

Enrico Gragnoli

Scuole, personale docente e rapporto di lavoro

Sommario: **1.** Le ragioni della disciplina specifica del personale docente nella scuola. **2.** Il rapporto di lavoro degli insegnanti nel sistema della cosiddetta privatizzazione del lavoro pubblico. **3.** L'autonomia delle istituzioni scolastiche e la posizione del personale docente. **4.** Le ragioni dell'insuccesso della riforma basata sulla "privatizzazione" e sull'autonomia delle istituzioni scolastiche e l'estesa conservazione del modello regolativo pubblicistico. **5.** Il diritto del lavoro scolastico e la scarsa coerenza con il diritto comune. **6.** La possibilità di configurare un diritto del lavoro scolastico e la coesistenza fra elementi di matrice privatistica e di tradizione pubblicistica. **7.** Il sistema delle graduatorie. **8.** I rapporti a tempo determinato. **9.** I trasferimenti. **10.** Qualche linea prospettica.

1. *Le ragioni della disciplina specifica del personale docente nella scuola*

Gli insegnanti¹ sono sempre stati destinatari di una disciplina settoriale, sia prima, sia dopo la cosiddetta "privatizzazione" e il decreto legislativo n. 29 del 1993; ci si può domandare quale sia la ragione di tale consolidato approccio². La risposta tradizionale richiama la necessaria protezione della li-

¹ Nel momento nel quale questo contributo è stato varato in via definitiva, vi era ancora notevole incertezza sulla condizione degli insegnanti elementari non laureati e, come tali, esclusi dalle graduatorie, poiché ripetute promesse del Governo non hanno portato all'adozione di alcun provvedimento normativo, per lo meno non uno reso noto in modo formale e, cioè, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale. Questo stato di oggettiva incertezza ha indotto a non esaminare una questione sulla quale sarebbe stato difficile andare al di là di indicazioni provvisorie. Quando la vicenda sarà conclusa o, almeno, meglio definita e non si sarà in attesa di un imminente (e ignoto) provvedimento normativo, potrà sempre essere presa in esame, se del caso.

² V. CASSESE S., "Plaidoyer" per una autentica autonomia delle scuole, in *FI*, 1990, V, p. 151 ss.

bertà didattica³, posta a base dell'intero assetto, tanto che “gli artt. 33 e 34 cost. esprimono i principi dell'autonomia delle istituzioni scolastiche e della parità dei soggetti accreditati, per il perseguimento di un obiettivo prioritario, vale a dire l'espansione dell'offerta formativa e la conseguente generalizzazione della domanda di istruzione dall'infanzia lungo tutto l'arco della vita”⁴. Anzi, si è menzionata una unitaria idea di insegnamento, poiché “nessuna discriminazione può essere fatta fra docenti delle scuole pubbliche e di quelle private”, in quanto la funzione è la medesima, “e deve essere svolta in pari condizioni di dignità e con eguali oneri, obblighi, diritti e prerogative di libertà”. Ne deriva una omogeneità della condizione dell'insegnante⁵, in quanto lavoratore subordinato, “a prescindere dal tipo di scuola, statale o privata, presso cui la prestazione è svolta. In entrambi i casi, l'attività educativa, culturale e professionale è assistita dalla medesima, specifica tutela costituzionale”, e “l'attività è svolta presso istituzioni sottoposte alla previa approvazione e alla vigilanza degli organi statali”⁶.

Motivata con puntiglio, la tesi è condivisibile; sebbene si possa discutere sulle sue applicazioni, per le particolarità di ciascuna scuola, l'impostazione per lo più riguarda le strutture private⁷. Per quanto si vogliano sottolineare i canoni costituzionali⁸, è occasionale la loro incidenza sull'articolata e, spesso, ostica e frammentaria regolazione del rapporto degli insegnanti pubblici. Sarebbe azzardato riflettere su questa ultima solo in nome della libertà di insegnamento⁹. Se mai, soprattutto a partire dal decreto n. 29 del 1993 e con

³ V. SALTARI, *La formazione e il reclutamento degli insegnanti in Italia*, in *RDPU*, 2015, p. 447 ss.

⁴ V. Tar Lombardia, Milano, sez. III, 16 febbraio 2015 n. 494, in *GI rep.*, 2014.

⁵ V. RENNA, *L'autonomia incompiuta delle istituzioni scolastiche*, in *IF*, 2005, p. 353 ss.

⁶ V. Tar Lazio, Roma, sez. I, 21 dicembre 2004 n. 16973, in *Rep. GI*, 2004.

⁷ Si consideri che “i provvedimenti dall'amministrazione centrale relativi all'organizzazione scolastica non incidono sulla libertà di insegnamento, che si esprime nella scelta dei metodi didattici e nella scelta dei libri di testo, salvi i progetti di sperimentazione” (v. Tar Lazio, sez. III, 19 aprile 1993 n. 553, in *Rep. GI*, 1994).

⁸ È stato considerato “illegittimo il provvedimento col quale è inflitta la sanzione disciplinare della censura nei confronti di un insegnante medio sulla base dell'estrapolazione di alcune espressioni dallo stesso utilizzate nel contesto del programma annuale, riconoscendo a priori la riferibilità delle stesse ai colleghi e al preside dell'istituto e non piuttosto all'intero sistema scolastico sottoposto a critica nell'esercizio della libertà di insegnamento” (v. Tar Abruzzo, L'Aquila, 24 aprile 1995 n. 187, in *Rep. GI*, 1995).

⁹ Tuttavia, “la libertà di insegnamento di cui gode l'insegnante attiene ai contenuti dell'insegnamento e non può essere incisa da una disposizione concernente le modalità organiz-

la rinnovata considerazione dei poteri dei dirigenti¹⁰, la natura settoriale della disciplina trova spiegazione in questioni organizzative, con la valorizzazione dell'autonomia di ciascuna istituzione¹¹, con l'attribuzione di rilevanti spazi di iniziativa ai capi di istituto¹² e con una revisione organizzativa.

Basta sfogliare un repertorio (se si consente questa espressione tradizionale, ma un po' datata) per comprendere che, garantita comunque la libertà, non ha avuto molto successo la mediazione fra il sistema generale del pubblico impiego e la disciplina apposita sugli insegnanti, a volere guardare all'enorme numero di decisioni, su profili centrali, come le procedure di selezione¹³, l'apposizione del termine all'assunzione, la mobilità territoriale. Sebbene non sempre abbiano riportato la vittoria le capillari iniziative processuali dei docenti, con decine di migliaia di controversie promosse¹⁴, questa abituale contrapposizione è l'indice di uno scostamento preoccupante fra gli obiettivi perseguiti e i risultati raggiunti¹⁵. La giurisprudenza si è sostituita al legislatore nel trovare soluzioni ragionevoli¹⁶, tanto che la maggiore parte

zative tramite le quali la didattica è impartita. E pertanto non sono illegittimi i provvedimenti di destinazione del personale docente a posti di sostegno per gli alunni portatori di handicap, a tempo pieno o di attività integrative complementari e similari” (v. Cons. St., sez. VI, 27 novembre 1996 n. 1641, in *Rep. GI*, 1996).

¹⁰ V. POGGI, *Le autonomie funzionali “tra” sussidiarietà verticale e orizzontale*, Giuffrè, 2001, p. 57 ss.

¹¹ Infatti, “in materia di assunzione, inquadramento e sviluppo professionale del personale scolastico i dirigenti preposti alle singole istituzioni scolastiche devono qualificarsi come organi del Ministero della pubblica istruzione, come tali deputati al compimento di atti esterni” (v. Trib. Pescara 11 ottobre 2016, in *Rep. GI*, 2016), sia pure con una certa sottostima delle implicazioni dell'autonomia delle istituzioni scolastiche.

¹² V. Trib. Milano 12 gennaio 2016, in *Rep. GI*, 2016.

¹³ V. NAVILLI, “La buona scuola”: dal precariato all'attuazione e potenziamento dell'autonomia scolastica, in *LPA*, 2016, p. 613 ss.

¹⁴ V. AIMO, *I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT* – 240/15, p. 7 ss.

¹⁵ Sull'ultima evoluzione delle controversie sul lavoro pubblico, v. PASQUALETTO, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, in CESTER (a cura di), *I licenziamenti*, Cedam, 2013, p. 49 ss.; SPINELLI, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità alle pubbliche amministrazioni*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Cacucci, 2013, p. 844 ss.; RIVERSO, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, in *LG*, 2013, p. 17 ss.; GENTILE, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 220 ss.; MISCIONE, *Il licenziamento e il rito del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *GI*, 2014, p. 2 ss.

¹⁶ V. GISSI, *Il nuovo precariato nella scuola pubblica*, in CERRETA-RIOMMI (a cura di), *Le recenti riforme dei rapporti di lavoro delle pubbliche amministrazioni e della scuola pubblica*, Giappichelli, 2016, p. 105 ss.

delle trasformazioni ha portato a ulteriori azioni in giudizio, come se queste dovessero trovare il punto di equilibrio fra interessi contrapposti e così divaricati da non raggiungere mai una sintesi pacifica¹⁷.

A leggere le opere letterarie della fine del diciannovesimo e dell'inizio del ventesimo secolo, l'idea ottocentesca dell'insegnamento e del suo valore sociale aveva collocato i docenti in una posizione di prestigio, di riconoscimento culturale e di relativo benessere economico, se sono stati talora immaginati come i portavoce dello Stato unitario. La battaglia contro l'analfabetismo e la diffusione della presenza pubblica sull'intero territorio nazionale hanno visto negli insegnanti i motori di una apertura verso la cultura e la sua divulgazione fra tutte le classi sociali, con la risposta a un esteso bisogno. Il processo è stato coerente con il vecchio disegno amministrativo dell'impiego pubblico¹⁸, a protezione dell'immagine, degli interessi economici e del risalto dei funzionari, in una Italia nella quale chi volesse dedicarsi a professioni intellettuali reperiva scarse occasioni nelle aziende, come ricorda in modo indiretto Italo Svevo all'inizio di "Senilità". Proprio in quegli anni, stava cominciando un drastico cambiamento, colto con spirito profetico da Max Weber, sia per l'estensione enorme dell'attività impiegatizia nelle imprese, sia per la modificazione completa delle istituzioni destinate ad agire in tema di cultura.

La cosiddetta privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico¹⁹ ha trovato gli insegnanti in una condizione quasi opposta a quella immaginata dal "Libro cuore", nella situazione (se non ci si adonta per una citazione assai poco scientifica) delineata da ... Alberto Sordi in una delle sue opere più riuscite, sul "maestro" di Vigevano²⁰, impegnato a chiedersi come mai le promesse desunte dalla tradizione non fossero state mantenute (e, compito assai più difficile e destinato all'insuccesso, a rabbonire la moglie, la quale sull'adempimento di tali promesse aveva confidato senza esitazione e con scarso senso storico). Fra le opere dell'ultimo ottocento e l'Italia degli anni sessanta

¹⁷ V. MISCIONE, *La fine del precariato pubblico ma non solo per la scuola*, in *LG*, 2016, p. 745 ss.

¹⁸ V. COCCONI, *Diventare insegnanti: le nuove regole*, in *GDA*, 2011, p. 243 ss.

¹⁹ Per una posizione sconsolata e, forse, più problematica, v. ZOPPOLI L., *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.IT - 168/13, p. 5 ss.

²⁰ Forse, più del *film*, dovrei citare il bel libro di Mastronardi, tanto apprezzato da Italo Calvino. Ma, nella diversa vocazione delle due opere, quella di Alberto Sordi è funzionale in via più diretta agli obbiettivi del mio ragionamento, perché riguarda la condizione professionale del maestro, in luogo di spaziare su un ragionamento generale sulla condizione umana.

non vi era stata solo una completa trasformazione del sistema produttivo, con l'incremento enorme del lavoro intellettuale privato. Nonostante la benevolenza dell'ordinamento corporativo per gli apparati statali e i loro dipendenti, si era registrata per i pubblici impiegati la diminuzione delle retribuzioni, in proporzione di quelle dei lavoratori delle imprese, con una sorta di appannamento costante dell'immagine e del ruolo civile delle istituzioni, in specie di quelle scolastiche, e con una reazione normativa non pari alla sfida²¹, nel secondo dopoguerra.

La legge n. 93 del 1983 ha colto la necessità di regolare da sé il corpo docente, ma tale esatta soluzione non è stata sufficiente a lenire la disaffezione verso una professione di accreditamento sempre minore, per le scarse soddisfazioni economiche e la limitata garanzia di prestigio²². Ci si può domandare se ai docenti universitari non stia toccando il medesimo destino del maestro di Vigevano, di fronte alla sostanziale crisi del nostro Paese e del suo modello educativo, con diagnosi improvvisate sui suoi mali, con ogni probabilità molto minori di quanto siamo tutti portati a pensare (a tacere di quanto sia difficile e poco convincente una analisi statistica oggettiva sui risultati dell'istruzione). L'idea della legge n. 93 del 1983 sulla necessità di una regolazione apposita del rapporto degli insegnanti, all'interno dell'intero lavoro pubblico, è stata condivisa dal decreto n. 29 del 1993, seppure nella visione opposta della "privatizzazione", poiché, ancora una volta, non è stata messa in discussione la previsione di un distinto comparto²³ e questa scelta è stata superata per la prima volta con l'intesa del 19 aprile 2018. Proprio il decreto n. 29 del 1993 ha fondato il sistema attuale²⁴, con i suoi difetti, resi palesi dal

²¹ V. GIGANTE, *L'istruzione*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2003, p. 805 ss.

²² Del resto, il rapido superamento del modello della legge n. 93 del 1983 e del relativo recepimento degli accordi sindacali in decreti del Presidente della Repubblica ha comportato l'abbandono di questo modello e anche di quella parte inerente alla scuola, con un apposito comparto; per tutti, v. GRANDI, *La revisione della normativa sul rapporto di lavoro*, in *LD*, 1987, p. 30 ss.

²³ Sul senso profondo della stessa "privatizzazione", con particolare riguardo al sistema della contrattazione collettiva, v. CARINCI F., *Una riforma in itinere: la cosiddetta privatizzazione del rapporto di impiego pubblico*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Giuffrè, 1998, p. 180 ss.; D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in questa rivista, 1998, p. 52 ss.; BARBIERI M., *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Cacucci, 1999, p. 213 ss.

²⁴ V. DELL'OLIO, *Amministrazioni pubbliche e diritto privato del lavoro: linee e problemi della riforma, senso della ricerca*, in *QDLRI*, 1995, n. 16, p. 14 ss.; RUSCIANO, *L'unificazione normativa del lavoro pubblico e del lavoro privato*, in *DLRI*, 1989, p. 149 ss.

proliferare della mediazione giudiziale, e bisogna tornare ai suoi principi per chiedersi dove stia la causa dell'insuccesso degli ultimi trenta anni.

2. *Il rapporto di lavoro degli insegnanti nel sistema della cosiddetta privatizzazione del lavoro pubblico*

Se il decreto n. 29 del 1993 e quello n. 165 del 2001 si sono prefissi estese modificazioni, un obiettivo è stato raggiunto. La demarcazione fra l'attività gestoria e quella di indirizzo politico è un esito consolidato e il principio ha ampia applicazione²⁵. Non è questa la sede per chiedersi se tale complessivo orientamento abbia portato gli auspicati benefici di efficienza e se sia stata superata la completa sfiducia maturata negli anni '90 sulle capacità e sull'integrità del sistema politico o, comunque, se tale diffidenza debba trovare motivo di consolazione nella maggiore rilevanza delle determinazioni dei dirigenti. Altro è descrivere il nuovo canone fondativo dell'organizzazione e, cioè, la demarcazione fra politica e gestione, altro è esprimere una valutazione di merito, sul soddisfacimento dell'interesse pubblico²⁶.

Non è neppure il caso di domandarsi se si debba parlare di separazione o di distinzione a proposito della nuova distribuzione dei compiti²⁷. Il punto centrale è la trasformazione di una consolidata struttura sia dello Stato, sia degli enti pubblici, struttura che era all'insegna di una sostanziale continuità

²⁵ V. ZOPPOLI A., *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Esi, 2000, p. 25 ss.; GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Giuffrè, 2003, p. 57 ss.; BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, Giuffrè, 2006, p. 35 ss.; MEZZACAPO, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, Jovene, 2010, p. 27 ss.; MERLONI F., *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Il Mulino, 2006, p. 132 ss.; D'ALESSIO, *La nuova dirigenza pubblica*, Philos, 1999, p. 29 ss.; RAIMONDI, *Dirigenza*, in *EGT*, XI, p. 4 (dell'estratto); D'ORTA, *La sopraordinazione dei Ministri secondo il decreto legislativo 3 febbraio 1992, n. 29. Poteri di avocazione, annullamento e decisione dei ricorsi gerarchici sugli atti dirigenti*, in *FA*, 1994, p. 1329 ss.

²⁶ Sulle ragioni storiche e culturali della demarcazione fra politica ed amministrazioni, v. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Giappichelli, 2005, p. 43 ss.

²⁷ A favore dell'uso del termine "distinzione di competenze", v. MERLONI F., *Dirigenza pubblica e amministrazione*, cit., p. 136, e, dello stesso A., *Amministrazione "neutrale" e amministrazione "imparziale". A proposito dei rapporti tra "politica" e "amministrazione"*, in *DP*, 1997, p. 319 ss. A dire il vero la contrapposizione fra la categoria della "separazione" e quella della "distinzione" non pare fondata su rilevanti presupposti teorici, così che la disputa assume prevalenti connotazioni terminologiche e descrittive.

fra le attribuzioni degli organi politici e quelle dei dipendenti e dei dirigenti (o, comunque, per le istituzioni più piccole, dei funzionari apicali). La conformazione piramidale dell'amministrazione e la presenza di un vertice politico sia nei ministeri, sia nei comuni e nelle province non sono sopravvissute al decreto n. 29 del 1993, con una innovazione rispetto a logiche ultrasecolari, di colpo riviste anche sulla spinta emotiva di una straordinaria crisi dell'intero sistema politico²⁸.

Nel nuovo contesto, si conferma la dialettica fra realizzazione dell'indirizzo e tutela dell'imparzialità del lavoratore²⁹, in qualche modo ripresa dalla stessa Costituzione³⁰. Già da tempo la Corte costituzionale ha rilevato che la cosiddetta "privatizzazione" non "rappresenta di per sé un pregiudizio per l'imparzialità del dipendente (...) posto che per questi (dirigente o no) non vi è (...) una garanzia costituzionale di autonomia da attuarsi (...) con una legge attraverso uno stato giuridico particolare". Il legislatore può definire l'assetto del rapporto nell'esercizio della sua discrezionalità, seppure "con il limite (...) dei principi di imparzialità e buon andamento (...) e della non irragionevolezza della disciplina differenziata"³¹.

Tale decisione propone una riflessione complessiva sul decreto n. 29 del 1993³²; dalla pronuncia si può trarre una "benedizione dei fondamenti della riforma"³³, con una tendenza confermata da successive sentenze³⁴. Quindi,

²⁸ V. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Cedam, 2000, p. 213 ss.

²⁹ V. GARDINI, *op.cit.*, p. 142 ss.; ENDRICI, *Il potere di scelta. Le nomine tra politica e amministrazione*, Il Mulino, 2000, p. 75 ss.; PAGANETTO, *Il potere governativo di nomina*, Jovene, 1994, p. 67 ss.

³⁰ Cfr. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Cedam, 1974, p. 59 ss.

³¹ V. C. Cost. 25 luglio 1996 n. 313, in *GCost*, 1996, p. 2596 ss., con nota di PINELLI, *Imparzialità, buon andamento e disciplina differenziata del lavoro dirigenziale*.

³² V. ALES, *La contrattualizzazione del rapporto di lavoro dei dirigenti in pubblico impiego al vaglio della Corte costituzionale*, in *DL*, 1996, II, p. 442 ss.; FALCONE, *La "mezza" privatizzazione della dirigenza pubblica al vaglio della Corte costituzionale*, in *FI*, 1997, I, p. 34 ss.; CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, in *GDA*, 2004, p. 969 ss.

³³ V. CARINCI F., *Giurisprudenza costituzionale e cosiddetta privatizzazione del pubblico impiego*, in *LPA*, 2006, p. 510 ss.

³⁴ Cfr. C. Cost. 16 ottobre 1997 n. 309, in *LPA*, 1998, p. 140 ss., con nota di BARBIERI M., *Corte costituzionale e lavoro pubblico: un passo avanti e uno a lato*; C. Cost. 19 luglio 2001 n. 268, in *GCost*, 2001, p. 4141 ss., con nota di TARULLO, *La Consulta e la riforma dell'accesso ai concorsi pubblici: lo ius superveniens tra solidarietà ed efficienza*; C. Cost. 23 luglio 2001 n. 275, *GCost*, p. 2315 ss., con nota di CHIRULLI, *Incarichi dirigenziali e giurisdizione: una decisione prudentemente "minimalista"*; C. Cost. 30 gennaio 2002 n. 11, ord., in *RIDL*, 2002, II, p. 483 ss., con nota di CERBO, *Lo status del dirigente e l'imparzialità della pubblica amministrazione*.

la giurisprudenza ha lasciato aperta la dialettica fra il decreto n. 29 del 1993 e la realizzazione degli artt. 97 e 98 Cost., in specie per il tema centrale della demarcazione fra indirizzo e gestione. A ragione, si è detto che “la Corte continua nella sua sottovalutazione della dimensione dello stato giuridico come garanzia di imparzialità. Lo ha fatto con riferimento al pubblico dipendente in generale, lo ha fatto con riferimento alla dirigenza”³⁵. Di per sé, il decreto n. 29 del 1993 e quello n. 165 del 2001 non sono in contraddizione con il paradigma desumibile dagli artt. 97 e 98 Cost.; riguardo a una pronuncia³⁶, si è affermato che “questa sentenza, considerata nella sequenza (...) cui appartiene, segnala la crescente apertura di credito alla discrezionalità del legislatore: una volta benedetta la riforma, non sembra esserci ragione per intervenire a sindacarne l’estensione, se non laddove emerga una precisa ragione di politica del diritto”³⁷.

In tema di scuola, questa trasformazione voluta dal decreto n. 29 del 1993, dalle sue modificazioni e, poi, da quello n. 165 del 2001 ha avuto una portata molto maggiore, perché, a differenza di quanto accaduto in altri contesti e, anzi, nella maggiore parte di essi, la creazione di una figura dirigenziale, necessaria per dare corpo alla “privatizzazione”, ha coinciso con una più articolata trasformazione istituzionale; gli insegnanti sono stati sottratti almeno in parte (ancora piccola) alla collocazione nell’apparato ministeriale e posti nelle singole scuole autonome. Così, seppure dipendenti statali, sono diventati protagonisti di nuove amministrazioni, in collegamento con il potere decisionale centrale, ma in nome della relativa indipendenza di ciascun organismo, in particolare dopo il 1997³⁸. Questo percorso è stato inevitabile, poiché il decreto n. 29 del 1993³⁹ ha voluto un datore di lavoro⁴⁰ che potesse esercitare poteri paragonabili a quelli dell’imprenditore⁴¹. In tema di istru-

³⁵ Cfr. MERLONI F., *Dirigenza pubblica e amministrazione*, cit., p. 157 ss.; v. anche CLARICH, *Riflessioni sui rapporti tra politici e amministrazione (a proposito del Tar Lazio come giudice della dirigenza statale)*, in *DA*, 2000, p. 361 ss.

³⁶ V. C. Cost. 23 luglio 2001, n. 275, cit.

³⁷ V. CARINCI F., *Giurisprudenza costituzionale e cosiddetta privatizzazione del pubblico impiego*, cit., p. 521 ss.

³⁸ V. ZOPPOLI L., *Dieci anni di riforma del lavoro pubblico (1993-2003)*, in *LPA*, 2003, p. 751 ss.

³⁹ Cfr. RUSCIANO, *Contratto, contrattazione e relazioni sindacali nel “nuovo” pubblico impiego*, in *ADL*, 1997, p. 97 ss.

⁴⁰ Sul risalto della posizione dei dirigenti, proprio al confine fra organizzazione del lavoro e degli uffici, v. GARDINI, *op. cit.*, p. 142 ss.

⁴¹ V. RUSCIANO, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle*

zione, questa innovazione metteva in discussione quella logica piramidale nella quale gli insegnanti erano sempre stati posti, nelle stagioni dei loro successi economici e sociali, ma anche in quella della diminuzione del loro prestigio.

Se il rapporto “privatizzato” affida l’auspicato (e, a dire il vero, non molto percepibile, a distanza di tanti anni) recupero di efficienza alla creazione di figure dirigenziali in grado di sfruttare la pretesa, maggiore autonomia nel governo del rapporto⁴², il Ministero stesso non dava nessuna garanzia in tale prospettiva, prima di tutto per i docenti. La “privatizzazione” avrebbe dovuto coincidere o, comunque, condurre alla trasformazione delle scuole in apparati separati, se non altro perché ciò preludeva all’identificazione dei corrispondenti dirigenti, immaginati come i motori della complessiva innovazione. Del resto, la concezione tradizionale lasciava sperare poco di fronte all’idea sempre più diffusa dell’istruzione come patrimonio di una amministrazione erogativa⁴³. Nelle variazioni continue cominciate nel 1993⁴⁴, le scuole sono state protagoniste, perché, prima di tutto, è stata in discussione l’organizzazione ministeriale e si è pensato che la “privatizzazione” potesse avere un senso solo con modificazioni istituzionali in grado di fare emergere nuovi centri decisionali.

fonti, in AA.VV., *La trasformazione dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, Atti delle giornate di studio, L’Aquila 31 maggio-I giugno 1996, Giuffrè, 1997, p. 69 ss.

⁴² V. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI F. (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal decreto legislativo n. 29 del 1993 alla finanziaria del 1995*. Commentario, Giuffrè, 1995, p. 198 ss.

⁴³ Sul nesso fra l’amministrazione regolativa e quella erogativa, v. AZZARITI, *Modelli di amministrazione e trasformazione dello Stato*, in Id., *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Giappichelli, 2000, p. 95 ss.; PINELLI, *Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale*, in DP, 2001, p. 98 ss.

⁴⁴ V. ZOPPOLI L., *Alla ricerca di una razionalità sistematica della riforma del pubblico impiego*, in LPA, 2002, suppl., p. 158 ss.

3. *L'autonomia delle istituzioni scolastiche e la posizione del personale docente*

L'art. 21 della legge n. 59 del 1997 ha avviato una trasformazione delle istituzioni scolastiche, con il conferimento a ciascuna della personalità giuridica, l'ampliamento della loro autonomia, la riduzione del loro numero e una razionalizzazione della loro articolazione e della loro dislocazione (v. il d.P.R. n. 233 del 1998)⁴⁵. In una complessiva riforma⁴⁶, con una generale redistribuzione dei compiti⁴⁷ fra i vari apparati coinvolti⁴⁸, l'introduzione dell'innovativa figura del dirigente è dipesa dalla modificazione delle scuole⁴⁹. Sono cambiate le funzioni dello Stato, delle regioni e degli enti locali⁵⁰. Con esatta individuazione dell'obbiettivo dell'art. 25 del decreto n. 165 del 2001, si è rilevato che "il nuovo assetto della dirigenza scolastica vale a rendere operativo il principio di autonomia delle istituzioni (...), introducendo un referente unico" per l'esercizio delle funzioni affidate a esse e per il perseguimento "della flessibilità, della diversificazione, dell'efficienza ed efficacia del servizio"⁵¹. In sostanza, l'art. 25 citato è parte di una più articolata riforma dell'offerta formativa⁵².

L'art. 21 della legge n. 59 del 1997 non ha inciso tanto sulle attività, quanto sull'assetto organizzativo⁵³, conferendo personalità giuridica a ciascuna istituzione, con una ampia autonomia didattica, organizzativa e finanziaria, specificata dal d.P.R. 8 marzo 1999, n. 275, seppure con ovvi limiti

⁴⁵ V. PAOLUCCI, *La riforma della dirigenza scolastica: funzione, contenuti e limiti*, in *LPA*, 2000, p. 543 ss.

⁴⁶ Sull'assetto tradizionale, v. DANIELE, *L'ordinamento scolastico italiano*, in SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, 1988, p. 53 ss.

⁴⁷ V. CASSESE S., *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, in *FI*, 1991, V, p. 214 ss.

⁴⁸ V. MARZUOLI, *Commento all'art. 28-bis*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *NLCC*, 1999, p. 1228 ss.

⁴⁹ V. PAOLUCCI, *op. cit.*, p. 543 ss.

⁵⁰ V. PAJNO, *L'autonomia delle istituzioni scolastiche*, in *GDA*, 1997, p. 434 ss., e, dello stesso A., *Commento all'art. 135*, in FALCON (a cura di), *Commentario al decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, recante conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni e agli enti locali, in attuazione del Capo primo della legge 15 marzo 1997, n. 59*, in *LR*, 1998, p. 903 ss.

⁵¹ Cfr. Cons. St., sez. II, 27 settembre 2000 n. 1021, in *GC*, 2001, I, p. 3108.

⁵² V. MICHELETTI, *I caratteri delle istituzioni scolastiche autonome*, in *FA*, 2001, p. 1062 ss.

⁵³ V. CARRICATO, *Autonomia scolastica: una riforma possibile*, in *LR*, 1997, p. 365 ss.

proprio nel governo del rapporto di lavoro, a maggiore ragione con i docenti. Se “l'autonomia” è “garanzia di libertà di insegnamento⁵⁴ e di pluralismo culturale” (v. l'art. 1, secondo comma, del d.P.R. n. 275 del 1999)⁵⁵, i nuovi enti pubblici regolano “i tempi dell'insegnamento e dello svolgimento delle singole discipline e attività nel modo più adeguato al tipo di studi e ai ritmi di apprendimento degli alunni” (v. l'art. 4, secondo comma, del d.P.R. n. 275 del 1999). L'autonomia didattica “si sostanzia nella scelta libera e programmata di metodologie, strumenti, organizzazione e tempi di insegnamento, da adottare nel rispetto della possibile pluralità di opzioni metodologiche e in ogni iniziativa che sia espressione di libertà progettuale, compresa l'eventuale offerta di insegnamenti opzionali, facoltativi e aggiuntivi, e nel rispetto delle esigenze formative” (cfr. l'art. 21, comma nono, della legge n. 59 del 1997, con principi che hanno avuto attuazione nel successivo d.P.R. n. 275 del 1999)⁵⁶.

Inoltre, come espressione di discrezionalità, “le istituzioni (...) adottano, anche per quanto riguarda l'impiego dei docenti, ogni modalità organizzativa che (...) sia coerente con gli obbiettivi generali e specifici di ciascun tipo e indirizzo di studio” (cfr. l'art. 5, primo comma, del d.P.R. n. 275 del 1999); ma, si aggiunge, una “autonomia di ricerca, sperimentazione e sviluppo” (v. l'art. 6 del d.P.R. n. 275 del 1999) può portare alla costituzione di “reti di scuole”, per la cooperazione funzionale al raggiungimento degli scopi di ciascuna, mediante opportuni accordi (cfr. l'art. 7 del d.P.R. n. 275 del 1999). In sostanza, “l'autonomia (...) è finalizzata alla realizzazione della flessibilità, della diversificazione, dell'efficienza e dell'efficacia del servizio (...), all'integrazione e al migliore utilizzo delle risorse e delle strutture, all'introduzione di tecnologie innovative e al coordinamento con il contesto territoriale” (cfr. l'art. 21, comma ottavo, della legge n. 59 del 1997), con poteri amministrativi dei dirigenti⁵⁷, secondo un processo avviato negli anni '90.

L'attribuzione della personalità giuridica presupponeva che le istituzioni raggiungessero i “requisiti dimensionali ottimali”, secondo le procedure re-

⁵⁴ V. MOLINARI, *La funzione docente, dirigente e ispettiva nella scuola di Stato*, Giuffrè, 1994, p. 46 ss.; PITRUZZELLA, *Il pluralismo della scuola e nella scuola*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Mucchi, 1996, vol. III, p. 1373 ss.

⁵⁵ V. MATTIONI, *Insegnamento (libertà di)*, in *DDP*, vol. VIII, p. 413 ss.

⁵⁶ V. POGGI, *Autonomia delle istituzioni scolastiche e multiculturalismo*, in *QDPC*, 2000, p. 179 ss.

⁵⁷ V. MARZUOLI, *Commento all'art. 25-ter*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, p. 1215 ss.

golate dal d.P.R. 18 giugno 1998 n. 233. Così, si è superata la precedente situazione, anomala, in cui solo parte degli istituti aveva personalità, a seconda del rispettivo ordinamento. Ne è derivata una imponente riforma, con una realizzazione contrastata, ma con un rilevante ammodernamento; è stato incentivato lo spazio di iniziativa di ciascuna scuola, con l'aumento delle responsabilità dirigenziali⁵⁸. In tale prospettiva di ampio respiro, seppure di faticosa attuazione, sia l'attribuzione di personalità, sia l'autonomia operativa implicavano la creazione di un ufficio dirigenziale, incaricato della gestione⁵⁹. Tale complesso intervento ha comportato una redistribuzione del personale⁶⁰ (governata con delicati accordi collettivi; v. il contratto collettivo 20 gennaio 1998 e quello 20 gennaio 1999) e ha suscitato tensioni fra gli stessi capi di istituto, soprattutto per alcuni episodi di accorpamento di scuole per tradizione diverse⁶¹.

L'art. 21 della legge n. 59 del 1997 non solo rimarca la tutela della libertà di insegnamento, ma sottolinea la "unicità della funzione" dirigenziale, poiché, con rilevanti responsabilità sul versante amministrativo e finanziario, il dirigente deve assicurare il perseguimento di obiettivi educativi; dunque, l'autonomia organizzativa e quella finanziaria devono permettere il migliore esplicarsi di quella didattica, la razionale pianificazione dei fini e il loro raggiungimento. Se, per un verso, "le competenze attribuite al dirigente (...), riassumibili nei compiti di gestione e nelle connesse responsabilità in ordine ai risultati", corrispondono a "quelle previste in generale come proprie della funzione dirigenziale, con gli adattamenti dovuti alla specificità del settore"⁶², la posizione del dirigente è unitaria, con l'incontro di compiti amministrativi ed educativi, ferma la "doppia veste" di "organo dell'amministrazione dello Stato (...) e (...) dell'istituzione scolastica (...), allorché eserciti le sue competenze nell'ambito delle funzioni statali (...) ovvero di quelle (...) attribuite

⁵⁸ V. CARNEROLI, *La scuola del futuro tra Stato e autonomia (locale e funzionale)*, in *PD*, 2000, p. 325 ss.; DONATI E., *Pubblico e privato nel sistema di istruzione scolastica*, in *LR*, 1999, p. 537 ss.

⁵⁹ Sulla necessaria tutela della libertà di insegnamento e sul suo raccordo con l'inserimento dell'insegnante in un apparato amministrativo, v. POTOTSCHNIG, *Insegnamento, istruzione, scuola*, in *GCost.*, 1961, p. 74 ss.; PIZZORUSSO, *La comunità scolastica nell'ordinamento repubblicano*, in *FI*, 1970, V, p. 222 ss.; CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *RDPU*, 1956, p. 60 ss.

⁶⁰ V. MARZUOLI, *Commento all'art. 25-ter*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, p. 1215 ss.

⁶¹ V. Pret. Piacenza 31 agosto 1999, ord., in *LPA*, 2000, p. 370; Pret. Piacenza 2 novembre 1999, ord., in *LPA*, p. 370.

⁶² V. PAOLUCCI, *op. cit.*, p. 543 ss.

alle istituzioni”⁶³. Pertanto, la dirigenza è “una diramazione” di quella amministrativa, purché si riconosca la specificità della vocazione educativa⁶⁴. L’innovazione è stata imponente, ma parziale, proprio per i rapporti di lavoro, poiché gli insegnanti sono rimasti dipendenti ministeriali.

Come è facile obbiettare, una opposta soluzione avrebbe richiesto ingenti risorse. La variazione degli anni ’90 ha lasciato i docenti nella struttura ministeriale per il governo del rapporto, a cominciare dalla selezione e dalle assunzioni, temi sensibili e forieri di una enorme mole di controversie. Per altro verso, sul versante educativo, il collegamento diretto e, in fondo, quasi esclusivo con i dirigenti è stato in contraddizione con il mantenimento del citato, preesistente modello, anche perché il dinamismo di ciascuna istituzione è stato in contrasto con il ritmo lento e progressivo delle decisioni ministeriali. Anzi, il personale ha talora lamentato una ridotta “privatizzazione”, non tanto perché questa fosse di ostacolo alla valorizzazione della libertà di insegnamento, ma in quanto la regolazione è stata affidata ai testi consueti. La sostituzione del diritto civile alle soluzioni di stampo pubblicistico non ha avuto successo in generale, ma ha posto problemi più intensi per i docenti.

4. *Le ragioni dell’insuccesso della riforma basata sulla “privatizzazione” e sull’autonomia delle istituzioni scolastiche e l’estesa conservazione del modello regolativo pubblicistico*

Neppure il più acceso sostenitore della cosiddetta “privatizzazione” ne potrebbe parlare come di un successo, a tanti anni di distanza, in materia di istruzione, se non altro per l’incapacità del sistema di contenere le controversie e di avviare una razionalizzazione effettiva della selezione dei docenti⁶⁵. Da un lato, la coesistenza di due centri decisionali⁶⁶ ha nuociuto alla coerenza

⁶³ V. PAOLUCCI, *op. cit.*, p. 563 ss.

⁶⁴ V. MAUCERI, *La dirigenza scolastica*, in CARINCI F., D’ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, 2000, vol. I, p. 893 ss.

⁶⁵ V. COCCONI, *op. cit.*, p. 243 ss.

⁶⁶ Sul doppio ruolo del dipendente, quale professionista retribuito per la sua attività e strumento della formazione della volontà dell’istituzione, v. MARONGIU G., *L’ufficio come professione*, Roma, 1981, p. 72, e, dello stesso A., *Funzionari e ufficio nell’organizzazione amministrativa dello Stato*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Giuffrè, 1987, vol. I, p. 391 ss.; BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, 1968, p. 416 ss.; PASTORI, *La burocrazia*, Cedam, 1964, p. 138 ss.

dei comportamenti e ha creato una tensione costante fra le singole istituzioni e i tradizionali apparati ministeriali, se non altro incaricati del reclutamento e di profili fondamentali per la vita professionale di milioni di persone. Dall'altro lato, la timidezza dimostrata dal decreto n. 165 del 2001 e dal suo art. 71 nel superare la pregressa disciplina pubblicistica⁶⁷ ha avuto qui una delle sue manifestazioni più chiare, con la conservazione estesa, verrebbe da dire quasi completa, del decreto n. 297 del 1994⁶⁸, ispirato alla disciplina anteriore al decreto n. 29 del 1993, poiché aveva la sua matrice nel diritto amministrativo, in dichiarata distonia da quella logica civilistica da ambientare nel lavoro pubblico, almeno secondo la visione degli anni '90⁶⁹.

Il risultato è stato un intrecciarsi di contraddizioni. A differenza di altre amministrazioni di limitate dimensioni e non sempre con adeguate risorse economiche, come i piccoli comuni, se mai impegnati nel coordinamento degli sforzi e nell'accorpamento, le scuole sono rimaste una sorta di monadi disperse sull'intero territorio, con il compito di inserire in una visione educativa moderna il contributo degli insegnanti, ma senza il governo del loro rapporto, senza la distribuzione completa della capacità di spesa e con l'incombere delle tradizionali strutture piramidali ministeriali. La coabitazione fra i dirigenti e gli apparati statali di livello provinciale e regionale è stata pessima, soprattutto perché né gli uni, né gli altri hanno dimostrato adeguato dominio della "privatizzazione", con il crescere inarrestabile dell'insoddisfazione e degli atti illegittimi e con una capillare mediazione giudiziale.

Ciò è accaduto nonostante il ricorso al diritto comune sia stato parziale, perché, sulla base dell'art. 71 del decreto n. 165 del 2001, molte disposizioni anteriori alla "privatizzazione" non solo sono sopravvissute, ma continuano a essere applicate, costituendo uno dei parametri fondamentali per la solu-

⁶⁷ V. Cons. St., sez. IV, 23 settembre 2004 n. 6191, in *Rep. GI*, 2004.

⁶⁸ Ispirato da un'attenta revisione della disciplina pubblicistica tradizionale, il decreto legislativo n. 297 del 1994 è stato caratterizzato da un singolare destino, poiché è stato il frutto di una attenta costruzione sistematica, ma è giunto a compimento dopo l'avvento della cosiddetta "privatizzazione", quando, se mai, si sarebbe posto il problema della revisione e del superamento della disciplina pubblicistica, non del suo riordino.

⁶⁹ V. BELLAVISTA, *Fonti del rapporto. La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in CARINCI F., ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2004, vol. I, p. 83 ss.; in senso favorevole alla cosiddetta "negoziabilità", in specie in esito a una procedura di partecipazione, v. TREU, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: ambiti e struttura*, in *DLRI*, 1994, p. II ss.; VISCOMI, ZOPPOLI L., *La partecipazione alla organizzazione ed alla gestione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI F. (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze*, cit., p. 355 ss.

zione dei conflitti giudiziari. Nel 1993 si era immaginato un passaggio molto più drastico al diritto civile⁷⁰ e, se si consente un ricordo autobiografico, resta nella memoria del mio *computer* una sorta di monito al fallimento del decreto n. 29 del 1993, costituito da una bozza di un possibile testo unico del pubblico impiego, proprio sugli insegnanti, per quanto mi riguardava, bozza mai accettata dal Governo dell'epoca, perché basata sulla temeraria idea, condivisa con uno dei Direttori di questa *Rivista*, per cui le disposizioni di passaggio dal sistema amministrativo a quello privatistico dovessero essere applicate nella loro oggettività e nelle loro potenzialità demolitorie. Non è stato così, per la rassegnazione della maggioranza parlamentare della fine del secolo scorso verso qualunque richiesta sindacale, con la conseguente, colpevole, adesione alla conservazione di ogni frammento normativo⁷¹.

Era indifendibile l'idea per cui la salvaguardia del contesto prescrittivo preesistente in ogni suo rivolo significasse protezione sostanziale dei diritti⁷². Nell'impossibile sintesi fra il decreto n. 297 del 1994 e quello n. 165 del 2001, questa accettazione, insieme, di privato e di pubblico, del regime anteriore al 1993 e di quello successivo, del diritto comune e di quello amministrativo ha portato solo un groviglio interpretativo⁷³, che né i dirigenti scolastici, né gli apparati ministeriali sono stati in grado di dipanare. Né alcuno si è candidato a tagliare questo nodo di Gordio, che, al contrario, infinite sentenze hanno dovuto sciogliere con pazienza⁷⁴, tanto grande quanto è stato il dispendio delle risorse pubbliche, impegnate in misura drammatica nel portare sulla scena processuale le controversie determinate dal carattere disarticolato della regolazione, dalla coesistenza di principi opposti e dalla comprensibile ansia dei docenti di ottenere comportamenti razionali del datore di lavoro.

In questa limitata autonomia, con una frammentazione nell'esercizio dei poteri, in parte affidati ai dirigenti, in parte agli apparati più tradizionali, seppure rinnovati nei nomi, ma non nelle prassi, vi è stato poco di privato e

⁷⁰ Sul difficile dialogo fra il legislatore e la Corte costituzionale, in qualche modo simbolo della crisi continua nella quale si è dibattuta la "privatizzazione", v. CARINCI E, *Giurisprudenza costituzionale e cosiddetta privatizzazione*, cit., p. 510 ss.

⁷¹ Per una sintesi sull'evoluzione normativa, v. RICCIARDI, *Il rapporto tra fonti unilaterali e contratto collettivo*, in CARINCI E, ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 156 ss.

⁷² Sull'impatto dell'art. 71 del decreto n. 165 del 2001, v. Cass. 7 novembre 2016 n. 22558, in *Rep. GI*, 2016.

⁷³ V. NAVILLI, *op. cit.*, p. 620 ss.

⁷⁴ V. Cass. 6 aprile 2017 n. 8945, in *Rep. GI*, 2017.

ha prevalso la conservazione sull'adozione di modelli più semplici e lineari, per esempio a proposito del reclutamento, senza un serio tentativo di contenere i rapporti a tempo determinato e, soprattutto, di impostare concorsi programmati, dall'espletamento sereno e con cadenze predefinite. Poi, le singole istituzioni hanno fronteggiato motivi costanti di cambiamento, a cominciare da ripetuti accorpamenti, senza una effettiva titolarità del rapporto di lavoro e condividendo le corrispondenti prerogative con le strutture ministeriali provinciali e regionali, per esempio in tema di procedimenti disciplinari⁷⁵. Questa suddivisione delle attribuzioni ha creato un certo disordine.

Si consideri un precedente non troppo noto, per cui, "in tema di progettazione curriculare, extracurriculare, educativa e organizzativa, il piano di offerta formativa è il frutto di un complesso *iter* procedimentale che, pure prevedendo, la partecipazione di tutte le componenti (...), riserva un ruolo particolare al consiglio di istituto, cui spettano sia l'iniziale scelta degli indirizzi generali e dei criteri di gestione e di amministrazione, sia l'approvazione definitiva. Una volta in cui l'atto sia stato elaborato e predisposto dal collegio dei docenti, la mancata formazione di una maggioranza in seno a questo ultimo non può determinare l'arresto del procedimento, soprattutto ove il dissenso riguardi non il piano nel suo complesso, ma un singolo aspetto (...), fermo il fatto che al consiglio rimane la scelta fra le due opzioni a confronto"⁷⁶. La complessità è estrema, come si ricava da questa decisione, peraltro ragionevole, nella sua articolata riflessione. La centralità della singola struttura autonoma nel determinare obiettivi educativi, modalità di espletamento e finalità formative⁷⁷ contrasta con il deferimento al suo esterno dell'esercizio di larga parte dei poteri del datore di lavoro⁷⁸, oltre tutto con-

⁷⁵ V. App. Milano 16 maggio 2017, in *Rep. GI*, 2017.

⁷⁶ V. Cass. 8 maggio 2017 n. 11154, in *Rep. GI*, 2011.

⁷⁷ V. Cass. 10 gennaio 2003 n. 173, in *Rep. GI*, 2003.

⁷⁸ Per un caso di esercizio dei poteri del datore di lavoro da parte del dirigente della singola istituzione, si consideri la sentenza per cui "l'atto di dispensa dal servizio dell'insegnante, per esito sfavorevole della prova, emanato dal dirigente della scuola non deve essere integrato dall'intervento consultivo del comitato scolastico, correlato all'originaria competenza dell'amministrazione statale periferica, in quanto l'abrogazione implicita della disciplina dell'art. 439 del decreto legislativo n. 297 del 1994 ha comportato il venire meno delle regole procedurali di cui alla detta norma, e tale parere risulterebbe ingiustificato nel momento in cui alle istituzioni scolastiche è stata attribuita autonomia funzionale, della quale è espressione il potere del dirigente di gestione delle risorse e del personale" (v. Cass. 25 gennaio 2017 n. 1915, in *Rep. GI*, 2017).

formati secondo le logiche di matrice amministrativa anteriori al 1993⁷⁹. Non vi è realistica autonomia senza il potere di assumere, di selezionare i docenti e di governare i relativi procedimenti, appunto sulla base di valutazioni espressione di una propria strategia. A tale fine, non difettano solo le risorse, ma la stessa accettazione del completo trasferimento delle funzioni⁸⁰.

5. *Il diritto del lavoro scolastico e la scarsa coerenza con il diritto comune*

La “privatizzazione” avrebbe dovuto rimandare al diritto comune, ma così non è stato, poiché, ormai, si identifica in tema di impiego pubblico un sistema differente rispetto a quello tipico del vero diritto del lavoro. Il nostro Paese presenta almeno due contesti prescrittivi denominati di diritto del lavoro privato, quello che potremmo chiamare “privato privato”, e che riguarda le imprese e i soggetti radicati nell’ordinamento civile, e quello “privato pubblico”, riferibile alle istituzioni. Da un lato, nella nostra civiltà dell’immagine, nessuna maggioranza parlamentare può mettere in discussione la “privatizzazione”. Dall’altro lato, essa è apparante, poiché, ormai, in dichiarato contrasto con il tenore letterale dell’art. 2 del decreto n. 165 del 2001, non si riferiscono alle amministrazioni le più importanti disposizioni introdotte a proposito del vero lavoro privato. Di tale canone la legge n. 92 del 2012 è una semplice attuazione e lo stesso vale per il decreto legislativo n. 23 del 2015.

Ci si potrebbe chiedere che vantaggio ci sia stato a creare due contrapposti diritti del lavoro, se la domanda non fosse sciocca. Non esiste alcuna

⁷⁹ V. Cass. 12 dicembre 2007 n. 26084, in *Rep. GI*, 2007.

⁸⁰ Non a caso, “sono escluse dalle attribuzioni delle istituzioni scolastiche le funzioni il cui esercizio è legato a un ambito territoriale più ampio di quello di competenza della singola istituzione ovvero richiede garanzie particolari a tutela della libertà di insegnamento, tra le quali figura, tra l’altro, il reclutamento del personale docente, amministrativo tecnico e ausiliario. Il dirigente scolastico ha pertanto poteri di gestione del personale, ma il rapporto di impiego fa capo allo Stato. In sostanza, la situazione attuale non è dissimile, rispetto a quella esistente per alcune istituzioni scolastiche già dotate prima della riforma sulla autonomia scolastica di personalità giuridica e autonomia amministrativa ovvero gli istituti di istruzione tecnica e professionale, di istruzione artistica nonché i convitti nazionali e gli educandi femminili. Con riferimento a detti enti, il personale docente si trova in rapporto organico con l’amministrazione della pubblica istruzione e non con i singoli istituti” (v. Trib. Napoli 3 febbraio 2006, in *Rep. GI*, 2006).

utilità. Lo testimoniano chi non si arrende di fronte al tenore letterale dell'art. 1, comma settimo, della legge n. 92 del 2012 e guarda con motivata preoccupazione a una "improbabile coesistenza di due testi normativi 'paralleli'"⁸¹ e chi reputa applicabile all'impiego pubblico la regolazione processuale della stessa legge n. 92 del 2012⁸². Coesistono modelli opposti da quasi dieci anni, visto il decreto n. 276 del 2003, per tacere di quello n. 167 del 2011 e le opposte discipline sul nesso fra i diversi livelli di negoziato collettivo, sulle conseguenze del licenziamento dei dirigenti, sulle implicazioni della nullità del termine, e così via. Del resto, se non coincide neppure il regime delle fasce di reperibilità in caso di assenza per malattia, si può mai parlare di "un" diritto del lavoro?

A ragione, si lamenta, "l'armonizzazione evocata dal decreto legislativo n. 276 del 2003 non è mai stata realizzata e nulla ancora è stato fatto per l'adeguamento all'ambito pubblico delle nuove regole in materia di apprendistato. Non appare quindi del tutto infondato il timore che la medesima sorte possa spettare alla riforma Fornero, e in particolare alle norme sui licenziamenti"⁸³. L'osservazione è ineccepibile, ma deve essere rovesciata. Proprio perché, come accaduto per il decreto n. 276 del 2003, non si ha nessuna sintesi fra i due diritti privati del lavoro, essi devono essere ricostruiti non in nome dell'armonizzazione, ma del loro inarrestabile allontanamento, della separazione completa fra sistemi incompatibili⁸⁴. Occorre riflettere su logiche differenti, per finalità, prospettive, strumenti. I diritti del lavoro appartengono al medesimo alveo⁸⁵, ma, in allontanamento reciproco⁸⁶, non giungono a una sintesi, tanto che occorre sottolineare le differenze⁸⁷. Si deve valorizzare la distinzione irreversibile fra il diritto del lavoro "privato privato" e quello "privato pubblico", fra loro incompatibili⁸⁸. Né le ultime innovazioni ap-

⁸¹ V. TAMPIERI, *La legge n. 92 del 2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012, p. 28 ss.

⁸² V. Trib. Perugia 9 novembre 2012, ord., in *LPA*, 2012, p. 1117 ss.; Trib. Bari 14 gennaio 2013, ord., in *RIDL*, 2013, II, p. 410 ss.

⁸³ V. PASQUALETTO, *op. cit.*, p. 49 ss.

⁸⁴ V. ROMEO, *La legge "Fornero" e il rapporto di impiego pubblico*, in *LPA*, 2012, p. 722 ss.

⁸⁵ V. GARILLI, *Dove va il pubblico impiego*, in *JS*, 2010, p. 449 ss.

⁸⁶ V. LUCIANI V., *Il licenziamento del dipendente pubblico tra ambiguità normative e inerzie applicative*, in *MGL*, 2012, p. 767 ss.

⁸⁷ Per una posizione altrettanto sconsolata e, forse, più problematica, v. ZOPPOLI L., *Ben-tornata realtà*, cit., p. 5 ss.

⁸⁸ Sull'oggettiva complessità della legge n. 92 del 2012 nel suo riferirsi al lavoro pubblico,

portate al decreto n. 165 del 2001 negli ultimi anni hanno alterato il quadro, se mai confermato, proprio all'insegna della separazione fra due modelli regolativi, quello del lavoro nell'impresa e quello proprio delle pubbliche amministrazioni⁸⁹.

Poco importa che questa divaricazione sia irrazionale, poiché, di fronte alla sovranità della legge, l'ermeneutica si deve arrestare. Per esempio, oggi, vi sono due artt. 18 St. lav.⁹⁰. Come si è obiettato, è singolare la coesistenza di due diverse formule dell'art. 18 St. lav., quasi a volere rilevare la violazione del principio di non contraddizione e l'irrazionalità di un regime differente delle conseguenze sanzionatorie dei licenziamenti illegittimi⁹¹. L'osservazione è convincente, ma ... una larga parte delle disposizioni del diritto del lavoro "privato privato" non si applica a quello "privato pubblico", a cominciare dal decreto n. 23 del 2015 sul negozio a tutele crescenti.

L'art. 7, comma ottavo, del decreto n. 167 del 2011 a proposito dell'apprendistato fa sorgere dubbi persino maggiori, poiché non può invocare la tradizione del vecchio art. 18 St. lav. Comunque, non vi è nessuna ragione in grado di giustificare un trattamento differente per i lavoratori delle imprese e quelli delle istituzioni, né i secondi vantano una sorta di ancestrale diritto alla massima stabilità dei loro rapporti⁹². A prescindere dal fatto che, in questa prospettiva, la "privatizzazione" nega i valori che ne avevano ispirato l'introduzione nel 1993, non si comprende perché i rari recessi intimati ai dipendenti pubblici dovrebbero invocare un regime derogatorio dell'art. 18 St. lav. rispetto a quello applicato alla maggioranza dei prestatori di opere, a dire il vero come era accaduto a proposito del decreto n. 276 del 2003 e in molte altre contingenze.

Non a caso, la discrasia fra il diritto del lavoro "privato privato" e quello "privato pubblico" ha suggerito da tempo una critica stringente sul concetto

v. CAVALLARO, *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.: "difficile convivenza" o coesistenza pacifica?*, in *LPA*, 2012, p. 1024 ss.

⁸⁹ V. ZILLI, *Il lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni dopo il jobs Act*, in *LPA*, 2015, p. 457 ss.; BOSCATI, *La politica del lavoro del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua*, in *LPA*, 2014, p. 210 ss.

⁹⁰ Per una ricostruzione del primo dibattito della giurisprudenza, v. FERRARESI, *L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in *DRI*, 2013, p. 351 ss.

⁹¹ V. TAMPIERI, *op. cit.*, p. 28 ss.

⁹² V. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo art. 18 e il lavoro pubblico*, in *LPA*, 2012, p.

di abrogazione e sulla successione di leggi nel tempo, poiché la costruzione di due modelli contrapposti impone una costante rilettura ... modificatrice delle espressioni testuali, in specie dove si parla di abrogazione. A ragione, con una sintesi non solo delle idee del decreto n. 276 del 2003, della legge n. 92 del 2012, ma anche dell'art. 71 del decreto n. 165 del 2001, si è detto che traggono in inganno solo i lettori più distratti le formule "a interpretazione", "a integrazione", "in aggiunta", "in sostituzione", con la "abrogazione", contenute nei provvedimenti citati. Infatti, tali locuzioni "suonano di portata generale, cioè tali da dare l'impressione che le norme interessate siano sopravvissute solo così come riviste, o addirittura siano defunte"⁹³.

Si è commentato, "suonano, ma non sono così", perché "la terminologia di cui sopra testimonia una sequenza cronologica vista in termini di esistenza, secondo una alternativa fra 'c'è' e 'non c'è'; ma risulta datata rispetto a una sequenza cronologica vissuta in termini di coesistenza, secondo una copresenza di 'c'è' e 'c'è'. Questo comporta la valorizzazione di una terminologia nuova, centrata sull'applicabilità di una norma, che, a prescindere dall'imprecisione e approssimazione della lettera (...), se modificata, non è novellata, e se cancellata, non è abrogata, ma diversificata nella sua sfera di applicazione"⁹⁴. L'Autore di queste brillanti frasi mi attribuisce il merito di essere stato il primo (forse) a introdurre una simile riflessione, a proposito dell'art. 72 del decreto n. 29 del 1993⁹⁵. Però, il problema è ormai diventato generale. In tema di lavoro "privato pubblico", l'abrogazione operata da disposizioni del diritto del lavoro "privato privato" deve essere guardata con sospetto, e non si verifica quasi mai.

Vi sono solo adattamenti, anche cospicui, sull'area di efficacia di precetti trasformati nel loro significato culturale e nel loro impatto, perché inseriti in due sistemi in progressivo allontanamento. L'idea della "abrogazione" o quella della "modificazione" del testo devono essere viste non in assoluto, ma con riguardo alle norme collocate in orizzonti contrapposti, poiché tali devono essere ritenuti quelli del diritto del lavoro nell'impresa e nelle istituzioni. A fronte della stessa formula, si devono immaginare norme che, se anche coincidessero, dovrebbero essere riportate a ordini regolativi differenti,

⁹³ V. CARINCI F., *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *LPA*, 2012, p. 247 ss.

⁹⁴ V. CARINCI F., *Art. 18 St. lav.*, cit., p. 251 ss.

⁹⁵ V. GRAGNOLI, *Il nuovo contratto collettivo nazionale di lavoro sanità: è valido l'art. 43, secondo e terzo comma, relativo al recupero in via transitoria alla disciplina pattizia delle norme legali, regolamentari e contrattuali prevalenti?*, in *LPA*, 1999, p. 445 ss.

con criteri ispiratori sempre più disomogenei. Il disorientamento è già apparso evidente, per alcuni singolari e non condivisibili atti del Dipartimento della funzione pubblica⁹⁶, i quali hanno lasciato intendere che dovessero essere rispettati in tema di lavoro pubblico i precetti sul contratto a tempo determinato, mentre così non poteva essere. Il problema si accentua per la nascita di aree prescrittive separate per i singoli comparti, prima di tutto per la scuola, dove la tiepida o quasi assente eliminazione delle disposizioni pubblicistiche, richiamate nel decreto n. 297 del 1994, è stata la premessa di una disciplina propria, con una accentuazione negli ultimi anni. Vi è da chiedersi per quali ragioni il decreto n. 297 del 1994 resti il motore dell'intera regolazione e in quale modo sopravviva sia alla "privatizzazione", sia all'autonomia delle istituzioni scolastiche, sia al proliferare delle controversie sulle procedure di selezione e sui rapporti a tempo determinato.

6. *La possibilità di configurare un diritto del lavoro scolastico e la coesistenza fra elementi di matrice privatistica e di tradizione pubblicistica*

Nel diritto del lavoro pubblico, quello scolastico ha suoi tratti compiuti, anche a tacere degli ultimi provvedimenti normativi, volti a contenere consolidate forme di precariato, con interi istituti distonici dal modello complessivo del decreto n. 165 del 2001⁹⁷. Per un verso, questo riferimento alla logica pubblicistica anteriore alla "privatizzazione" comporta principi di favore, poiché, per esempio, "l'obbligo per i dipendenti pubblici di adempiere alle formalità prescritte per il controllo dell'orario, mediante orologi marca-tempo o altri sistemi di registrazione, deve discendere da specifica fonte normativa o contrattuale, così che, nel settore scolastico, ciò riguarda solo il personale amministrativo e tecnico"⁹⁸.

Ritorna lo stesso percorso (la conservazione delle previsioni anteriori al decreto n. 29 del 1993 e, se mai, il loro inserimento in una regolazione di settore, derogatoria rispetto a quella del decreto n. 165 del 2001) per esempio a proposito dell'insegnamento all'estero, poiché "l'art. 2, comma secondo, del decreto n. 165 del 2001, legittima la contrattazione collettiva a derogare a pre-

⁹⁶ V. PASQUALETTO, *op. cit.*, p. 49 ss.

⁹⁷ V. Trib. Torino 23 dicembre 2014, in *Rep. GI*, 2014.

⁹⁸ V. Cass. 14 ottobre 2016 n. 20812, in *Rep. GI*, 2016.

vigenti disposizioni di legge, salve inderogabilità espresse, così che gli artt. 116 e 117 del contratto del comparto della scuola del 29 novembre 2007, fissando la durata dei periodi di permanenza nelle scuole italiane all'estero e le cause di cessazione, disciplinano la materia derogando al decreto n. 297 del 1994⁹⁹, peraltro rimasto in vigore proprio per l'inesistenza di una compiuta eliminazione delle disposizioni precedenti al 1993 ed espressione del vecchio contesto.

Ancora più significativa è la compatibilità fra l'insegnamento e la libera professione, secondo criteri distonici da quelli generali del decreto n. 165 del 2001 e, se mai, con un avvicinamento al privilegio dei professori universitari, peraltro sottratti alla "privatizzazione", tanto che lo stesso trattamento di favore è stato attribuito agli insegnanti elementari, per evitare ai loro danni una pretesa discriminazione, nell'esclusione dall'applicazione del principio più estensivo¹⁰⁰. Anzi, il novero delle professioni consentite è assai esteso, al punto da comprendere l'amministrazione dei condomini¹⁰¹ e, soprattutto, la funzione di medico in regime di convenzionamento con il Servizio sanitario nazionale¹⁰². L'origine di questi principi è facile da identificare e si collega alla descritta e antica condizione di prestigio dei docenti, a partire dall'unità italiana, con tracce significative rimaste nel decreto n. 297 del 1994 e con la loro sopravvivenza, nonostante l'incoerenza con il decreto n. 165 del 2001.

Non a caso, si è detto, in modo fondato rispetto al quadro vigente, "ai sensi dell'art. 308, comma quindicesimo, del decreto n. 297 del 1994 è consentito al docente l'esercizio di libere professioni che non siano di pregiudizio all'assolvimento di tutte le attività inerenti la sua funzione e siano compatibili con l'orario di servizio, previa autorizzazione da parte del preside o del direttore didattico"¹⁰³, e "la compatibilità deve essere accertata sulla base del contenuto effettivo dell'attività extraistituzionale"¹⁰⁴. Tali pronunce sottoli-

⁹⁹ V. Cass. 17 maggio 2016 n. 10064, in *Rep. GI*, 2016.

¹⁰⁰ Si consideri che, "in tema di professioni legali, nel prevedere in via generale l'incompatibilità tra la professione di avvocato e la sussistenza di un rapporto di pubblici impiego, la legge contempla una eccezione per i professori e gli assistenti delle università e degli altri istituti superiori e i professori degli istituti secondari", ma "l'incompatibilità deve ritenersi esclusa anche per i docenti delle scuole elementari, che godono della medesima libertà di insegnamento stabilita per gli altri docenti. Per tale ragione la loro esclusione dall'eccezione si sarebbe risolta in una discriminazione contrastante con il principio costituzionale di uguaglianza" (v. Cass., sez. un., 28 ottobre 2015 n. 21949, in *Rep. GI*, 2015).

¹⁰¹ V. C. Conti, sez. II app., 2 agosto 2010 n. 299, in *Rep. GI*, 2010.

¹⁰² V. Cons. St., sez. VI, 27 maggio 2003 n. 2943, in *Rep. GI*, 2003.

¹⁰³ Cfr. Tar Sardegna 11 marzo 1997 n. 341, in *Rep. GI*, 1997.

¹⁰⁴ V. Tar Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 12 dicembre 2005 n. 987, in *Rep. GI*, 2005.

neano la prevalente incidenza del decreto n. 297 del 1994 su una questione molto delicata e di sicura rilevanza economica, così mettendo in luce, da un lato, i complessivi tratti derogatori della disciplina e, dall'altro, il percorso mediante il quale opera, vale a dire la conservazione delle norme di matrice pubblicistica, in misura molto maggiore di quanto accade per altre categorie, se non altro per la presenza del decreto n. 297 del 1994.

In primo luogo, è facile comprendere perché siano state disilluse le varie anticipazioni sulla completa trasformazione del decreto n. 297 del 1994, in quanto la sua sostituzione postula, per un verso, un intenso impegno e, per altro verso, la rinuncia alle vecchie logiche pubblicistiche, mantenute sino a ora, ma non più riproponibili, per lo meno nel medesimo modo. Espressione di un passato capace di resistere al venire meno del contesto per il quale era stato pensato e, in primo luogo, alla diversa configurazione delle istituzioni e dei dirigenti, il decreto n. 297 del 1994 è stato finora una sorta di “montagna troppo alta da scalare”, se si consente la citazione “leggera”, peraltro desunta da una canzone dedicata proprio a una scuola. La mediazione fra gli interessi dei docenti e l'idea tradizionale dell'attività didattica offerta dal decreto n. 297 del 1994 ha creato una sintesi forse priva di solide basi teoriche, ma assai resistente.

In secondo luogo, nonostante il mutamento della giurisdizione, per esempio a proposito delle controversie sull'applicazione delle graduatorie¹⁰⁵, il decreto n. 297 del 1994 rimane centrale, perché espressione di principi sedimentati e calibrati sulla tradizione. A maggiore ragione, il rapporto di lavoro dei docenti è stato retto da regole settoriali, applicate dai giudici con un certo ossequio per le consuete dinamiche¹⁰⁶. Le trasformazioni, per esempio quelle assai significative dovute alla legge n. 124 del 1999, in tema di graduatorie¹⁰⁷, si sono inserite nell'impianto del decreto n. 297 del 1994, il quale resta la fonte di massimo rilievo¹⁰⁸, molto più del decreto n. 165 del 2001 e tanto da opporsi all'iniziativa del legislatore e da rimanere inalterata al dispiegarsi della giurisdizione del giudice ordinario¹⁰⁹.

¹⁰⁵ V. Cons. St., sez. VI, 29 novembre 2012 n. 6063, in *Rep. GI*, 2012.

¹⁰⁶ In tema di mancato superamento della prova, per l'applicazione del decreto legislativo n. 297 del 1994, v. Cass. 27 giugno 2013 n. 16224, in *Rep. GI*, 2013.

¹⁰⁷ V. Trib. L'Aquila 27 giugno 2012, in *Rep. GI*, 2012.

¹⁰⁸ In tema di età massima per lo svolgimento dell'attività, v. Cass. 8 giugno 2012 n. 9345, in *Rep. GI*, 2012.

¹⁰⁹ Ciò è riconosciuto da varie decisioni; per esempio, v. Cons. St., sez. VI, 21 giugno 2012 n. 3639, in *Rep. GI*, 2012.

Se il decreto n. 297 del 1994 codifica una sorta di ultrasecolare esperienza sulla condizione professionale degli insegnanti, si comprende come, pensato nel momento del dominio del sistema pubblicistico, sia sopravvissuto alla sua alterazione e sia stato applicato sia dai giudici amministrativi¹¹⁰, sia da quelli ordinari¹¹¹, con molte meno differenze operative di quanto accaduto per altre categorie, non solo per la ragionevolezza delle disposizioni. In questo confronto fra il decreto n. 165 del 2001 e quello n. 297 del 1994, con il prevalere del secondo, lo spazio del negoziato collettivo era destinato a essere assai limitato. Sul versante economico, ciò è stato incoraggiato dall'andamento della finanza pubblica e dalla scarsa capacità degli insegnanti di suscitare interesse nell'opinione collettiva, nonostante il loro accreditamento culturale, con limitato riscontro patrimoniale, come aveva compreso ... Alberto Sordi, anche prima che si parlasse della "giungla retributiva". Sul piano del rapporto e del trattamento di non diretta rilevanza patrimoniale, i contratti sindacali hanno avuto scarsa capacità innovativa, stretti dall'osservanza del decreto n. 297 del 1994 e dall'adesione all'idea consueta della posizione del docente nella scuola. Lo dimostra l'unico accordo del 19 aprile 2018, alquanto conservativo nella sua impostazione e senza sostanziali novità.

Lo conferma la penuria di precedenti, se si eccettua qualche decisione su forme di remunerazione accessoria¹¹² o su sporadici conflitti sorti durante il negoziato decentrato¹¹³, a dire il vero in situazioni di ridotta gravità¹¹⁴, più che altro dovute all'inesperienza dei dirigenti¹¹⁵ e a discussioni di non enorme significato economico e organizzativo¹¹⁶. Al contrario, il confronto capillare di questi anni in sede giudiziale ha riguardato temi dominati dalla legge e, se mai, inerenti alla sua legittimità e alla sua coerenza con il diritto comunitario, in particolare a proposito di graduatorie, rapporti a tempo determinato e trasferimenti. Se si vuole comprendere quale sia il terreno delle infinite controversie, si devono considerare tali aspetti, sui quali, fra l'altro, la riflessione

¹¹⁰ V. Cons. St., ad. plen., 12 luglio 2011 n. 11, in *Rep. GI*, 2011, sul riparto di giurisdizione in tema di graduatorie.

¹¹¹ V. App. Perugia 8 marzo 2011, in *ADL*, 2011, p. 1037.

¹¹² V. Cass. 15 luglio 2011 n. 15618, in *Rep. GI*, 2011.

¹¹³ V. Trib. Catanzaro 22 marzo 2011, in *Rep. GI*, 2011.

¹¹⁴ V. Trib. Bologna 21 marzo 2011, in *Rep. GI*, 2011.

¹¹⁵ V. Trib. Venezia 12 marzo 2011, in *Rep. GI*, 2011.

¹¹⁶ V. Trib. Treviso 18 febbraio 2011, in *Rep. GI*, 2011.

è giunta a soluzioni non banali, per cercare di riordinare il dialogo fra le fonti. Al tempo stesso, tale evoluzione ha visto le singole istituzioni e i loro dirigenti quali semplici spettatori delle determinazioni degli apparati ministeriali e delle reazioni degli insegnanti in sede processuale. In fondo, anche questo sviluppo è da ricondurre all'impianto originario del decreto n. 297 del 1994, rimasto al centro delle decisioni, nonostante i tanti interventi legislativi.

7. *Il sistema delle graduatorie*

L'accentramento dei criteri di selezione dei docenti rende l'autonomia scolastica illusoria o, se si preferisce, assai parziale, soprattutto in ordine al governo del rapporto e alle sue premesse, vale a dire l'identificazione della persona da assumere. Per altro verso, la tradizionale e forse inspiegabile difficoltà del Ministero nel seguire i procedimenti relativi sposta il baricentro della discussione verso il conflitto giudiziale, con la precisazione, molto meno scontata di quanto potrebbe sembrare, per cui "le due categorie concernenti i docenti provenienti dalle graduatorie di merito di concorso e quelli provenienti dalle graduatorie permanenti sono disciplinate in modo differente dalla legge sotto più profili, così che appare arbitrario estendere a entrambe una disposizione dettata per una sola"¹¹⁷.

A proposito del riparto della giurisdizione, si soggiunge, "i provvedimenti concernenti le graduatorie, finalizzati all'assunzione, non assumono veste e qualificazione di atti di diritto pubblico, espressione di esercizio di poteri autoritativi, ma sono compresi tra le determinazioni assunte con le capacità e i poteri del datore di lavoro privato, di fronte ai quali sono configurabili solo diritti, in quanto la pretesa ha per oggetto la conformità a legge degli atti della gestione della graduatoria, utile per l'eventuale assunzione. Le relative controversie sono rimesse alla giurisdizione del giudice ordinario"¹¹⁸. Ormai consolidato, il principio corrisponde a evidenti obiettivi pratici, con la distinzione netta fra la sorte delle graduatorie e i concorsi, e con la devoluzione al giudice ordinario del complessivo potere di risolvere i capillari conflitti sulla stipulazione e

¹¹⁷ V.Trib. Milano 23 giugno 2017, in *Rep. GI*, 2017.

¹¹⁸ V.Trib. Pordenone 13 marzo 2017, in *Rep. GI*, 2017.

sulla legittimità dei contratti a tempo determinato¹¹⁹, del resto con il consenso del giudice amministrativo¹²⁰.

Si obietta che, “con riguardo agli atti regolamentari che definiscono le modalità di accesso alle graduatorie, la giurisdizione è del giudice amministrativo, poiché sono atti di macrorganizzazione”¹²¹, con una tesi discutibile¹²², poiché l’organizzazione è la definizione dell’assetto degli uffici e ha poco a che vedere con la predeterminazione dei parametri di valutazione comparativa dei diversi aspiranti all’assunzione, in particolare a tempo determinato. Se le graduatorie “presuppongono determinazioni assunte con i poteri del datore di lavoro privato, di fronte alle quali sono configurabili diritti”¹²³, proprio per il carattere vincolato dell’atto¹²⁴, lo stesso si deve dire qualora si discuta della legittimità e dell’interpretazione delle indicazioni ministeriali generali¹²⁵, salvo fare dipendere la giurisdizione dalla complessità del tema.

La preferenza per il giudice ordinario¹²⁶ non si collega al carattere privatistico degli istituti¹²⁷, se si considera come restino in larga parte (e nei tratti fondamentali) quelli del decreto n. 297 del 1994¹²⁸. Se mai, le graduatorie sono state viste in contrapposizione al concorso, per la mancanza di una valutazione rimessa alla discrezionalità tecnica sulla comparazione dei meriti

¹¹⁹ Infatti, “in tema di graduatorie permanenti del personale della scuola, con riferimento alle controversie promosse per l’accertamento del diritto al collocamento in graduatoria, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, poiché vengono in questione determinazioni assunte dalla pubblica amministrazione con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato, di fronte alle quali sono configurabili diritti soggettivi, in quanto la pretesa ha per oggetto la conformità a legge degli atti di gestione della graduatoria utile per l’eventuale assunzione; non si può configurare l’inerenza a procedure concorsuali, in quanto trattasi, piuttosto, dell’inserimento di coloro che sono in possesso di determinati requisiti in una graduatoria preordinata al conferimento di posti che si rendano disponibili” (v. Trib. Firenze 9 marzo 2017, in *Rep. GI*, 2017).

¹²⁰ V. Tar. Lazio, Roma, sez. II *bis*, 10 gennaio 2017 n. 395, in *Rep. G.*, 2017.

¹²¹ V. Trib. Velletri 14 febbraio 2018, in *VTDL*, *sito*, 2018.

¹²² Nello stesso senso, cfr. Cons. St., sez. VI, 7 marzo 2016 n. 909, in *VTDL*, *sito*, 2016; Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2016 n. 356, in *VTDL*, *sito*, 2016.

¹²³ V. Trib. Milano 7 giugno 2016, in *Rep. GI*, 2016.

¹²⁴ In questo senso, v. Trib. Pescara 27 gennaio 2016, in *Rep. GI*, 2016.

¹²⁵ In senso opposto, v. Tar. Lazio, Roma, sez. III, 29 settembre 2015 n. 11445, in *Rep. GI*, 2015.

¹²⁶ V. Cass. 2 aprile 2015 n. 6752, in *Rep. GI*, 2015.

¹²⁷ Invece, in questo senso, v. Cass., sez. un., 29 settembre 2014 n. 20453, in *Rep. GI*, 2014.

¹²⁸ Sull’origine del sistema delle graduatorie, v. Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2015 n. 5710, in *Rep. GI*, 2015.

individuali¹²⁹. Si può dibattere sul fatto che l'inserimento nelle stesse graduatorie sia un atto "di gestione del rapporto, espressione del potere di organizzazione dell'amministrazione quale datrice di lavoro, al pari del potere direttivo, così che la posizione è di diritto"¹³⁰.

L'identificazione della controparte in un negozio a tempo determinato esula sia dal rapporto, sia dal possibile oggetto del potere direttivo, proprio perché si colloca prima della stipulazione, a maggiore ragione se l'assetto procedurale è espressione della tradizione pubblicistica. Se mai, la conclusione ultima sulla giurisdizione può essere sorretta dal paragone con i concorsi, differenti sia sul piano funzionale, sia su quello strutturale¹³¹. Fermo il carattere settoriale della disciplina dell'assunzione nelle scuole¹³², è difficile invocare l'art. 63, primo comma, del decreto n. 165 del 2001 per procedimenti compiuti in ambito ministeriale, anteriori alla conclusione dell'accordo individuale, espressione di una originaria visione amministrativa, rivisti dopo il decreto n. 297 del 1994, ma in nulla riconducibili ai poteri del datore di lavoro privato, se non altro perché esercitati prima della stipulazione del negozio e a essa preparatori.

Senza che possano essere invocate le indicazioni del decreto n. 165 del 2001, a torto menzionate, per una sorta di assonanza esteriore, divenuta in breve abituale nelle sentenze, a configurare la giurisdizione del giudice ordinario si sarebbe dovuti giungere in nome del principio generale sul riparto in relazione al *petitum* sostanziale, poiché non vi sono posizioni di interesse legittimo, viste l'assenza di discrezionalità e la necessaria realizzazione dei canoni precostituiti in ogni loro dettaglio. Sebbene la preparazione delle graduatorie e l'adozione degli atti non rientrino nelle materie considerate dall'art. 63, primo comma, del decreto n. 165 del 2001, poiché non si discute di controversie sui rapporti, non si cade neppure nella fattispecie dell'art. 63, quarto comma, poiché non sono concorsi. La compilazione ha diversa natura e, se mai, implica diritti a fronte di atti vincolati in ogni loro aspetto e nei quali non si dibatte del merito, ma dell'esatta attribuzione del punteggio per presupposti noti.

¹²⁹ Infatti, si è detto, "le procedure relative alla formazione e all'aggiornamento delle graduatorie del personale docente ed educativo non sono procedure concorsuali, onde non può ritenersi la giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63 del decreto legislativo n. 165 del 2001" (v. Cons. St., sez. VI, 6 maggio 2016 n. 1833, in *Rep. GI*, 2016).

¹³⁰ V. Trib. Mantova 14 aprile 2016, in *Rep. GI*, 2016.

¹³¹ V. Trib. Udine 12 febbraio 2016, in *Rep. GI*, 2016.

¹³² V. Trib. L'Aquila 27 giugno 2012, in *Rep. GI*, 2012.

La tesi opposta è stata sostenuta per un certo periodo¹³³, ma il paragone fra concorsi e preparazione delle graduatorie non regge, se si considera il potere esercitato nei due casi. Se né l'uno, né l'altro rimandano a quello direttivo e a quelli del datore di lavoro privato, sono diversi da ogni punto di vista. La giurisdizione del giudice ordinario non dipende dall'operare dell'art. 63, primo comma, del decreto n. 165 del 2001, ma dal fatto che non vi sono concorsi¹³⁴ e i potenziali insegnanti possono fare valere diritti. Sebbene il relativo percorso argomentativo non sia persuasivo, la conclusione ultima di questi anni è convincente ed è meritorio il riportare tutte le controversie al giudice ordinario, più risoluto nella tutela dei diritti e più abituato ad applicare rimedi di ordine satisfattivo. Se non ci si inganna, il consolidamento di questi canoni dovrebbe contribuire alla trasparenza e all'effettività delle disposizioni sulle graduatorie, oltre a indurre una semplificazione indiretta, per l'estendersi della giurisdizione del giudice ordinario.

Su un altro piano, la convivenza fra istituti espressione della "privatizzazione" e altri di taglio più tradizionale e di vocazione amministrativa non è smentita dalle citate acquisizioni sul riparto di giurisdizione e, anzi, è confermata, come ha messo in luce chi ha sottolineato il tratto derogatorio della disciplina sul reclutamento degli insegnanti, in distonia dal decreto n. 165 del 2001¹³⁵. L'affiorare di una soluzione pretoria complessiva sulla giurisdizione è la premessa per ricavare i principi elaborati sui contratti a tempo determinato, ancora una volta all'insegna della specialità. Il punto di partenza resta il modello del decreto n. 297 del 1994¹³⁶, il quale continua a stabilire quali docenti siano assunti e attraverso quali percorsi complessivi, con una stabilità passata attraverso la "privatizzazione" e il cambiamento della giurisdizione.

¹³³ V. Cons. St., ad plen., 24 maggio 2007 n. 8, in *Rep. GI*, 2008.

¹³⁴ In senso opposto, v. Cons. St., sez. VI, 18 settembre 2006 n. 5416, in *Rep. GI*, 2016, per cui si discuterebbe di "una fase procedimentale di natura selettiva agli effetti della graduazione dei docenti interessati, che precede la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, la cui cognizione, in relazione alla norma sul riparto di giurisdizione, resta assegnata al giudice amministrativo". Se è vero che si tratta di una fase procedimentale di carattere selettivo, la completa mancanza di elementi di discrezionalità e la completa previsione delle modalità di compilazione porta di per sé alla giurisdizione del giudice ordinario.

¹³⁵ V. Trib. L'Aquila 27 giugno 2012, cit.

¹³⁶ V. Trib. Milano 23 giugno 2017, cit.

8. I rapporti a tempo determinato

Nella consapevolezza del dichiarato carattere settoriale dell'intenso dibattito sui rapporti a tempo determinato¹³⁷, si è a ragione sottolineato che il “contenzioso” si è “concluso solo il 19 novembre 2015 quando a seguito dell’approvazione della legge 13 luglio 2015, n. 107, lo Stato italiano – come richiesto dalla Commissione ai fini dell’archiviazione della procedura – ha disposto l’assunzione ‘in ruolo’ di larga parte del personale precario occupato nelle scuole: una ‘stabilizzazione’ (...), accompagnata dal riconoscimento dei diritti economici propri della nuova posizione, in particolare relativi alle ferie e agli incrementi stipendiali connessi agli scatti di anzianità”¹³⁸. La sintesi è acuta, soprattutto perché mette in luce come la soluzione delle interminabili discussioni abbia trovato riscontro in una regolazione apposita, diversa dal pure travagliato diritto del lavoro pubblico¹³⁹, in nome di una spiccata settorialità, riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale, per cui, “per i docenti, si è scelta la strada della loro stabilizzazione con il piano straordinario destinato alla copertura di tutti i posti comuni e di sostegno dell’organico di diritto. Esso è volto a garantire all’intera massa di docenti precari la possibilità di fruire di un accesso privilegiato al pubblico impiego fino al totale scorrimento delle graduatorie a esaurimento (...), permettendo loro di ottenere la stabilizzazione grazie o a meri automatismi (le graduatorie) ovvero a selezioni blande (concorsi riservati)”¹⁴⁰.

Se non è qui opportuno ripercorrere il lungo itinerario che ha condotto alla legge n. 107 del 2015¹⁴¹, sono possibili alcune considerazioni di insieme. Tale disciplina non ha rimosso le condizioni organizzative causative dell’abuso incontrollato dei contratti a tempo determinato, spesso sistema ordinario di impostazione dell’attività, in contrasto non solo con il decreto legislativo n. 368 del 2001¹⁴², ma persino con l’art. 36 del decreto n. 165 del 2001¹⁴³. Neppure chi sia animato dal più sfrenato ottimismo potrebbe cogliere

¹³⁷ V. AIMO, *op. cit.*, p. 9 ss.

¹³⁸ V. RUSSO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella scuola statale*, in SARACINI, ZOPPOLI L. (a cura di), *Riforme del lavoro e contratti a termine*, Editoriale Scientifica, 2017, p. 282 ss.

¹³⁹ V. PINTO, *Le assunzioni a termine nelle pubbliche amministrazioni: specialità della disciplina e criticità irrisolte*, in SARACINI, ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 225 ss.

¹⁴⁰ V. C. Cost. 15 giugno 2016 n. 187, in *LG*, 2016, p. 882.

¹⁴¹ V. AIMO, *op. cit.*, p. 9 ss.

¹⁴² V. FRANZA, *Il lavoro a termine nell’evoluzione dell’ordinamento*, Giuffrè, 2010, p. 373 ss.

¹⁴³ V. SCARPONI, *Il lavoro a termine nelle amministrazioni pubbliche e la contrattazione collettiva dopo la riforma Fornero*, in *LPA*, 2012, p. 983 ss.

nella legge n. 107 del 2015 un impianto non solo destinato a durare, ma in grado di fissare un accettabile raccordo fra rapporti a tempo indeterminato e a termine¹⁴⁴. Il cuore della legge n. 107 del 2015 è il piano straordinario, intorno al quale l'intera strategia è stata pensata, in un dialogo ragionevole con le istituzioni comunitarie e per il superamento delle meritate critiche della Corte di giustizia¹⁴⁵.

Non a caso, questa scontata lettura è stata confermata dalla giurisprudenza di legittimità, per cui, “nelle ipotesi di reiterazione illegittima dei contratti a termine, devono essere qualificate misure proporzionate, effettive, a sufficienza energetiche e idonee a sanzionare l'abuso e a cancellare le conseguenze della violazione del diritto comunitario con la stabilizzazione prevista nella legge n. 107 del 2015 per il personale docente, sia nel caso di concreta assegnazione del posto di ruolo, sia in quello in cui vi sia certezza di fruire, in tempi certi e ravvicinati, di un accesso privilegiato al pubblico impiego, nel tempo compreso fino al totale scorrimento delle graduatorie a esaurimento”¹⁴⁶. L'impostazione è ragionevole, per la comprensione dell'intervento normativo, appunto di “stabilizzazione”, molto più che di impostazione di criteri duraturi, in grado di evitare il ripetersi dei medesimi fenomeni. Né altera il quadro la precisazione per cui “l'immissione in ruolo non impedisce la proponibilità di domande per risarcimento dei danni ulteriori e diversi rispetto a quelli esclusi dall'immissione in ruolo stessa”, con l'onere di allegazione e di prova addossato al lavoratore¹⁴⁷. Tale lettura è coerente con la legge n. 107 del 2015 e il principio è di sporadica applicazione, se non altro per la difficoltà di identificare e di dimostrare simili pregiudizi.

Se il nostro sistema scolastico e persino quello giudiziale non potevano fare a meno della legge n. 107 del 2015, per l'impellente necessità di trovare una soluzione a un proliferare di giudizi ormai fuori controllo, le critiche sconsolate alla scelta prescrittiva sono condivisibili, quando si lamenta la sostanziale vanificazione all'abituale giurisprudenza della Corte costituzionale sull'importanza del concorso¹⁴⁸; l'accettazione unanime¹⁴⁹, o quasi, dell'esito

¹⁴⁴ V. NAVILLI, *op. cit.*, p. 613 ss.

¹⁴⁵ V. C. Giust. 26 novembre 2014 C-22/13, *Mascolo c. Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca*.

¹⁴⁶ V. Cass. 7 novembre 2016 n. 22552, in *Rep. GI*, 2016.

¹⁴⁷ V. Cass. 29 dicembre 2016 n. 27384, in *Rep. GI*, 2016.

¹⁴⁸ V. RUSSO, *op. cit.*, p. 292 ss.

¹⁴⁹ Come si dice, “il piano straordinario di assunzioni di docenti rappresenta disposizione

in qualche modo compromissorio della legge n. 107 del 2015 non suona solo come il riconoscimento dell'utilità di una composizione del conflitto¹⁵⁰. Più in profondità, la disciplina è il segnale dell'inesistenza di una sintesi riconducibile al diritto comune e con basi sistematiche più organiche della semplice "stabilizzazione", la quale ha il merito di sedare i contrasti per un qualche lasso di tempo e il maggiore demerito di porre la premessa per il loro probabile ripetersi.

Se non si trova nella legge n. 107 del 2015 una ristrutturazione complessiva del nostro sistema educativo, l'esito è buono per i precari di oggi, non per evitare il rinnovarsi della stessa questione, poiché, nella dialettica alquanto composita, per non dire confusa, fra le istituzioni e gli apparati ministeriali e nella scarsa plausibilità di un espletamento rapido dei concorsi per le assunzioni a tempo indeterminato, la logica delle supplenze dovrebbe condurre in breve a probabili illegittimità, destinate ad accumularsi. L'unica alternativa, impossibile per l'ordinamento comunitario e contraria a basilari sentimenti di giustizia, sarebbe stata quella di escludere l'operare dei vincoli generali sui rapporti a tempo determinato per il personale docente, ma, per un verso, non vi era nessuna razionale giustificazione e, per altro verso, ciò avrebbe leso in modo irreparabile fondamentali esigenze di giustizia distributiva. Riportata almeno da questo punto di vista a un dialogo con il diritto comune, la scuola pubblica ha dimostrato di non poterne rispettare i criteri.

A conferma del fatto che la legge n. 107 del 2015 è un compromesso provvisorio, si può ricordare che, per la Corte costituzionale, occorre in via transitoria "un bilanciamento delle esigenze di piena realizzazione della professionalità dei docenti di ruolo con quelle volte a consentire il più ampio accesso possibile ai ruoli dell'amministrazione. Che solo i docenti non di ruolo siano inseriti nelle graduatorie è giustificato dalla finalità di tutela del diritto a una occupazione stabile, da riconoscersi con priorità in favore di chi ancora ne sia privo"¹⁵¹. Proprio a proposito della legge n. 107 del 2015, si

idonea a sanare l'illegittimo comportamento dello Stato italiano sia per il beneficiario, con una riparazione per equivalente più soddisfacente di quella risarcitoria, sia per il diritto dell'Unione, ferma la possibilità, nel caso di abusiva reiterazione di assunzioni a termine, del risarcimento di eventuali danni ulteriori e diversi, ove allegati e provati" (v. Trib. Milano 27 febbraio 2017, in *Rep. GI*, 2017).

¹⁵⁰ V. Trib. Milano 2 marzo 2017, in *Rep. GI*, 2017.

¹⁵¹ V. C. Cost. 20 luglio 2016 n. 192, in *Rep. GI*, 2016, per cui "il complessivo quadro normativo non rivela una compressione delle aspettative dei docenti di ruolo alla piena realizzazione

è subito soggiunto che “la disciplina censurata esclude dai concorsi pubblici per il reclutamento (...) coloro che siano stati assunti con contratti a tempo indeterminato nelle scuole statali”¹⁵², ma non vi sono più le condizioni per l’ulteriore accettazione di questi criteri, in quanto “l’obbiettivo del temporaneo assorbimento del precariato è perseguito dal piano straordinario di assunzioni”, mentre, per quelle cosiddette “a regime”, “la finalità di assorbimento (...), in quanto legata a esigenze di natura straordinaria, non è (...) replicabile in riferimento al sistema ordinario di reclutamento, il quale presuppone il superamento della prospettiva dell’emergenza, attraverso il raggiungimento degli obiettivi programmati”¹⁵³. La provvisorietà della legge n. 107 del 2015 non può essere accettata qualora riguardi i lineamenti di un nuovo modello stabile; però, mentre è riuscita a definire le controversie pregresse, nello stabilire il percorso delle prossime assunzioni manca di una intelaiatura sui temi organizzativi. Nulla può fare immaginare il venire meno delle continue supplenze e del loro ripetersi oltre il limite dei trentasei mesi¹⁵⁴, quindi in violazione dei diritti dei docenti. La difficile conciliazione fra i vincoli alla stipulazione del contratto a tempo determinato e la struttura scolastica non è stata affatto conseguita.

9. *I trasferimenti*

Se si andasse in cerca di segnali di incoraggiamento sul destino del nostro sistema di istruzione e di superamento degli elementi di conflitto e di rigidità organizzativa, sarebbe meglio ignorare il piano straordinario di mobilità territoriale, il quale si è risolto in un ulteriore proliferare delle controversie, viste le pretese ministeriali di spostare gli insegnanti senza un limite, come se fosse indifferente per la produttività individuale rendere la prestazione sull’uno o sull’altro capo del territorio nazionale. Il meccanismo di selezione era così lucido da avere portato una parte della giurisprudenza a

professionale, le quali possono trovare soddisfazione attraverso forme e modalità diverse dalla conservazione dell’inserimento nelle graduatorie, a tal fine venendo in rilievo l’istituto della mobilità professionale e la facoltà del dirigente scolastico di utilizzare, a date condizioni, i docenti in classi di concorso diverse da quelle per le quali sono abilitati”.

¹⁵² V. C. Cost. 6 dicembre 2017 n. 251, in *VTDL*, *sito*, 2018.

¹⁵³ V. C. Cost. 6 dicembre 2017 n. 251, *cit.*

¹⁵⁴ V. RUSSO, *op. cit.*, p. 292 ss.

sostenere che, “poiché a ogni docente era chiesto di inserire nella domanda tutti gli ambiti territoriali e la comparazione non è eseguita in ciascuno, in quanto l’assegnazione deve avere luogo sulla base di graduatorie stilate per ogni singola sede con soddisfazione prioritaria degli insegnanti che avevano indicato tale sede come la prima delle proprie preferenze, è possibile che, nella graduatoria di ogni sede, risultino preferite in modo legittimo persone con un punteggio inferiore ad altre posposte”¹⁵⁵.

Seppure non persuasiva¹⁵⁶, la conclusione non è affatto distonica dalla lettera della legge n. 107 del 2015 e da successivi accordi sindacali, con il discreto demerito di avere pensato a un sistema di selezione basato sul concetto di ambito territoriale, con il possibile esito ultimo descritto, di assoluta irrazionalità¹⁵⁷. Con un certo coraggio e con un meritorio disprezzo per il profilo testuale, per altre decisioni, “poiché a ogni docente era chiesto di inserire nella domanda tutti gli ambiti (...), occorre effettuare graduatorie relative a ciascuno, procedendo a scalare sulla base delle preferenze espresse, affinché possa avere luogo una razionale comparazione, basata sul merito, in ogni circoscrizione”¹⁵⁸. Questo orientamento ridisegna un modello più equo¹⁵⁹, ma con la sovrapposizione delle scelte pretorie alle indicazioni prescrittive¹⁶⁰; se non ci si inganna, è questo lo spirito di tali pronunce¹⁶¹ ed è anche il loro pregio, cioè di non arrestarsi di fronte all’abituale e pervicace irrazionalità normativa.

Se mai, ci si può domandare se il ... maestro di Vigevano avrebbe pensato, pure nel suo sconforto e davanti alle oppressive lamentele coniugali, che sarebbe arrivato a un punto nel quale, per sfuggire al precariato, avrebbe dovuto affrontare un piano straordinario di mobilità, con il rischio di essere spostato in un punto remoto dello Stato. Per altro verso, ci si deve chiedere quale criterio di corretta impostazione della collaborazione abbia in animo

¹⁵⁵ V.Trib. Modena 7 novembre 2016, ord., in *VTDL*, sito, 2017.

¹⁵⁶ Nello stesso senso, cfr. Trib. Milano 10 marzo 2017, in *VTDL*, sito, 2017.

¹⁵⁷ V. Cass., sez. un., 10 aprile 2018 n. 8821, in *VTDL*, sito, 2018, per cui, “con riguardo alle controversie concernenti l’attuazione del piano straordinario di mobilità territoriale previsto dalla legge n. 107 del 2015, la giurisdizione è del giudice ordinario, anche qualora si discuta degli atti generali, come l’ordinanza ministeriale n. 241 del 2016, che può essere disapplicata come atto presupposto”.

¹⁵⁸ V.Trib. Reggio Emilia 9 febbraio 2017, ord., in *VTDL*, sito, 2017.

¹⁵⁹ Nello stesso senso, v. Trib. Vercelli 3 gennaio 2017, ord., in *VTDL*, sito, 2017.

¹⁶⁰ In questo senso, v. Trib. Modena 7 novembre 2016, ord., cit.

¹⁶¹ V.Trib. Napoli 12 marzo 2017, ord., in *VTDL*, sito, 2017.

il Ministero se considera opportuno sradicare i suoi docenti dalla loro residenza e ritiene produttivo mandarli in sedi molto lontane, con un procedimento di definizione della destinazione tanto complesso da avere provocato un vivace dibattito. Inoltre, per le decisioni favorevoli alle tesi dello stesso Ministero, “è possibile che, nella graduatoria di ogni sede, risultino preferite in modo legittimo persone con un punteggio inferiore ad altre posposte”¹⁶², con una soluzione con riscontro nel testo, ma causatrice di una evidente ingiustizia.

Se l’alternativa al precariato è la definizione arbitraria del luogo di lavoro, senza neppure la garanzia del rispetto del merito in ciascuna graduatoria, ci si deve domandare quando mai la nostra scuola avrà pace, nonostante gli auspici della legge n. 107 del 2015, almeno alla fine della fase transitoria¹⁶³. L’allontanamento dai principi del decreto n. 165 del 2001 si accompagna all’oblio delle logiche privatistiche in senso stretto e il sovrapporsi di fonti conduce più al disordine che alla razionalizzazione, soprattutto se si dimentica come, a livelli retributivi modesti, sia più indispensabile che utile lavorare vicino al luogo di residenza. Come avrebbe spiegato il maestro di Vigevano, proprio perché oppresso per decenni da rapporti di lavoro precari, con disponibilità patrimoniali contenute e con alternative professionali limitate, almeno l’insegnante vuole praticare il ruolo del buon genitore, secondo canoni di comportamento e di impostazione della presenza sociale che il legislatore avveduto dovrebbe incoraggiare. L’idea della mobilità territoriale spregiudicata è contraria a qualunque modello organizzativo, se si vuole un rapporto proficuo fra l’istituzione e i suoi insegnanti¹⁶⁴.

Né si può attendere molto dal dirigente, se non si crea un ragionevole patto sociale fra il sistema pubblico e i protagonisti di qualsiasi prospettiva educativa, vale a dire gli insegnanti¹⁶⁵. Il chiamare la riforma con il rinvio alla “buona scuola” è stato un esempio dell’autoironia involontaria della quale la precedente maggioranza parlamentare era maestra. L’episodio del piano straordinario di mobilità e le numerose controversie cui ha condotto sono la sintesi di quanto l’istruzione avrebbe dovuto evitare, vale a dire una contrapposizione fra le esigenze personali e morali dei docenti e l’esercizio di

¹⁶² V. Trib. Modena 7 novembre 2016, ord., cit.

¹⁶³ V. NAVILLI, *op. cit.*, p. 633 ss.

¹⁶⁴ V. ALFIERI, *Luci e ombre della riforma della scuola (legge n. 107 del 2015)*, in *JT*, 2015, p. 429 ss.

¹⁶⁵ V. DAPAS, VIOLA, *Il dirigente scolastico nell’era della “buona scuola”*, in *LPA*, 2015, p. 83 ss.

un potere del datore di lavoro costruito senza considerazione per le basilari necessità dei destinatari. Spostarli per il Paese, oltre tutto sulla base di procedimenti tanto complessi da non garantire neppure il successo dei migliori in ciascun ambito territoriale, almeno per un orientamento giurisprudenziale, è stato il frutto della dimenticanza per l'unica condizione di possibile successo dell'istruzione, l'accreditamento degli insegnanti.

Ciò può essere insufficiente, se non riescono lo stesso a svolgere la loro funzione, per loro carenze culturali ed etiche. Tuttavia, a volere rimanere sul versante organizzativo, non vi può essere scuola, non solo "buona", ma neppure normale, se non si creano condizioni di vita e di lavoro accettabili per chi deve insegnare. Come ha capito il maestro di Vigevano, almeno nel corso della storia, se non quando ha formulato le sue originarie scelte professionali, a partire dagli anni '60 il nostro modello sociale è diventato ostile alla vocazione dei docenti e ai loro criteri ordinari di comportamento. Solo il superamento di questa diffidenza fra Stato e insegnanti può dare qualche speranza alla scuola, con idee opposte a quelle del piano straordinario di mobilità voluto dalla legge n. 107 del 2015. La relativa carenza di personale in alcune regioni non si supera rendendo infelici decine, se non centinaia di dipendenti, e l'opposta convinzione della legge n. 107 del 2015 è il sintomo dell'evidente irrazionalità del legislatore storico, dimentico di quali presupposti di franca collaborazione consentano l'efficienza di qualsiasi struttura, a maggiore ragione di una in cui si creano beni immateriali, come l'amore per la cultura e il senso del dovere individuale, irraggiungibili senza serenità di animo.

10. *Qualche linea prospettica*

Il superamento della forte diffidenza fra lo Stato e i suoi insegnanti richiederebbe gli sforzi di generazioni, lo stesso periodo impiegato per approfondire e dilatare la frattura, oggi messa in luce dal costante ricorso alla mediazione giudiziale. Né aiuta la "stabilizzazione", se mai risposta provvisoria e indotta dalle pronunce giudiziali, poiché sana in parte le contrapposizioni del passato, ma non è la premessa per alcuno stabile patto, in nome della centralità del sistema educativo pubblico. Di scarso rilievo è l'ultimo contratto collettivo nazionale e poco importa il fatto che siano state accorpate categorie prima disciplinate in modo separato, poiché l'accordo sugli insegnanti resta specifico e di modesto rilievo, in una materia nella quale è centrale la legge. Come era stato promesso,

ma non realizzato, sarebbe necessaria, ma non sufficiente una revisione delle fonti legali, a partire dal decreto n. 297 del 1994. La separazione fra la regolazione del rapporto degli insegnanti e quello dei rimanenti impiegati dovrebbe trovare riscontro in un testo apposito, con l'accantonamento del decreto n. 297 del 1994, comunque legato a una inattuale logica pubblicistica.

Una sorta di diritto comune sull'attività degli insegnanti, imperniato sia sulle procedure di selezione, sia sul contratto individuale, può essere codificato con una revisione complessiva del decreto n. 297 del 1994 e delle fonti successive, e con un meritorio riordino, in specie se si eviteranno soluzioni irrazionali sulla mobilità, si accontenterà la più che comprensibile propensione dei docenti alla stabilità sul territorio e si risolverà il problema posto dall'autonomia delle istituzioni. Poiché questa ultima scelta non sembra più modificabile, occorre cambiare l'idea iniziale alla base del decreto n. 297 del 1994 e limitare gli interventi degli apparati ministeriali, con il riconoscimento delle implicazioni della citata autonomia, a partire dall'attribuzione alla singola istituzione del potere e del dovere di provvedere alla sua costituzione in giudizio. Frutto di una visione accentrata della scuola, il decreto n. 297 del 1994 può essere variato con il perfezionamento e l'accrescimento degli ambiti decisionali dei dirigenti e con la fine delle iniziative ministeriali, del resto fra le cause costanti dell'inefficienza del nostro sistema educativo.

Una scuola senza il Ministero può sembrare una novità rilevante e certo imprevedibile; se negli ultimi decenni si sono sovrapposti costanti errori, una qualche svolta deve essere immaginata, e di queste distorsioni continue il Ministero è stato il primo responsabile, senza alcuna realistica speranza di una inversione di tendenza, se non in nome di una tardiva "stabilizzazione". Il recupero di un patto sociale fra lo Stato e i docenti può muovere dalla piena responsabilità dei dirigenti, con una assegnazione di quelle risorse concentrate con pochi benefici negli organismi periferici dell'inefficiente Ministero. Questa pure necessaria trasformazione non è sufficiente, in carenza di una riflessione coraggiosa sui livelli retributivi, premessa di un migliore accreditamento sociale. Però, a tale riguardo, il diritto può poco, poiché vengono in primo piano le compatibilità finanziarie e la tradizionale incapacità del nostro Paese di decidere sulla scorta di una realistica ponderazione dell'utilità pubblica delle singole funzioni. Se quella educativa è cruciale per il nostro destino collettivo, è ... consequenziale, per l'imprevidenza e l'irrazionalità del legislatore, che sia trascurata nell'assegnazione delle opportunità economiche, come è accaduto da molti decenni.

Pagati male e sottoposti alle contumelie dei coniugi, secondo l'esempio del maestro di Vigevano, almeno gli insegnanti dovrebbero essere lasciati in una struttura autonoma, più vicina al modello delle università degli studi che a quello delle attuali istituzioni, in cui le decisioni più rilevanti sono degli apparati ministeriali. Se, poi, si riflettesse su una revisione drastica delle strategie finanziarie, si riconoscerebbe che il docente deve operare come professionista e il suo accreditamento dipende anche da un reddito da avvicinare a quello dei medici, piuttosto che a quello dei bidelli. Sul punto, il giurista non può fare molto di più della *laudatio temporis acti*, cioè di quelle fasi storiche nelle quali l'insegnamento aveva riconoscimento collettivo e attraeva i giovani migliori. Almeno, quando si creano i presupposti per centinaia di trasferimenti di persone da un capo all'altro del Paese con un bizzarro piano straordinario di mobilità, non si dica che si vuole una scuola "buona". Se al legislatore non spettano giudizi etici, tanto meno su se stesso, non compete neppure l'inganno come ordinaria strategia comunicativa.

Abstract

Il contributo ha ad oggetto alcune considerazioni sul rapporto di lavoro degli insegnanti. L'autore prende le mosse dalla specificità della disciplina del personale docente della scuola sia prima che dopo la privatizzazione del pubblico impiego.

Si tratta di un rapporto di lavoro in cui convivono elementi privatistici ed elementi pubblicistici. Infatti, nonostante la maggiore autonomia che le istituzioni scolastiche hanno ricevuto a seguito della privatizzazione, è da rilevare che i dirigenti non hanno la titolarità di tutti i poteri del datore di lavoro. Questa distonia è alla base del cattivo funzionamento del sistema scolastico che ha determinato l'insorgere di numerose controversie giudiziali.

Nell'ultima parte del saggio l'autore si sofferma sul riparto di giurisdizione in materia di graduatorie; sulla larga diffusione dei contratti a tempo determinato e sulla legge di stabilizzazione del 2015 e sui trasferimenti dei docenti in seguito alle suddette procedure di stabilizzazione.

The essay makes some considerations about the employment relationship of teachers. The author starts his reasoning from the specificity of the law concerning the teaching staff, either before and after the privatization of public employment.

In these employment relationships, there are private and public elements. Indeed, despite the greater autonomy that educational institutions received after their privatization, it is important to point out that senior executives don't have every typical power normally given to an employer. This contradiction is one of the causes of the bad functioning of the educational system, which determined the arise of several judicial disputes.

In the last part of the essay, the author analyses the division of jurisdiction concerning rankings, the spread of fixed – term employment contracts, the law of stabilization of 2015 and the teaching staff transfers as a result of the procedures of stabilization.

Key words

Rapporto di lavoro degli insegnanti, specialità, sistema delle graduatorie, contratti a tempo determinato, stabilizzazioni, trasferimenti.

Employment relationship of teachers, specificity, ranking system, fixed term employment contracts, stabilizations, transfers.