

REPUBBLICA ITALIANA-IN NOME DEL POPOLO ITALIANO-

E' PROSECUZIONE DEL VERBALE D'UDIENZA DEL 10.4.2015

NEL PROC N. 3043/2011 RG PI vertente tra:

CALOPRESTI GIULIANA nata il 28.11.1958 difesa dall'avv Domenico Mesiti

contro il MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, UNIVERSITA' E RICERCA in persona del legale rappr. pro tempore, difeso dalla Avvocatura distrettuale dello Stato ;

Svolgimento del processo

Con ricorso depositato il 15.7.2011 , l'istante ha dedotto di avere prestato servizio quale assistente amministrativo con reiterati contratti a tempo determinato a far tempo dall'anno 2000/2001, fino al 30.6.2011 presso , da ultimo, il liceo Campanella di Reggio Calabria.

Ha elencato puntualmente in ricorso tutti i periodi e fra questi :

- . dal 1.9.2005 al 31.8.2006 presso l'istituto di Caulonia;
- . dal 1.9.2006 al 31.8.2007 presso la direzione didattica di Siderno;
- . Dal 1.9.2007 al 31.8.2008 presso l'istituto comprensivo di San Giorgio Morgeto;
- . Dal 1.9.2008 al 31.8.2009 presso l'istituto comprensivo di San Giorgio Morgeto;
- . Dal 1.9.2009 al 31.8.2010 presso l'istituto comprensivo di San Giorgio Morgeto;
- . Ed altri diversi contratti per più brevi periodi

Deduceva che la reiterazione dei contratti a termine succedutisi negli anni

era contraria ai principi comunitari e alla direttiva del 28.6.1999 (1999/70/CE); e articolando dettagliatamente le proprie difese, richiamando la giurisprudenza comunitaria che aveva affermato l'applicabilità dei principi in tema di contratti a termine anche in materia di pubblico impiego, nonché le decisioni della giurisprudenza della Corte Costituzionale e di legittimità in materia di reiterazione di contratti a termine nel rapporto di lavoro privatistico, ha conclusivamente chiesto:

- Ritenere e dichiarare che l'apposizione del termine al primo contratto a tempo indeterminato era privo di effetto, e che gli stessi contratti erano da ritenersi a tempo indeterminato con effetto dalla sottoscrizione del primo di essi;
- In subordine, ritenere e dichiarare che le proroghe sottoscritte nelle date indicate in parte motiva erano nulle e conseguentemente che i contratti si erano convertiti in rapporto a tempo indeterminato; con effetti dalla data di sottoscrizione del primo di essi;
- Ancora in subordine, accertare la conversione dalla data di scadenza dell'indicato termine massimo;
- Condannare il Ministero alla reinterazione nel posto di lavoro ricoperto fino alla scadenza dei contratti a tempo determinato ,
- Condannare il Ministero, anche eventualmente a titolo risarcitorio, alle differenze retributive tra quanto dovuto per gli scatti di anzianità per come indicato in parte motiva e quanto effettivamente corrisposto oltre alle retribuzioni per i mesi per i quali non aveva prestato attività lavorativa, oltre l'indennità di

cui all'art 32 comma 5 legge 183 del 2010 ed una somma pari a 15 mensilità a titolo di danno per la mancata riassunzione ;
- Solo in subordine, all'esito di eventuale declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art 32 comma 5^a della legge 183/2010, condannare il Ministero al pagamento di 15, ovvero 12 mensilità secondo quanto ritenuto equo.

Si è costituita l'Amministrazione Scolastica, con memoria nella quale ha resistito alla domanda, eccependo innanzitutto la inammissibilità ed improcedibilità del ricorso, il difetto di giurisdizione.

Nel merito, ricostruendo il sistema di reclutamento scolastico, che avveniva a tempo e mediante scorrimento di graduatorie ad esaurimento e graduatorie d'istituto; riepilogando la normativa primaria e i decreti attuativi del Ministero che ogni anno determinavano il fabbisogno scolastico per il personale docente e ATA, ponendo i criteri di scorrimento delle graduatorie e i limiti dei dipendenti che potevano essere assunti per ogni anno; richiamando la giurisprudenza di legittimità, affermava la legittimità del termine apposto ai contratti, l'inaccogliabilità della domanda di conversione, contraria al principio fissato in materia di pubblico impiego dall'art 36 U PI n 165/2001, l'intervento dell'art. 9 comma 18 del DL 70/11 che aveva aggiunto il comma 4 bis all'art 10 del D. Legisl 368 del 2001, concludeva per il rigetto della domanda anche di risarcimento del danno, non avendo allegati né dimostrato alcun danno che sarebbe stato determinato dalla condotta elusiva dell'amministrazione.

Adducendo la legittimità del sistema, la specialità della disciplina delle assunzioni nella scuola pubblica, che non sarebbero assunzioni in senso

tecnico, ma speciali e progressive modalità di reclutamento, destinate a concludersi fisiologicamente con l'assunzione "in ruolo" e la ricostruzione della carriera, e contestando quindi ogni arbitrarietà e ogni abuso, evidenziava l'assenza di danno risarcibile in relazione al pagamento della retribuzione, concludeva per il rigetto di tutte le domande, richiamando altresì la prescrizione quinquennale dei diritti.

La controversia, dopo alcuni differimenti esplicitamente disposti al fine verificare gli esiti e l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità anche sovranazionale in corso di formazione, è stata rimessa all'odierna udienza per la decisione.

§§§§

Esaminando per prime le eccezioni preliminari avanzate dall'Amministrazione resistente, se ne deve affermare l'infondatezza, a cominciare dall'eccepito difetto di giurisdizione, dal momento che il giudice del rapporto di lavoro con la PA è ormai il Giudice Ordinario del lavoro, e che il contraddittore alle domande del pubblico dipendente (anche per rapporto a termine) è certamente l'amministrazione datrice di lavoro, nella specie il Ministero evocato in giudizio.

Peraltro sotto plurimi e diversi aspetti è stata riaffermata dal Giudice di legittimità la giurisdizione del G.O. ogni qualvolta sia richiesta l'assunzione di personale scolastico - docente o amministrativo/ATA- in conseguenza di scorrimento delle graduatorie dalle quali gli aspiranti vengono tratti: sul punto appare sufficiente richiamare i principi dettati da Cass Sez. U, Sentenza n. 17466 del 28/7/2009 in materia di graduatorie permanenti del personale docente della scuola e con riferimento alle

controversie promosse per l'accertamento del diritto al collocamento nella graduatoria, ; Cass Sez. U, Ordinanza n. 22805 del 10/11/2010; ed ancora Cass Sez. U, Ordinanza n. 3032 del 8/2/2011.

Tutte queste decisioni hanno affermato e ribadito la giurisdizione dell'AGO, ...venendo in questione atti che non possono che restare compresi tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato (art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001), di fronte ai quali sono configurabili solo diritti soggettivi, avendo la pretesa ad oggetto la conformità a legge degli atti di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione...

Peraltro, nella specie non si controverte neppure sulla collocazione in graduatoria dell'istante, ma proprio sul diritto all'assunzione che non contesta la graduatoria in conseguenza (del diverso tema) di un asserito reiterato abuso di assunzioni a termine, domanda che deve ritenersi comunque devoluta al GO , anche in applicazione dei principi generali dettati da Cass Sez. U, Sentenza n. 21671 del 23/9/2013 (La controversia sulla domanda di un pubblico dipendente, il quale, dopo l'espletamento di procedura pubblica concorsuale, chieda l'accertamento del suo diritto all'assunzione nel ruolo del personale dirigenziale e alla stipulazione del relativo contratto di lavoro, con la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno, esula dall'ambito di quelle inerenti la suddetta procedura del pubblico concorso (tale essendo anche quello preordinato all'inquadramento di dipendenti in area superiore, come nella specie) e, perciò, ai sensi dell'art. 63, primo comma, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, la sua cognizione spetta alla giurisdizione del giudice ordinario.

Infatti, con l'approvazione della graduatoria si esaurisce l'ambito riservato al procedimento amministrativo e all'attività autoritativa dell'amministrazione, subentrando una fase in cui i comportamenti dell'amministrazione vanno ricondotti all'ambito privatistico, espressione del potere negoziale della P.A. nella veste di datrice di lavoro, da valutarsi alla stregua dei principi civilistici in ordine all'inadempimento delle obbligazioni (art. 1218 cod. civ.), anche secondo i parametri della correttezza e della buona fede)

§§§§

Esaminando innanzitutto la domanda di conversione dei contratti a termine già stipulati dall'istante a tempo indeterminato, questa deve ritenersi comunque non accoglibile.

Osta alla richiesta il principio affermato dall'art 36 testo unico pubblico impiego- D. Legisl n 165/2001, che vieta in modo assoluto l'ingresso nei ranghi della PA con modalità diverse dalla selezione per concorso.

La Corte Costituzionale con sent 98/2003 ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 36 testo unico pubblico impiego 165/2001, osservando che il principio fondamentale in materia di instaurazione del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è quello, del tutto estraneo alla disciplina del lavoro privato, dell'accesso mediante concorso, enunciato dall'art. 97, comma 3, della Costituzione, e ritenuto dal costituente il più idoneo a garantire l'imparzialità e l'efficienza della pubblica amministrazione.

Tale interpretazione è stata riaffermata da Cass Sez. L, Sentenza n. 19371 del 21/8/2013 (pronunziata in altro genere di contenzioso, non

scolastico) nella cui massima si legge che "In materia di pubblico impiego, un rapporto di lavoro a tempo determinato non è suscettibile di conversione in uno a tempo indeterminato, stante il divieto posto dall'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, il cui disposto è stato ritenuto legittimo dalla Corte costituzionale (sent. N. 98 del 2003) e non è stato modificato dal d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, contenente la regolamentazione dell'intera disciplina del lavoro a tempo determinato. Ne consegue che, in caso di violazione di norme poste a tutela dei diritti del lavoratore, precluso il diritto alla trasformazione del rapporto, residua a favore del lavoratore soltanto la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni subiti, per la cui determinazione trova applicazione, d'ufficio ed anche nel giudizio di legittimità, l'art. 32, commi 5 e 7 della legge 4 ottobre 2010, n. 183, a prescindere dall'intervenuta costituzione in mora del datore di lavoro e dalla prova concreta di un danno, trattandosi di indennità forfetizzata e onnicomprensiva per i danni causati dalla nullità del termine..

In forza di tale principio deve necessariamente escludersi qualsiasi assimilabilità ed omogeneità delle situazioni dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e quelle dei dipendenti del settore privato, almeno in relazione alla possibilità di applicare la sanzione della conversione del contratto a termine dettata dal D. Legisl 368/2001.

§§§§§

Vanno quindi esaminate le domande subordinate, volte a conseguire il risarcimento del danno in termini economici sul presupposto dell'abuso nel ricorso dei contratti a termine da parte della PA.

Dall'articolata domanda, e dalla altrettanto puntuale difesa

dell'Amministrazione resistente si ricava che la complessa regolazione del sistema di reclutamento scolastico passa da (spesso plurime e protratte negli anni) stipule di contratti a tempo determinato che consentono poi al personale di scalare le graduatorie ad esaurimento in cui è collocato, ed accedere all'immissione in ruolo in forza del punteggio accumulato; e d'altra parte si differenziano in assunzioni su posti cd di "organico di diritto" (quindi posti in ruolo privi di titolare) ed "organico di fatto" cioè posti solo temporaneamente "scoperti".

La giurisprudenza di legittimità più recente che si è occupata della materia della reiterazione dei contratti a termine in ambito scolastico ha sostanzialmente negato che la modalità di reclutamento del personale scolastico sia in generale contraria sia alle norme cogenti di diritto interno che alla direttiva 1999/70 invocata in ricorso, al di fuori di ipotesi specifiche e peculiari di abuso, avendo affermato che "La disciplina del reclutamento del personale a termine del settore scolastico, contenuta nel d.lgs. n. 297 del 1994, non è stata abrogata dal d.lgs. n. 368 del 2001, essendone disposta la salvezza dall'art. 70, comma 8, del d.lgs. n. 165 del 2001, che le attribuisce un connotato di specialità, ribadito dall'art. 9, comma 18, del d.l. n. 70 del 2011, conv. in legge n. 106 del 2011, tramite la conferma dell'esclusione della conversione in contratto a tempo indeterminato dei contratti a termine stipulati per il conferimento delle supplenze. Lo speciale "corpus" normativo delle supplenze, integrato nel sistema di accesso ai ruoli ex art. 399 del d.lgs. n. 297 del 1994, modificato dall'art. 1 della legge n. 124 del 1999, consentendo la stipula dei contratti a termine solo per esigenze oggettive dell'attività scolastica,

cui non fa riscontro alcun potere discrezionale dell'amministrazione, costituisce "norma equivalente" alle misure di cui alla direttiva 1999/70/CE e, quindi, non si pone in contrasto con la direttiva stessa, come interpretata dalla giurisprudenza comunitaria. Ne consegue che la reiterazione dei contratti a termine non conferisce al docente il diritto alla conversione in contratto a tempo indeterminato, né il diritto al risarcimento del danno, ove non risulti perpetrato, ai suoi danni, uno specifico abuso del diritto nell'assegnazione degli incarichi di supplenza. (Cass Sez. L, Sentenza n. 10127 del 20/6/2012)

Non sconosce il giudice le plurime remissioni - anche successive all'ora richiamata giurisprudenza - della questione alla Corte di Giustizia da parte dei giudici di merito, che attendono di essere trattate, e le decisioni fino ad ora già rese dall'organo di giustizia sovranazionale che hanno da anni posto all'attenzione della giurisdizione la peculiarità del sistema di reclutamento siffatto (e si può fare riferimento alle ordinanze Affatato, ripropositiva dei principi già affermato dalla Corte di Giustizia nelle sentenze Marrosu e Sardino, nonché Vassallo e Angelidaki, nonché Adeneler, solo per citarne alcune) nelle quali tuttavia ha ribadito a più riprese che la conversione in contratto a tempo indeterminato non costituisce l'unica soluzione possibile; l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato non osta a che uno Stato membro preveda, in materia di abuso nell'utilizzo dei contratti a tempo determinato, una tutela differente a seconda che i contratti siano stati conclusi con un datore di lavoro privato o pubblico; ciò purché l'ordinamento interno preveda una sanzione alternativa proporzionata, sufficientemente effettiva, dissuasiva ed

adeguata al fine di prevenire e, se del caso, sanzionare il predetto abuso ed eliminare le conseguenze della violazione del diritto dell'unione.

In tale contesto, e nonostante le decisioni della Giurisprudenza di legittimità interna ora richiamata, la questione può ritenersi ancora aperta e suscettibile di evoluzione, non solo per le possibili ulteriori pronunzie che potranno giungere anche dalla Corte di Giustizia, ma anche per le decisioni più recenti, fra le quali si annovera l'ordinanza del 12.12.2013 Papalia c Comune di Aosta, non riguardante la materia scolastica, che ribadisce però la clausola 5 dell'Accordo Quadro, a mente della quale gli stati membri debbono fissare non solo le ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei contratti, ma anche la "durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi, nonché "il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti", (così i punti b) e c) del n 1 della suddetta clausola n 5 Accordo Quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18.3.1999, in allegato alla direttiva 1999/70/CE.)

L'esigenza di definire le controversie in tempi ragionevoli non consente di attendere indefinitamente le soluzioni che dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale indubbiamente verranno e che nel tempo potranno svilupparsi, e sollecita l'interprete a valutare allo stato degli atti e dei precedenti utilizzabili - anche di merito - la fondatezza della domanda in esame.

Questo Tribunale si era peraltro già espresso sulla questione oggetto di domanda, affermando alcuni principi che allo stato appaiono rispondenti anche agli sviluppi fin qui conosciuti della giurisprudenza di legittimità

più recente, che ha comunque ribadito che il vigente sistema di reclutamento scolastico non esonera l'amministrazione dal risarcimento del danno, ove si verifichi in danno di taluno ", uno specifico abuso del diritto nell'assegnazione degli incarichi di supplenza. (così nella massima di Cass n 10127 del 20/6/2012), principio che può essere recuperato , anche al di là del limite ricavabile dalla motivazione della decisione massimata, per tentare, allo stato, un pur difficile raccordo equilibrato fra le regole della legge nazionale sul reclutamento nella scuola e i principi dettati dalle direttive ed accordi quadro comunitari appena menzionati.

Questo tribunale, in precedenti decisioni già emesse, aveva delineato la nozione di abuso ai fini che ne occupano facendo riferimento alla normativa comunitaria e al diritto interno , precisando che doveva ritenersi abusiva l'utilizzazione di contratti a tempo determinato successivi "qualora ha avuto il fine di soddisfare fabbisogni permanenti e durevoli del datore di lavoro. , desumendo tale definizione proprio dalle già ora citate pronunce della Corte di Giustizia (Adeneler, Angelidaki).

Nel tentativo di definire con confini chiari ed oggettivamente riscontrabili il concetto di abuso, ed in mancanza di riferimenti normativi più precisi, la giurisprudenza di questo ufficio ha ritenuto del tutto adeguato ed idoneo il parametro desumibile dalla legge n. 247 del 2007, ossia la durata di 36 mesi; che può anche attualmente condividersi siccome certo, adeguato e ricavabile da un parametro normativo .

Deve ritenersi quindi abusivo l'utilizzo di una successione di contratti a termine per un periodo superiore a 36 mesi.

Tuttavia se in precedenza la giurisprudenza di questo ufficio aveva

ritenuto di dovere ravvisare anche ulteriore parametro oggettivo, cioè al fabbisogno del singolo istituto scolastico , recentemente l'evoluzione della giurisprudenza nazionale e sovranazionale sembra avere abbandonato un così rigoroso riferimento, valorizzando il succedersi di contratti a termine per la copertura di posti vacanti e disponibili in stretta successione annuale, divenuti ormai la regola nell'amministrazione scolastica che da molti anni notoriamente utilizza tali strumenti anche per coprire posti che avrebbero richiesto indizione di pubblici concorsi.

E' ormai in tale ottica che può interpretarsi la prospettiva indicata dalla giurisprudenza comunitaria, secondo cui, nell'appurare la sussistenza di ragioni obiettive giustificatrici del ricorso al contratto a termine occorre avere riguardo all'esistenza << di elementi concreti relativi in particolare all'attività di cui trattasi e alle condizioni del suo esercizio >> (Corte Giustizia 4 luglio 2006, Adeneler, punto 75 della motivazione; nel medesimo senso Corte Giustizia 23 aprile 2009, Angelidaki, punti 96-97 della motivazione).

Piuttosto, è stato valorizzato dalla giurisprudenza di legittimità e sovranazionale che ora meglio si esaminerà il principale requisito oggettivo che connota l'abuso, ovvero la natura della esigenza che è stata colmata con l'utilizzo del contratto a termine: è evidente che le supplenze brevi o anche annuali ma su organico di fatto (quindi su posti non vacanti ma di fatto disponibili), possono ragionevolmente dirsi correlate ad esigenze effettivamente temporanee, contingenti ed imprevedibili (malattie, aumento imprevisto della popolazione scolastica, assegnazione temporanea a diversa sede per il titolare del posto comunque coperto ,

ecc.)

Non sembra invece definibile "contingente" né temporanea la stipula di contratti a termine utilizzati ripetutamente per colmare per tutto l'anno (fino al 31 agosto di ogni anno, e non solo fino al termine delle attività didattiche del 30 giugno) concernenti posti effettivamente vacanti e disponibili, prevedibilmente scoperti per l'intero anno scolastico. Quando tali supplenze o incarichi a termine si protraggono per almeno 36 mesi, è ragionevole ritenere durevole il fabbisogno alla cui copertura cui sono preordinate.

Dunque, a mente delle decisioni fin qui assunte da questo ufficio, e sulla scorta della giurisprudenza costituzionale e comunitaria più di recente espressa , va ravvisato il requisito dell'abuso nell'utilizzo di contratti a termine determinato quando l'amministrazione scolastica ricorra per un periodo superiore ai 36 mesi a supplenze riguardanti organici di diritto, ossia posti vacanti e disponibili.

Tale impostazione sembra trovare ulteriore supporto nelle più recenti decisioni della Corte Costituzionale (ordinanza di rimessione alla CE n 207/2013) e nella Sentenza della Terza Sezione della CE del 24.11.2014 , che hanno in comune un importante riferimento al requisito oggettivo, che connota l'abuso , cioè è la natura della esigenza che è stata colmata con l'utilizzo del contratto a termine.

Non a caso l'ordinanza di rimessione della Corte Costituzionale n 207/2013 , in motivazione fa riferimento a tre ipotesi diverse di ricorso al contratto a termine dell'amministrazione scolastica, indicando:

<<... 9) l'art. 1 del decreto del Ministero della pubblica istruzione 13

giugno 2007, n. 131, stabilisce che gli incarichi dei docenti e del personale amministrativo della scuola sono di tre tipi:

- supplenze annuali, su posti vacanti e disponibili, in quanto privi di titolare;
- supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche, su posti non vacanti, ma ugualmente disponibili;
- supplenze temporanee per ogni altra necessità, ossia supplenze brevi;.>>>

Tuttavia la Corte Costituzionale Italiana non ha ritenuto di dover rimettere alla Corte dell'Unione Europea la compatibilità con la clausola n 5 del Trattato tutte e tre queste ipotesi, ma solo e soltanto l'ipotesi di cui al primo dei tre punti, ovvero l'ipotesi di copertura con incarichi annuali dei posti cd "vacanti e disponibili" al 31 dicembre (il così detto organico di diritto), ovvero quelli certamente vacanti per tutto l'anno scolastico, dal 1 settembre al 31 agosto successivo, e non già quelli temporaneamente vacanti (per periodi più o meno lunghi, e fra i quali rientrano quelli relativi alle scoperture di "organico di fatto", fino al 30 giugno di ogni anno).

Infatti così si è espressa l'ordinanza di rimessione 207/2013:

<<... 1) dispone di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in via pregiudiziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, le seguenti questioni di

interpretazione della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE:

- se la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul

lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE debba essere interpretata nel senso che osta all'applicazione dell'art. 4, commi 1, ultima proposizione, e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico) - i quali, dopo aver disciplinato il conferimento di supplenze annuali su posti «che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre», dispongono che si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, «in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo» - disposizione la quale consente che si faccia ricorso a contratti a tempo determinato senza indicare tempi certi per l'espletamento dei concorsi e in una condizione che non prevede il diritto al risarcimento del danno;

- se costituiscano ragioni obiettive, ai sensi della clausola 5, punto 1, della direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE, le esigenze di organizzazione del sistema scolastico italiano come sopra delineato, tali da rendere compatibile con il diritto dell'Unione europea una normativa come quella italiana che per l'assunzione del personale scolastico a tempo determinato non prevede il diritto al risarcimento del danno>>

La decisione della Corte di Giustizia resa il 24.11.2014, corrispondentemente, ha così statuito:

<<< Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

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

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

Tali indicazioni consentono immediatamente di rilevare che la richiesta di risarcimento del danno da mancata "conversione" o stabilizzazione o da "abuso" trova supporto nei principi del Trattato, e nell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, nonché nella direttiva 1999/70/CE del Consiglio, laddove sia riferito alla reiterazione di contratti a termine per la copertura di posti "vacanti e disponibili", ovvero per quei posti per i quali la stipula dei contratti a termine sia stata effettuata dal 1 settembre al 31 agosto dell'anno successivo quindi per sopperire a esigenze stabili, dovute

a carenze non contigenti né transeunti

Quindi non rientrano nell'ipotesi oggetto di rimessione e dell'ultima pronuncia della Corte di Giustizia le supplenze che si concludano al 30 giugno dell'anno scolastico e, quindi siano state disposte per coprire esigenze temporanee su posti non vacanti in organico ma temporaneamente disponibili (cd "organico di fatto") .

Le pronunce fin qui richiamate delle magistrature superiori rispondono a principi di coerenza e di verificabile condivisibilità.

E' evidente che le supplenze brevi o anche annuali ma su organico di fatto (quindi su posti non vacanti ma di fatto disponibili), possono ragionevolmente dirsi correlate ad esigenze effettivamente temporanee, contingenti ed imprevedibili (malattie, aumento imprevisto della popolazione scolastica, assegnazione temporanea a diversa sede per il titolare della cattedra, comunque coperta , ecc.)

Solo la stipula di contratti a termine utilizzati ripetutamente per colmare per tutto l'anno posti scoperti sul cd "organico di diritto", concernenti posti vacanti e disponibili, prevedibilmente scoperti per l'intero anno scolastico, fino al 31 agosto, non sembra possano sopperire ad esigenza "contingente" o temporanea . Quando tali supplenze si protraggono per almeno 36 mesi, è ragionevole ritenere durevole il fabbisogno alla cui copertura cui sono preordinate.

Dunque va ravvisato il requisito oggettivo dell'abuso nell'utilizzo di contratti a termine determinato quando l'amministrazione ricorre per un periodo superiore ai 36 mesi di supplenze riguardanti organici di diritto, ossia posti vacanti e disponibili.

§§§§

Nella specie sussistono i requisiti concorrenti per configurare l'abuso dei contratti a termine dedotto in causa, e riconoscere sia il risarcimento del danno, che la condanna al pagamento della differenza tra la retribuzione effettivamente percepita e quella spettante per il riconoscimento degli scatti di anzianità previsti per il personale di ruolo.

Parte istante ha indicato e documentato di aver stipulato svariati contratti a termine per diversi istituti scolastici, anche per periodi inferiori all'anno.

Tuttavia , e ciò rileva ai fini della presente decisione, almeno per un triennio continuativo rientrante nella previsione della legge 247 del 2007 art 1 comma 43, e precisamente almeno dal 1.9.2005 al 31.8.2010 l'istante è stata titolare di contratti a tempo determinato, tutti iniziati il 1 settembre e conclusi il 31 agosto successivo, quindi tutti stipulati per coprire un posto vacante e disponibile .

Di questo periodo, per gli ultimi tre anni consecutivi, questi sono stati addirittura presso il medesimo istituto scolastico

La successione dei contratti ha ampiamente superato i "trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro..

Non appare ostativo al riguardo il fatto che una parte di tali contratti sia anteriore all'entrata in vigore del comma 4 bis (1 gennaio 2008).

Il relativo regime transitorio previsto dall'art. 1 comma 43 l. 24 dicembre 2007 n. 247 stabilisce infatti che "In fase di prima applicazione delle

disposizioni di cui ai commi da 40 a 42: a) i contratti a termine in corso alla data di entrata in vigore della presente legge continuano fino al termine previsto dal contratto, anche in deroga alle disposizioni di cui al comma 4-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dal presente articolo; b) il periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della presente legge si computa, insieme ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di cui al citato comma 4-bis, decorsi quindici mesi dalla medesima data.

Come ritenuto -condivisibilmente- dal Tribunale Milano nella sentenza 12.5.2010 F. c. Alitalia, tale previsione non può che essere intesa nel senso che "Nel caso di stipulazione reiterata di contratti a termine, il rapporto si converte a tempo indeterminato se, per effetto della stipulazione di un contratto a termine in data successiva al 31 marzo 2009, il periodo complessivamente lavorato, anche per effetto di contratti a termine stipulati precedentemente, supera il limite massimo di trentasei mesi".

Si configura- alla luce dell'interpretazione fin qui preferita e illustrata -la ricorrenza dell'abuso, che è il presupposto necessario della domanda risarcitoria avanzata, che deve per questo essere accolta.

Solo per completezza, non appare osti al riconoscimento la tesi fatta propria dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 10127 del giugno 2012 (secondo cui il d.lvo. 368/2001 non si applica al settore scolastico) sia perché sul medesimo prevale per specialità l'art. 4 legge 124/1999, sia in forza di quanto disposto dal comma 4 bis dell'articolo 10 d.lvo. 368/2001 introdotto dall'art. 9 comma 18 del d.l. 70/2011 (come convertito con

modificazioni dalla l. 106/2011).

A sgombrare il campo da ogni (pur seria) questione che si porrebbe rispetto alla compatibilità di tale disposizione con il diritto dell'Unione, basti affermare che tuttavia non appare rilevante nel presente giudizio, perché non risulta essere retroattiva, ed è entrata in vigore il 14 maggio 2011, quindi in epoca successiva al perfezionarsi della fattispecie oggetto di causa.

Solo per completezza, si aggiunge che non appare condivisibile quanto affermato dalla Corte di Cassazione nella pronuncia 10127/2012 in merito al fatto che il corpus speciale autonomo dalla stessa individuato come proprio del regime di reclutamento scolastico , sarebbe impermeabile rispetto alla disciplina generale di cui al d.lvo. 368/2001.

Che tale impostazione non sia rispettosa delle prescrizioni della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato è fatto palese proprio dal tenore della sentenza Mascolo del 26 novembre 2014 , nella quale la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha mostrato chiaramente di non condividere l' impostazione della citata Cassazione .

In detta pronuncia Mascolo è affermato che, in linea di principio, "una normativa nazionale che consenta il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per sostituire, da un lato, personale delle scuole statali in attesa dell'esito di procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo nonché, dall'altro, personale di tali scuole che si trova momentaneamente nell'impossibilità di svolgere le sue funzioni non è di per sé contraria all'accordo quadro. . Ma ha aggiunto la Corte Europea al

punto 101, e con specifico riferimento al settore scolastico italiano, la necessità di verificare che "una disposizione nazionale quale l'articolo 4, comma 1, della legge n. 124/1999, letta in combinato disposto con l'articolo 1 del decreto n. 131/2007 non sia utilizzata, di fatto, per soddisfare esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro in materia di personale. ed evidenziato (punti 105-107) come dagli elementi forniti nelle cause in questione in ordine al sistema di reclutamento del personale scolastico emergesse che .il termine di immissione in ruolo dei docenti nell'ambito di tale sistema è tanto variabile quanto incerto., in quanto da un lato la normativa nazionale .non fissa alcun termine preciso riguardo all'organizzazione delle procedure concorsuali, dal momento che queste ultime dipendono dalle possibilità finanziarie dello Stato e dalla valutazione discrezionale dell'amministrazione. e, dall'altro, .l'immissione in ruolo per effetto dell'avanzamento dei docenti in graduatoria, essendo in funzione della durata complessiva dei contratti di lavoro a tempo determinato nonché dei posti che sono nel frattempo divenuti vacanti, dipende, come sostenuto giustamente dalla Commissione, da circostanze aleatorie e imprevedibili..

Per poi concludere al punto 108, che "una normativa nazionale, quale quella di cui ai procedimenti principali, sebbene limiti formalmente il ricorso ai contratti di lavoro a tempo determinato per provvedere a supplenze annuali per posti vacanti e disponibili nelle scuole statali solo per un periodo temporaneo fino all'espletamento delle procedure concorsuali, non consente di garantire che l'applicazione concreta di tale ragione obiettiva, in considerazione delle particolarità dell'attività di cui

trattasi e delle condizioni del suo esercizio, sia conforme ai requisiti dell'accordo quadro..

Insomma, pare al giudicante (concordando con le decisioni di altri giudici di merito italiani) che non sia l'art. 4 comma I in sé ad essere contrario alle prescrizioni dell'Unione Europea in materia di contratto a termine, bensì la modalità di ricorso ad esso che ha assunto nel settore scolastico italiano negli ultimi anni, a causa di vari fattori che hanno di fatto impedito lo svolgimento dei pubblici concorsi per assumere il personale necessario a tempo indeterminato: fra questi, principalmente, la prolungata mancata indizione di concorsi pubblici favorita dalla creazione nel 1999 delle graduatorie permanenti di cui all'art. 401 d.lvo 297/1994 e, dall'altro, l'apposizione di vincoli finanziari rispetto alle immissioni in ruolo basate su tali graduatorie.

§§§§

Esclusa per quanto si è detto la possibilità della conversione del contratto, e accertato l'abuso di contratto a termine, nel senso fin qui delineato, il fondamento del riconoscimento del risarcimento scaturisce sia da norme del diritto interno, che dall'applicazione dei principi del diritto dell'Unione.

Infatti il risarcimento per la prestazione di lavoro in violazione di norme imperative è previsto innanzitutto dall'art 36 del D.Legisl 165/2001.

Poi la Corte di Giustizia europea ritiene L' esclusione della conversione del contratto a termine illegittimo nel settore pubblico compatibile anche con le previsioni della direttiva n. 70 del 1999, purché si possa applicare "una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei

lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione. (così anche la sentenza Mascolo al punto 79).

Come è stato precisato ai punti 77 e 78 della sentenza medesima, le misure alternative devono però " rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro. e .non devono essere però meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)".

Va quindi individuato idoneo parametro per il risarcimento del danno .

La più recente giurisprudenza di legittimità in materia di risarcimento per violazione delle norme sul contratto a termine (seppure in materia diversa dal settore scolastico) ha statuito: "In materia di pubblico impiego privatizzato, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte della P.A., non determina la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, ma fonda il diritto del lavoratore al risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 36, comma 5, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, interpretato - con riferimento a fattispecie diverse da quelle del precariato scolastico - nel senso di "danno comunitario", il cui risarcimento, in conformità ai canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività rispetto al ricorso abusivo alla stipulazione di contratti a termine, è configurabile quale sanzione "ex

lege" a carico del datore di lavoro, per la cui liquidazione è utilizzabile, in via tendenziale, il criterio indicato dall'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e non il sistema indennitario onnicomprensivo previsto dall'art. 32 della legge 4 novembre 2010, n.183, né il criterio previsto dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, che non hanno alcuna attinenza con l'indicata fattispecie. (Cass Sez. L, Sentenza n. 27481 del 30/12/2014).

Nella motivazione si legge .,,,in applicazione del generale principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), in forza del quale casi analoghi devono essere giudicati, per quanto possibile, in modo analogo, alla cui attuazione è anche finalizzata la funzione di nomofilachia propria di questa Corte di cassazione (vedi, per tutte: Corte cost. ordinanza n. 149 del 2013), si ritiene opportuno, anche al fine di assicurare un migliore recepimento, in ambito nazionale, della giurisprudenza della CGUE in argomento, di indicare come criterio tendenziale da utilizzare – da parte del giudice del merito – come parametro per la liquidazione del suddetto danno da perdita del lavoro quello indicato dall'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, apparendo, invece, da un lato, ingiustificato e riduttivo, il ricorso in via analogica al sistema indennitario onnicomprensivo previsto dalla L. n. 183 del 2010, art. 32 che riguarda la diversa ipotesi di conversione del contratto a tempo determinato nel lavoro privato e dall'altro improprio il criterio previsto dall'art. 18 St.lav., anch'esso applicabile ad una fattispecie che non ha alcuna attinenza con il lavoro pubblico (arg. ex: Cass. 21 agosto 2013, n. 19371; Cass. 8 settembre 2014, n. 18855; Cass. 10 settembre 2014, n. 19112)..

La pronuncia, tuttavia, non appare condivisibile proprio laddove ritiene

“improprio” il criterio previsto dall’art 18 della legge 300/70, per contro pacificamente applicabile al pubblico impiego non solo per il requisito dimensionale, palesemente sussistente, ma recepito in questo a prescindere dal requisito dimensionale in virtù del richiamo espresso di cui all’art 51 comma 2. del D.Legisl 300 del 1970 : << 2. La legge 20 maggio 1970, n.300, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti.>>>

Allora, proprio il combinato disposto dei principi affermati dalla Cass 27481 del 2014 e dall’art 51 TUIPI richiamato impone di ritenere applicabile, quale parametro risarcitorio, la misura dettata dall’art 18 , quindi le 15 mensilità dell’ultima globale di fatto , al cui pagamento va condannato il MIUR in favore dell’istante per le dette causali

§§§§

Va altresì accolta la domanda relativa al pagamento delle maggiorazioni per gli scatti di anzianità previsti per il personale di ruolo.

E’ incontrovertito che il Ministero convenuto, in attuazione di quanto previsto dal CCNL del comparto scuola, attribuisce al personale di ruolo un trattamento economico differenziato per posizioni stipendiali progressive che maturano allo scadere di prestabiliti periodi di servizio (il primo dei quali di 3 anni), mentre non riconosce ai dipendenti assunti a termine alcuna anzianità in relazione ai precedenti rapporti di lavoro a termine con il medesimo instaurati, erogando loro sempre e comunque soltanto la retribuzione corrispondente alla prima posizione stipendiale.

Ciò è previsto dall’art. 526 del d.lvo. 297 del 1994 in base al quale “Al personale docente ed educativo non di ruolo spetta il trattamento

economico iniziale previsto per il corrispondente personale docente di ruolo..

E' altrettanto pacifico tra le parti che, nel corso dei rapporti a termine per cui è causa, la ricorrente ha sempre percepito la retribuzione corrispondente al trattamento economico iniziale.

La stessa contesta la legittimità di tale condotta di parte convenuta alla luce del principio del diritto europeo che vieta la disparità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e a tempo indeterminato, chiedendo la completa valorizzazione in termini di anzianità dell'attività lavorativa prestata sulla scorta degli allegati contratti a termine nonché la condanna dell'Amministrazione al pagamento delle differenze retributive che ne scaturiscono per il periodo di causa.

La condotta denunciata e la normativa che l'autorizza si pongono effettivamente in aperto contrasto con la normativa comunitaria e precisamente con la clausola 4 dell'Accordo Quadro sul lavoro a tempo determinato recepito dalla direttiva 1999/70 del Consiglio dell'Unione Europea, così come interpretata dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee in numerose sentenze. Detta clausola stabilisce al primo comma che . per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive. ed al quarto comma che . I criteri del periodo di anzianità di servizio relativi a particolari condizioni di lavoro dovranno essere gli stessi sia per i lavoratori a tempo determinato sia per

quelli a tempo indeterminato, eccetto quando criteri diversi in materia di periodo di anzianità siano giustificati da motivazioni oggettive".

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee - le cui sentenze interpretative per pacifica giurisprudenza costituzionale fanno parte delle fonti normative di diritto comunitario di immediata applicabilità (cfr. C.Cost. 113/1985 e 389/1989) - si è ripetutamente pronunciata su detta clausola.

Sul punto si sono pronunziate la sentenza emessa in data 13 settembre 2007 nel procedimento C-307/05 (Del Cerro Alonso), la sentenza del 22 dicembre 2010, conclusiva dei procedimenti riuniti C-444/09 (Gavieiro Gavieiro) e C-456/09 (Iglesias Torres) in cui alla Corte era stata, tra l'altro, specificamente posta anche la questione su come debba essere intesa l'espressione "criteri del periodo di anzianità di servizio" contenuta nella clausola 4, punto 4, dell'accordo quadro. In tale ultima sentenza la Corte ha tra l'altro anche specificato che "Il carattere temporaneo del rapporto di lavoro di taluni dipendenti pubblici non può costituire, di per sé, una ragione oggettiva ai sensi di tale clausola dell'accordo quadro....

Nel recepire la direttiva comunitaria 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, il d.lvo. 368/2001 ha stabilito all'art. 6 - intitolato "Principio di non discriminazione" - che " Al prestatore di lavoro con contratto a tempo determinato spettano le ferie e la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità, il trattamento di fine rapporto e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quelli inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti

dalla contrattazione collettiva, ed in proporzione al periodo lavorativo prestato sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine..

Sebbene la norma non menzioni espressamente l'anzianità, l'uso da parte della stessa della formula " e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili" non consente dubbi circa l'intenzione del legislatore italiano di estendere l'affermazione dell'obbligo di equiparazione tra lavoratori a tempo determinato e indeterminato ad ogni aspetto del rapporto lavorativo e la conseguente necessità di attribuire un mero carattere esemplificativo all'elencazione che ne precede l'uso.

Non sono d'altronde ravvisabili motivi di incompatibilità tra la natura del contratto a termine e le varie previsioni di legge e di contratto che danno rilevanza all'anzianità nei rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

Le citate norme impongono di riconoscere alla parte istante, agli effetti giuridici ed economici un'anzianità di servizio sin dal primo rapporto a termine (quello relativo all'anno scolastico compreso dal 1.9.2005 al 31.8.2006) nei termini in cui la stessa sarebbe stata riconosciuta se fosse stata immessa in ruolo sin da tale momento.

Tutte le somme non risentono del termine prescrizionale quinquennale, dal momento che il primo rapporto di lavoro anzidetto è cessato il 31.8.2006, quindi meo di cinque anni prima dalla ricezione da parte del ministero della missiva datata 29.12.2010 e ricevuta dal resistente il 25.1.2011, con evidente efficacia interruttiva del termine di prescrizione quinquennale.

Non vi sono in atti elementi per le quantificazioni, né queste sono state oggetto di domanda, avendo la parte formulato sia per le richieste risarcitorie che per il riconoscimento degli scatti di anzianità domande geberiche, che possono trovare accoglimento nei termini anzidetti.

Le somme da corrisondersi dovranno essere poi incrementate degli interessi come per legge (non anche delle rivalutazioni, per il divieto di cumulo di cui beneficia la PA anche se debitrice nel rapporto di lavoro

Le spese di lite vanno poste a carico dell'amministrazione soccombente, liquidate e distratte in favore dell'istante come in dispositivo .

p.q.m.

Uditi i procuratori delle parti costituite, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da CALOPRESTI GIULIANA nata il 28.11.1958 nei confronti del MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, UNIVERSITA' E RICERCA - in persona del legale rappresentante pro tempore con ricorso depositato il 15.7.2011 , così provvede:

- Accoglie parzialmente la domanda e per l'effetto, dichiarata l'illegittimità dei rapporti di lavoro a tempo determinato instaurati per oltre 36 mesi dal 1.9.2005 su posto vacante e disponibile, condanna il Ministero convenuto al pagamento in favore dell'istante delle differenze a titolo di anzianità di servizio , nonché del risarcimento del danno commisurato a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, oltre interessi legali dal dovuto al soddisfo.

- Condanna il Ministero soccombente alle spese di lite che liquida in favore dell'istante per euro 2.500,00 a titolo di compensi ex

DM 55/2014 , oltre rimborso del CU per euro 225,00, spese
forfetarie al 15%, IVA e CPA come per legge, distratte ex art 93
cpc in favore dell'avv. Mesiti

Reggio Cal. 10.4.2015 Il G.L.

Drssa Patrizia Morabito

