioni per titoli, in sede locale, dalla singola Accademia, che sono un vero e proprio concorso pubblico, che si concludono con la predisposizione di graduatorie provvisorie d'Istituto, avverso le quali è possibile proporre reclamo, che, dopo lo scadere del termine di cinque giorni dalla pubblicazione, ovvero dalla decisione del reclamo, sono approvate con graduatorie definitive che sono impugnabili davanti al T.A.R. o con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica².

In tal modo, nel settore A.B.A. vi sono due categorie di precari, quelli di serie "A", ovvero i docenti a tempo determinato a cui però viene applicato il C.C.N.L., quindi percepiscono tutti i trattamenti riservati ai lavoratori subordinati, a cui vanno aggiunti quelli di serie "B", cioè i docenti

¹ La nota del 9 Giugno 2011, protocollo n. 3154, della Direzione Generale Alta Formazione Artistica Musicale e Coreutica, presso il M.I.U.R., avente ad oggetto "graduatorie d'istituto", in materia di procedure da seguire per l'indizione delle selezioni per l'affidamento degli incarichi d'insegnamento prevede che "Indizione della procedura - Il bando, da pubblicarsi almeno sessanta giorni prima dell'inizio dell'anno accademico, deve prevedere un termine non inferiore a trenta giorni per la presentazione delle domande e indicare la durata di validità della graduatoria, comunque non superiore ad un triennio. Alla data di scadenza della graduatoria, il Consiglio accademico delibera o l'indizione di una nuova procedura di selezione o l'integrazione di quella scaduta oppure, ove ricorrano ragioni di urgenza, il ricorso a graduatorie, ancora in corso di validità, di altre istituzioni. Il bando può prevedere un limite massimo del numero dei titoli artistico- professionali che il candidato può produrre. Commissioni giudicatrici - La Commissione giudicatrice è costituita con decreto del Direttore, Essa è composta da tre docenti di ruolo della materia, di cui almeno uno in servizio in altra istituzione, oltre al Direttore dell'Istituzione che la presiede. Nel caso non vi sia disponibilità di tre docenti di ruolo della materia, possono essere chiamati a comporre la commissione anche titolari di discipline simili o affini. Domande - Coloro che, in possesso dei requisiti generali per l'accesso al pubblico impiego, aspirino all'inserimento in graduatoria devono presentare apposita domanda in carta libera. Le domande si considerano prodotte in tempo utile se spedite, con raccomandata con avviso di ricevimento, entro la data di scadenza prevista dal bando. A tal fine fa fede il timbro postale. L'intempestività della domanda determina l'esclusione dalla procedura. Le domande dovranno essere corredate di autocertificazione attestante il possesso dei titoli di studio e di servizio nonché di un curriculum, debitamente firmato, in cui siano elencati i titoli artistico-culturali e professionali. Con riguardo a questi ultimi, la Commissione ha facoltà, ove ritenuto necessario ai fini di una congrua valutazione, di richiedere al candidato l'esibizione degli originali o di riproduzioni (fotostatiche, o su supporto ottico (CD,DVD) dei titoli dichiarati, assegnando a tal fine non meno di dieci giorni. Ciò al fine di limitare il gravoso onere dell'invio a più sedi di voluminosi plichi che, comunque, il candidato può produrre direttamente in allegato alla domanda. La documentazione richiesta dalla commissione si considera prodotta in tempo utile se spedita entro i termini dalla stessa indicati. L'intempestiva produzione dei titoli determina l'impossibilità per la commissione di tenerne conto. Se il candidato presenta un numero di titoli superiore a quello eventualmente fissato nel bando, la Commissione tiene conto soltanto dei titoli elencati nel curriculum fino alla concorrenza del limite consentito".

² La nota del 9 Giugno 2011, protocollo n.3154, della Direzione Generale Alta Formazione Artistica Musicale e Coreutica, presso il M.I.U.R., prevede espressamente che "avverso le graduatorie definitive è ammesso ricorso al T.A.R. o ricorso straordinario al Capo dello Stato rispettivamente entro 60 e 120 giorni dalla pubblicazione".

assunti con forme contrattuali flessibili, ad es. co.co.co., ai quali viene richiesto di svolgere pienamente il ruolo di docente, ma a fronte di un compenso orario omnicomprensivo erogato esclusivamente per le ore di docenza effettivamente impartite, mentre tutte le altre attività connesse alla funzione docente, ricevimento studenti, laureandi, partecipazione alle commissioni d'esami e di laurea, ecc., vengono considerate una prestazione aggiuntiva a carattere gratuito³.

Tutto ciò, evidentemente, non è in linea con la previsione dei cui all'art. 36 della Costituzione secondo cui *“il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa”*.

Come già chiarito, i docenti a tempo determinato con contratto di lavoro subordinato ricevono l'applicazione del C.C.N.L. e, di conseguenza, percepiscono una retribuzione mensile e gli altri trattamenti contrattualmente previsti. Mentre i docenti con contratto precario, ad es. co.co.co., pur svolgendo le stesse mansioni dei docenti con contratto di lavoro subordinato, ricevono esclusivamente un compenso orario per le ore di lezioni svolte⁴.

Ne deriva che le due categorie di docenti si differenziano non in base alla prestazione lavorativa espletata, ma in base ad un parametro che è il posto in organico, se è presente il docente avrà lo status di lavoratore subordinato, altrimenti sarà un semplice lavoratore co.co.co.

Sul punto, la giurisprudenza è stata più volte chiamata a dover sindacare la corrispondenza della collaborazione coordinata e continuativa al modello del lavoro autonomo, ovvero l'esistenza di un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato, con tutte le conseguenze in materia di poteri riconosciuti al Giudice di riqualificare il rapporto ad ogni effetto di legge⁵.

È ormai pacifico che *“il “nomen iuris” utilizzato dalle parti in sede di conclusione del contratto individuale di lavoro, seppure rilevante, non è determinante e non esime il giudice dal puntuale accertamento del comportamento tenuto dai contraenti nell'attuazione del rapporto”*⁶.

Infatti, *“deve tenersi conto, sul piano della interpretazione della volontà delle parti, del comportamento complessivo delle stesse, anche posteriore alla conclusione del contratto, con la*

³ Per approfondimenti: AA.VV., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Giuffré, Milano, 1994; AA.VV., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinamento, autonomia*, Cacucci, Bari, 1997; AA.VV., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali*, Utet, Torino, 1998; Alessi C., *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, Torino, 2012; Giugni G., *Diritto del lavoro (voce per una enciclopedia)*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1979; Giugni G., *Prospettive del diritto del lavoro per gli anni '80*, A.I.D. La S.S., Milano, 1983; Grandi M., *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Bologna, Il Mulino; Grandi M., *Rapporto di lavoro*, in *Enc. del dir.* XXXVIII, Milano, 1987; Greco, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile italiano diretto da Vassalli*, II, 3, Torino, 1939.

⁴ Cfr. Ichino P., *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffré, vol. I e II, 1984-1985.

⁵ Per approfondimenti: Ballestrero M.V., *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lav. Dir.*, 1987; Barassi L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, ult. ed., Milano.

⁶ Cfr. Cass. civ., sez. lav. 10.02.2014, n. 2885.

conseguenza che in caso di contrasto tra dati formali e dati fattuali relativi alle modalità della prestazione occorre dare prevalenza ai secondi”⁷.

Più precisamente, si afferma che *“ai fini della distinzione fra lavoro subordinato e lavoro autonomo, deve attribuirsi maggiore rilevanza alle concrete modalità di svolgimento del rapporto, da cui è ricavabile l’effettiva volontà delle parti (iniziale o sopravvenuta), rispetto al “nomen iuris” adottato dalle parti”⁸.*

D’altronde, la Cassazione, sez. lavoro, sentenza n. 2885 del 10 Febbraio 2014, ribadiva che *“per quanto riguarda poi la volontà dalle parti, questa è rilevante, ma non risolutiva, perché nella qualificazione del rapporto di lavoro come autonomo o subordinato, anche a fronte di una manifestazione di volontà delle parti nel senso dell’autonomia (mediante stipulazione di contratti “d’opera”), deve tenersi conto delle concrete modalità di svolgimento, al fine di accertare se la volontà è coerente con il modello legale (Cass. 23 febbraio 2000 n. 2039; Cass. 30 novembre 1999 n. 14743), il quale è imperativo e riguarda la struttura oggettiva del rapporto (Corte Cost. sent. 23/31 marzo 1994 n. 115)”*.

Chiarito, pertanto, che la denominazione del contratto di lavoro, predisposto unilateralmente dal datore di lavoro A.B.A., non è un ostacolo per il Giudice in caso di richiesta di riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato, è necessario chiarire come vada assolto l’onere probatorio a carico del lavoratore.

Recentemente è stato ribadito che *“ai fini della qualificazione di un rapporto di lavoro come autonomo o subordinato occorre far riferimento ai dati fattuali emergenti dal concreto svolgimento della prestazione, piuttosto che alla volontà espressa dalle parti al momento della stipula del contratto di lavoro (riconosciuta la natura subordinata delle prestazioni rese da ex lavoratori, ormai in pensione, inseriti nell’organizzazione di lavoro e che svolgevano la stessa attività lavorativa posta in essere in precedenza, addestrando i colleghi meno esperti di nuova assunzione; in particolare, gli “ex dipendenti” non avevano strumenti di lavoro di loro proprietà, non assumevano alcun rischio relativamente all’attività svolta, essendo retribuiti con compenso fisso e senza riferimento ai risultati conseguiti, e la società dava loro direttive indicando il personale da istruire ed il lavoro da svolgere, mettendo a disposizione gli strumenti di lavoro e i locali”⁹.*

⁷ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza n. 11589, 12 Maggio 2008.

⁸ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 21.10.2014, n. 22289. Per approfondimenti: Ghera E., *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari; Ghera E., *La subordinazione tra tradizione e nuove proposte*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1988; Ghera E., *Sul lavoro a progetto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, I; Ghera E., *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, 11; Ghera E., *Il nuovo diritto del lavoro: subordinazione e lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2006; Ghezzi G., Romagnoli U., *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna; Ghezzi G., *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo Unico*, Roma, Ediesse, 1996; Ghezzi G., *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004; Gianturco E., *Sul contratto di lavoro*, Napoli; Ichino P., *Rilevanza della volontà negoziale ai fini della qualificazione del contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1989.

⁹ Cfr. Cass. civ., sez. lav. 04.03.2015, n. 4346.

Infatti, si afferma da tempo che *“la prestazione di un servizio costituisce l'oggetto di un contratto d'opera (art. 2222 c.c.), se colui che deve eseguirla prometta soltanto il risultato e goda di una piena autonomia quanto alle modalità di svolgimento del servizio stesso e all'impiego delle proprie energie lavorative; costituisce, invece, l'oggetto di un rapporto di lavoro subordinato (art. 2094 c.c.) se sia eseguita in posizione di subordinazione, la quale ricorre allorché la parte che beneficia della prestazione del servizio ha il potere di determinarne le condizioni di svolgimento. A differenza dell'elemento della subordinazione o dell'autonomia (da cui dipende l'esistenza del rischio, e cioè l'alea derivante dall'esercizio dell'attività produttiva e dall'incertezza del risultato economico con essa perseguito, hanno, invece, natura anfibologica altri possibili elementi discriminatori dei due rapporti suddetti, quali la misura fissa o variabile della retribuzione, l'istituto del preavviso per il recesso, la predeterminazione della prestazione, la sottoposizione del prestatore a vincoli di orario, la stabilità del rapporto”*¹⁰.

Più precisamente, si afferma che *“secondo la costante giurisprudenza di questa Corte l'elemento decisivo che contraddistingue il rapporto di lavoro subordinato dal lavoro autonomo è l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, disciplinare e di controllo del datore di lavoro ed il conseguente inserimento del lavoratore in modo stabile ed esclusivo nell'organizzazione aziendale. Costituiscono poi indici sintomatici della subordinazione, valutabili dal giudice del merito sia singolarmente che complessivamente, l'assenza del rischio di impresa, la continuità della prestazione, l'obbligo di osservare un orario di lavoro, la cadenza e la forma della retribuzione, l'utilizzazione di strumenti di lavoro e lo svolgimento della prestazione in ambienti messi a disposizione dal datore di lavoro”*¹¹.

Nel caso oggetto della cognizione del Collegio, il rapporto di lavoro subordinato veniva riconosciuto considerato che *“il giudice del gravame (...) ha ritenuto elementi qualificanti della subordinazione delle dipendenti con mansioni di telefoniste le circostanze che seguivano le direttive impartite dall'azienda in relazione ad ogni telefonata da svolgere prendendo nota dell'esito e del numero di telefonate, che avevano un preciso orario di lavoro e che utilizzavano attrezzature e materiali di proprietà della società. Per quanto riguarda le dipendenti N., S., C. e B., che non svolgevano il lavoro di telefoniste, la Corte ha ritenuto sussistente la subordinazione per il fatto che erano tenute ad osservare un orario, che dovevano giustificare le assenze, che si avvalevano di attrezzature e materiali forniti dalla società e che si dovevano attenere alle direttive del datore di lavoro. Tutte le predette circostanze sono state ritenute dalla Corte, con un apprezzamento in fatto congruamente motivato e non suscettibile di riesame in sede di legittimità, sintomatiche dello*

¹⁰ Cfr. Cassazione civile, sez. lav., 09 Marzo 1981, n. 1326.

¹¹ Cfr. Corte di cassazione, sez. lavoro, n. 9812 del 14.04.2008; Cass. n. 21028/2006, n. 4171/2006, n. 20669/2004.

stabile inserimento delle lavoratrici nell'organizzazione aziendale e prova della natura subordinata del rapporto di lavoro".

In effetti, si ritiene che *“l’assoggettamento del lavoratore alle altrui direttive, tratto tipico della subordinazione, è riscontrabile anche quando il potere direttivo del datore di lavoro viene esercitato “de die in diem”, consistendo, in tal caso, il vincolo della subordinazione, nell’accettazione dell’esercizio del suddetto potere direttivo di ripetuta specificazione della prestazione lavorativa richiesta in adempimento delle obbligazioni assunte dal prestatore stesso”*¹².

Inoltre, si aggiunga che, la stessa Corte di cassazione, sez. lavoro, sent. 19.05.2006, n. 11880, ribadisce che *“questa Corte ha avuto occasione di affermare (Cass. 16 gennaio 1996, n. 326; v. altresì, Cass. 15 maggio 1987, n. 4515;) che costituisce requisito fondamentale del rapporto di lavoro subordinato, ai fini della sua distinzione dal rapporto di lavoro autonomo, il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, il quale discende dall’emanazione di ordini specifici, oltre che dall’esercizio di un’assidua attività di vigilanza e controllo dell’esecuzione delle prestazioni lavorative (...).*

Sempre secondo la giurisprudenza di legittimità (cfr., in particolare Cass. 20 settembre 1989, n. 3930), requisito essenziale del rapporto di lavoro subordinato è la subordinazione, intesa questa come soggezione del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro, che inerisca alle concrete modalità di svolgimento dell’attività lavorativa, e non si risolva in direttive di carattere generale, volte a delineare l’organizzazione o il funzionamento dell’impresa”.

In effetti, *“la Corte di Cassazione (sent. 23 aprile 2001, n. 5989) ha sottolineato, ulteriormente che il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, deve estrinsecarsi nell’emanazione di ordini specifici (oltre che nell’esercizio di un’assidua attività di vigilanza e controllo dell’esecuzione delle prestazioni lavorative) e deve essere concretamente apprezzato con riguardo alla specificità dell’incarico conferito al lavoratore e al modo della sua attuazione”*

Al contrario, *“per escludere la subordinazione nel rapporto di lavoro prestato con continuità e coordinamento con altro soggetto è necessario che il giudice di merito accerti il rischio economico a carico del lavoratore e così, ad esempio, che resti a suo carico l’acquisto o l’uso dei materiali necessari a lavorare o che il rapporto con i terzi utenti venga da lui instaurato e gestito”*¹³.

¹² Cfr. Cass. civ., sez. lav., 09.04.2014, n. 8364. Per approfondimenti: Santoni F., *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, Jovene, Napoli, 1979; Santoro Passarelli F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1987; Santoro Passarelli G., Intervento, in AA.VV., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinamento, autonomia*, Cacucci, Bari, 1997.

¹³ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza, n. 21380, 07 Agosto 2008. Per approfondimenti: Ichino P., *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 1989; Ichino P., *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996;

In verità, le A.B.A. chiedono annualmente ai docenti, sia stabili che precari, di segnalare eventuale materiale didattico da acquistare a carico del bilancio dell'Accademia.

In merito all'esercizio del potere disciplinare/controllo, è opportuno evidenziare come le A.B.A. si siano dotate di regolamenti disciplinari applicabili a tutto il corpo docente indipendentemente dalla tipologia di contratto di lavoro.

In ogni caso, si ritiene che *“la mancata manifestazione del potere disciplinare può costituire indice sintomatico dell'autonomia solo quando esso sia escluso in linea di principio, ma non per non essere stato in concreto esercitato per l'assenza di fatti rilevanti sul piano disciplinare”*¹⁴.

Alla luce dei superiori insegnamenti giurisprudenziali, i docenti co.co.co delle A.B.A. non hanno alcuna autonomia nello svolgimento della propria prestazione lavorativa, non assumono alcun rischio d'impresa, tutti gli aspetti del rapporto di lavoro vengono disciplinati unilateralmente ed in modo insindacabile da parte del datore di lavoro, che decide, in particolare, il luogo ed il calendario delle lezioni, nonché degli esami di profitto, la sospensione delle lezioni per particolari eventi, ecc, pertanto è possibile ritenere la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, in virtù dell'esistenza di tutti gli indici indicati dalla Cassazione.

Per tali ragioni, proprio in materia di funzione docente, la giurisprudenza ritiene che *“l'apprezzamento in concreto circa la riconducibilità di determinate prestazioni all'uno o all'altro tipo di rapporto costituisce accertamento di merito devoluto al giudice del merito, come tale incensurabile in sede di legittimità, se adeguatamente e correttamente motivato. (Nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto il carattere subordinato del rapporto dedotto in giudizio, avente ad oggetto prestazioni didattiche presso un istituto professionale parificato, desumendolo da una serie di indici sintomatici, quali: l'assoggettamento del lavoratore al potere di coordinamento e disciplinare del datore di lavoro, il suo inserimento nell'organizzazione aziendale, lo svolgimento di controlli da parte del datore di lavoro, funzionali all'esercizio del potere direttivo, del sistema retributivo, commisurato alle ore di insegnamento effettivamente svolte, l'assoggettamento all'orario delle cosiddette attività ausiliarie, come i colloqui con le famiglie, la partecipazioni a riunioni con gli altri docenti, gli scrutini, nonché l'inserimento funzionale dell'insegnante nell'impresa scolastica dove il rischio della gestione gravava esclusivamente sul titolare, che aveva messo a disposizione i mezzi strumentali, didattici e non, necessari all'espletamento dell'attività del docente, senza alcuna conseguente assunzione di rischio da parte di quest'ultimo e senza la benchè minima partecipazione del predetto all'acquisto*

Ichino P., *Il contratto di lavoro*, vol I, Milano, Giuffrè, 2000.

¹⁴ Cass. sentenza n. 5411/99.

di tali mezzi)”¹⁵.

In effetti, proprio in ragione della differenza sostanziale che deve sussistere tra la prestazione lavorativa richiesta al lavoratore co.co.co. rispetto a quello assunto con contratto di lavoro subordinato, la Presidenza del Consiglio dei Ministri emanava la Circolare n. 4 del 15.07.2004, avente ad oggetto la disciplina dei co.co.co nella p.a.

Ebbene, nel punto n. 5 della Circolare, rubricato “*Connotazione particolare rispetto al lavoro subordinato*”, viene chiarito che “*rispetto alla distinzione fra rapporto di collaborazione coordinata e continuativa e rapporto di lavoro subordinato, oltre agli elementi già richiamati dell’assenza del vincolo di subordinazione e dell’autonomia nell’eseguire la prestazione, è opportuno ricordare come non sia possibile applicare automaticamente gli istituti tipici del lavoro subordinato.*”

In primo luogo, non è possibile considerare un obbligo di prestazione oraria e il relativo controllo delle presenze. Se è pur vero che potrebbe essere necessario un inserimento del collaboratore nell’organizzazione del committente, poiché debbono essere garantiti uno o più risultati continuativi che si integrino in tale organizzazione, ciò dovrà avvenire in presenza di una gestione autonoma del tempo di lavoro da parte del collaboratore. (...) Da ciò deriva che al collaboratore non può essere richiesta alcuna attestazione della propria presenza nei luoghi nei quali si svolge l’attività del committente. Infatti, il collaboratore non entra a far parte dell’organizzazione del committente”.

Nelle A.B.A. è prassi che al docente, sia lavoratore subordinato che precario, siano consegnati ad inizio a.a., i fogli presenze che attestino la presenza del docente nei giorni di lezione, nelle ore erogate, nonché la presenza e l’assenza degli studenti.

Si tratta, evidentemente, di una forma di controllo che rende *ab origine* l’esecuzione della prestazione priva di autonomia nello svolgimento e, pertanto, rientrante nella natura subordinata, visto il potere di vigilanza e controllo operato in tal modo dal datore di lavoro¹⁶.

Risulta, pertanto, assolto l’onere probatorio posto a carico del lavoratore precario A.B.A. in

¹⁵ Cfr. Cass. 18/3/2004 n. 5508. Per approfondimenti: De Luca Tamajo R., *Il tempo nel rapporto di lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.* 1987; De Luca Tamajo R., *La diversificazione della prestazione ai confini e nel cuore del lavoro subordinato*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Il lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989; Ferraro G., *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in A.I.D.La.S.S., *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro. Atti delle giornate di Salerno 22-23 Maggio 1998*, Giuffrè, Milano, 1999; Smuraglia C., *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967; Spagnuolo Vigorita L., *Relazione*, in G. Deodato e F. Siniscalchi, *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, Giuffrè, Milano, 1988; Spagnuolo Vigorita L., *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Napoli, 1967.

¹⁶ Carinci F., De Luca Tamajo R., Tosi P., Treu T., *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 2013; Carinci M.T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro al tempo della crisi, Atti del XVII Congresso Nazionale di diritto del lavoro, Pisa, 7-9 Giugno 2012*, Giuffrè, Milano, 2013; D’Antona M., *I mutamenti del diritto del lavoro e i problemi della subordinazione*, in *Riv. Critica Dir. Priv.*, 1988; Ferraro G., *Il lavoro autonomo nella riforma del mercato del lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2012.

merito alla prova della sussistenza degli indici rilevatori del carattere subordinato del rapporto di lavoro.

È opportuno precisare che l'applicazione del D. Lgs. n. 368/2001 al settore pubblico veniva acclarata dalla sentenza della Corte di Giustizia europea del 26.11.2014, nonché espressamente ammesso dallo Stato italiano, giusta precisazione ribadita dalla Corte.

Pertanto, in virtù dell'acclarata natura di rapporto di lavoro subordinato tra i docenti precari A.B.A. e le rispettive Accademie, trova applicazione il D. Lgs. 368/2001, "*Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES*", precisamente l'art. 6, c. 1, rubricato "*Principio di non discriminazione*", che prevede che "*al prestatore di lavoro con contratto a tempo determinato spettano le ferie e la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità, il trattamento di fine rapporto e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quelli inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, ed in proporzione al periodo lavorativo prestato sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine*".

In verità, tale articolo mai abrogato, è stato confermato, senza soluzione di continuità, dall'art. 25 del D. Lgs. N. 81/2015, che ribadisce il principio di non discriminazione, secondo cui "*al lavoratore a tempo determinato spetta il trattamento economico e normativo in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quelli inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, ed in proporzione al periodo lavorativo prestato*".

D'altronde, i vincoli che il M.I.U.R. impone alle Accademie, in sede di assunzione di docenti precari, a parità di mansioni svolte¹⁷, provocano un'evidente discriminazione tra docenti con contratto co.co.co. e docenti con contratto di lavoro subordinato¹⁸.

Come già osservato, nelle A.B.A. i docenti spesso ricoprono, precariamente, cattedre su posti vacanti e disponibili e che, sulla base della normativa applicabile, la reiterazione di tali contratti a

¹⁷ Cfr. Giugni G., *Mansioni e Qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene.

¹⁸ Cfr. M. D'Antona, A. Alaimo, G. Arrigo, A. Maresca, R. Pessi, *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, Napoli, 1988; D'Antona M., *La subordinazione e oltre, una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, a cura di M. Pedrazzoli, Il Mulino, Bologna, 1989; D'Antona M., *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici* in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990; D'Antona M., *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in AA.VV., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1994; D'Antona M., *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.* 1995; D'Antona M., *Intervento*, in Centro nazionale Studi di Diritto del lavoro Domenico Napoletano, *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Atti del Convegno di Studi di Roma, 27 maggio 1996, Cacucci, Bari, 1997; Davies P., *Il lavoro subordinato e il lavoro autonomo*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2000; De Luca Tamajo R., *Dal lavoro parasubordinato al lavoro "a progetto"*, 2003, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, n. 25; De Luca Tamajo R., *Diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Gli anni '70: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, in *Il Diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di P. Ichino, Giuffrè, 2008; Gaeta L., *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione. I - La subordinazione*, Torino, Utet, 1993.

tempo determinato non attribuisce al docente alcune diritto al risarcimento danni, visto che si tratta di rapporti legittimi, in base alla speciale normativa di settore applicabile.

Com'è noto, la Corte di Giustizia europea veniva chiamata a sindacare la compatibilità delle previsioni di cui al D. Lgs. 368/2001, recante attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo indeterminato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES, sia in riferimento a tale accordo quadro sia alla giurisprudenza della Corte¹⁹.

In particolare, il quesito posto all'attenzione della Corte riguardava, punto 65, *“con la prima questione nelle cause C-22/13, C-61/13 e C-62/13 nonché con le due questioni nella causa C-418/13, che occorre esaminare congiuntamente, i giudici del rinvio intendono, in sostanza, sapere se la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro debba essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella di cui ai procedimenti principali, che autorizzi, in attesa dell'espletamento di 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 tali concorsi ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo”*.

La Corte, prima di rispondere a tale quesito, forniva importanti precisazioni.

Preliminarmente, chiariva che:

- punto 67: *“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 (v. sentenza Fiamingo e a., EU:C:2014:2044, punti 28 e 29 nonché giurisprudenza ivi citata)”*;

- punto 69, *“ne consegue che l'accordo quadro non esclude nessun settore particolare dalla sua sfera d'applicazione e che, pertanto, è applicabile al personale assunto nel settore dell'insegnamento (v., in tal senso, sentenza Fiamingo e a., EU:C:2014:2044, punto 38)”*;

¹⁹ Cfr. Esteve R., *La nozione di lavoratore subordinato nel diritto comunitario e nel diritto nazionale*, in *Diritti, lavori, mercati*, 2004, n. 1; Fabris P., *Codice di diritto internazionale e comunitario del lavoro: corredato di note esplicative e riferimenti normativi*, Padova, Cedam; Giubboni S., Orlandini G., *La nozione europea di subordinazione*, in Sciarra S (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Torino, 2010.

- punto 88, “una disposizione nazionale che si limitasse ad autorizzare, in modo generale e astratto attraverso una norma legislativa o regolamentare, il ricorso ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, non soddisferebbe i requisiti precisati al punto precedente della presente sentenza. Infatti, una disposizione di tal genere, di natura puramente formale, non consente di stabilire criteri oggettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un’esigenza reale, se esso sia idoneo a conseguire l’obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine. Una siffatta disposizione comporta quindi un rischio concreto di determinare un ricorso abusivo a tale tipo di contratti e, pertanto, non è compatibile con lo scopo e l’effetto utile dell’accordo quadro (sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punti 28 e 29 nonché giurisprudenza ivi citata)”;

- punto 100, “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)”;

- punto 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”;

- punto 110 “a tale riguardo, va ricordato che, 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 ai sensi della clausola 5, punto 1, dell’accordo quadro (v., per analogia, sentenza Thiele Meneses, C-220/12, EU:C:2013:683, punto 43 e giurisprudenza ivi citata)”;

- punto 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”*;

- principio di diritto espresso dalla C.G.E:

“per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

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”.

Tuttavia, com’è noto, la Corte di cassazione, investita della questione, riteneva che l’immissione in ruolo a tempo indeterminato non possa aver luogo in considerazione del vincolo costituzionale posto dalla previsione del pubblico concorso per l’assunzione presso la p.a., disponendo che, in caso di reiterazione di contratti, al lavoratore spetti soltanto il risarcimento danni.

Ne deriva che, in ossequio al principio enunciato dalla Cassazione, per i docenti precari

A.B.A. non vi sarebbe alcuna possibilità di ottenere la trasformazione del rapporto di lavoro con immissione in ruolo a tempo indeterminato.

In realtà, il principio espresso dalla Cassazione non è applicabile al comparto A.F.A.M, in particolare ai docenti.

Per comprendere ciò è necessario chiarire che, a differenza di quanto avvenuto nel comparto Scuola, in cui il Governo italiano ha attivato un processo di reclutamento di una molteplicità di docenti, vista la sentenza della C.G.E., anche al fine di limitare i risarcimenti danni, nel settore A.F.A.M., dal 1999 ad oggi non si effettuano concorsi per il reclutamento di docenti.

Infatti, a differenza di quanto espresso dalla Cassazione circa il diritto ad ottenere un risarcimento danni, in caso di illegittima reiterazione dei contratti, per i docenti A.B.A. è previsto *ex lege* che i contratti siano soggetti a rinnovo, anche se vi sono esigenze non temporanee di reclutamento del personale e se non esiste un docente di ruolo che ricopra la cattedra.

Sulla questione della differenza tra “organico di diritto” ed “organico di fatto” si ritiene di dover precisare che la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, con la sentenza 14 Settembre 2016, affermava che:

“1) La clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che compare in 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 essa osta a che una normativa nazionale, quale quella oggetto del procedimento principale, sia applicata dalle autorità dello Stato membro interessato in modo tale che:

- il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi, nel settore pubblico sanitario, sia considerato giustificato da «ragioni obiettive» ai sensi di tale clausola poiché detti contratti sono basati su disposizioni di legge che consentono il rinnovo per assicurare la prestazione di specifici servizi di natura temporanea, congiunturale o straordinaria, mentre, in realtà, tali esigenze sono permanenti e durature;

- non esista alcun obbligo per l'amministrazione competente di creare posti strutturali che mettano fine all'assunzione di personale con inquadramento statutario occasionale e che gli sia permesso di destinare i posti strutturali creati all'assunzione di personale «a termine», in modo tale che la situazione di precarietà dei lavoratori perduri, mentre lo Stato interessato conosce un deficit strutturale di posti per il personale di ruolo in tale settore.

2) La clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, che compare in allegato alla direttiva 1999/70, deve essere interpretata nel senso che essa non si oppone, in via di principio, ad una normativa nazionale che impone che il rapporto contrattuale termini alla data

prevista dal contratto a tempo determinato e che si proceda alla liquidazione di ogni pagamento, senza che ciò escluda un'eventuale nuova nomina, a condizione che detta normativa non sia di natura tale da rimettere in causa l'obiettivo o l'efficacia pratica di tale accordo quadro, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare”.

Alla luce di ciò, nel caso dei docenti A.B.A. lo Stato italiano dal 1999 ad oggi non attivava alcuna procedura per “*creare posti strutturali che mettano fine all'assunzione di personale con inquadramento statutario occasionale*”, anzi sono state favorite forme di precarizzazione del lavoro del docente.

Ebbene, la situazione è peggiore rispetto a quella della Scuola²⁰, considerato che per i docenti A.B.A. non esiste alcun diritto al risarcimento danni, quindi lo Stato italiano “*non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato*”.

Rebus sic stantibus, in ossequio agli insegnamenti forniti dalla Corte di Giustizia europea, è possibile affermare, senza alcun dubbio, che la normativa italiana in materia di reclutamento di docenti AFAM è in contrasto con “*La clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro 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*”.

Alla luce di tali fatti, trova applicazione la previsione di cui all'art. 5, c. 3, D. Lgs. 368/2001, interamente riconfermato nell'art. 21, c. 2, del D. Lgs. 81/2015, senza alcuna soluzione di continuità normativa, che prevede che “*qualora il lavoratore sia riassunto a tempo determinato entro (...) venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore a sei mesi, il secondo contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato*”.

Di conseguenza, applicando i principi sanciti dalla Corte di Giustizia europea, vista l'assenza di una “*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*”, ovvero la trasformazione del

²⁰ Sul tema Scuola si veda: M. Dei, *La scuola in Italia*, Bologna, 2012; S. Cassese, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. it. lav.*, 1993, p. 287 e ss.; Id., *Dall'impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione?*, in questa *Rivista*, 2013, p. 315 e ss.; S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000; L. Saltari, *Formazione e reclutamento degli insegnanti in Italia. Un problema storico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 445 e ss.

contratto a tempo indeterminato o il diritto al risarcimento danni, i docenti A.B.A. hanno il diritto ad essere assunti a tempo indeterminato.

In considerazione della formazione di un bacino di docenti precari, alcuni in servizio da decenni, è innegabile che la proposta ministeriale di Regolamento, sopra analizzata, non preveda procedure specifiche per la stabilizzazione degli stessi garantendo, in tal modo, che coloro che insegnano, ad es. da almeno tre anni, siano immessi in ruolo a tempo indeterminato presso la sede lavorativa dove prestano servizio, in modo da valorizzare le professionalità già presenti nella p.a.

Infatti, attraverso una trasformazione del contratto di lavoro, cesserebbe la situazione di profonda discriminazione tra docenti che svolgono le stesse mansioni ma che hanno una stabilità lavorativa ancorata a futuri ed incerti rinnovi contrattuali.

Inoltre, in merito ai docenti con contratto co.co.co, reclutati con selezioni per titoli, non si può tacere che si tratta di docenti che svolgono mansioni di lavoro dipendente che in nulla si differenziano da quelle dei loro colleghi assunti con contratti di lavoro subordinato.

Conseguentemente, anche per tali docenti, che rappresentano un'importante componente del corpo docente, in molti casi oltre la metà, dovrebbe essere introdotto un meccanismo di stabilizzazione prevedendo che, dopo tre anni d'insegnamento, ove persistano le esigenze didattiche che giustificano il reclutamento del docente, il rapporto di lavoro sia trasformato in un contratto a tempo indeterminato.

D'altronde, l'Italia, a seguito delle sentenze della C.G.E., attivava delle procedure per immettere in ruolo una vasta platea di docenti nella Scuola, proprio perché il livello dei contenziosi rischia di produrre condanne al pagamento di risarcimenti danni che certamente rappresentano costi più elevati del pagamento delle retribuzioni ai docenti immessi in ruolo²¹.

* *Docente di Legislazione in materia di sicurezza sul lavoro, IUS/10 Università degli studi di Enna – Kore*

²¹ Cfr.: Treu T., *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Giuffré, Milano, 1968; Treu T., *Statuto dei lavori e Carta dei diritti*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2004; Zoppoli L., *Riflessioni su contratto di lavoro e corrispettività*, in *Lav. Dir.*, 1988.