



TRIBUNALE D I NAPOLI

SEZIONE LAVORO

Il Giudice di Napoli in funzione di Giudice del lavoro dott. Paolo Coppola, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Il giudice, nel proc. n. 5288/12 R.G.A.C., a definitivo scioglimento della riserva posta in data 7.11.12,

OSSERVA

Pende innanzi questo giudice azione proposta dalla ricorrente Mascolo Raffaella nei confronti il Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca, con la quale ha esposto:

- di essere stata assunta dal convenuto con plurimi e legittimi contratti a tempo determinato, come docente;
- che in particolare era stata assunta dall'11.11.03 all'11.1.04, dal 17.1.04 al 30.6.04, dal 17.1.05 al 16.7.05, dal 2.2.05 al 30.6.05, dal 12.1.05 al 26.1.05, dal 29.1.05 al 2.3.05, dal 7.10.05 al 10.7.06, dal 3.10.06 al 30.6.07, dal 26.9.06 al 30.6.07, dal 21.9.07 al 30.6.08, dal 11.9.08 al 12.9.08, dal 16.9.08 all'8.7.09, dal 23.10.09 al 30.6.10, dal 22.9.10 al 30.6.11, dal 4.10.11 con contratto in essere e scadenza 30.6.12

(totale 71 mesi oltre pause estive, nelle quali ordinariamente i lavoratori del settore godono di ferie, in un periodo di circa 9 anni);

- Che quindi aveva diritto alla trasformazione del contratto a tempo indeterminato ai sensi dell'art 5, comma 4-bis, del D.lgs. n. 165/01 ed ai sensi dell'art 5, commi 3 e 4, del medesimo D.L.gs.;
- che la abusiva reiterazione di contratti a termine nel settore in esame riguardava decine di migliaia di lavoratori;
- che l'art. 40 del C.C.N.L. Comparto Scuola prevede al comma 4 la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato per effetto di specifiche disposizioni normative;
- che l'art 36, comma 5, del D.L.gs. n. 165/01 (risarcimento del danno) non era applicabile nel caso di specie perché la assunzione e l'impiego dell'istante erano avvenuti in modo legittimo, nel rigoroso rispetto della procedura legislativa prevista;
- che la applicabilità dell'art 5, comma 4-bis, del D.L.gs. n. 165/01 era confermata dall'art 9, comma 18, del DL 70/11 come convertito che escludeva, dalla data di entrata in vigore in poi, la applicazione della predetta disposizione, al fine di eludere quanto

indicato in proposito dalla C.g.u.e. nella Ordinanza Affatato (C-3/10);

- che i contratti a tempo determinato della scuola non potevano ritenersi ontologicamente tali;
- che in subordine l'istante aveva comunque diritto al risarcimento del danno;
- che aveva altresì diritto al computo della anzianità di servizio al fine del riconoscimento degli scatti stipendiali in forza della clausola 4 della direttiva 1999/70/Ce anche nel corso del periodo di precariato.

Tanto premesso chiedeva che il giudice volesse accertare il suo diritto alla riqualificazione del contratto di lavoro in rapporto di lavoro a tempo indeterminato con decorrenza 1.9.09 e condannarsi parte convenuta alla sua immissione in ruolo e condannarsi il convenuto al pagamento delle retribuzioni per i periodi di interruzione del rapporto di lavoro da tale data in poi; in via subordinata condannarsi il convenuto al risarcimento del danno in misura quantificabile in 20 mensilità di retribuzione; in ogni caso condannarsi il convenuto al pagamento delle differenze retributive dovute in ragione del riconoscimento della anzianità di servizio.

Il Ministero convenuto si costituiva in giudizio eccependo il difetto di giurisdizione, la inammissibilità dello stesso e nel merito deducendo:

- che l'art 36 del D.lgs. n. 165/01 impediva la riqualificazione del rapporto di lavoro;
- che l'art 5, comma 4-bis, del D.L.gs. n. 165/01 non era applicabile alla fattispecie, visto l'art 9, comma 18, del DLgs 70/11;
- che neppure l'istante aveva diritto ad alcun risarcimento del danno, visto che la procedura di reclutamento era legittima ed in ogni caso non vi era prova degli elementi costitutivi dell'illecito;
- che i contratti a termine erano svincolati gli uni dagli altri per cui non costituivano né prosecuzione né proroga dei precedenti per cui non vi era alcun abuso e la pluralità dei contratti dipendeva dalla posizione in graduatoria dell'istante.

Tanto premesso instava per la declatoria di inammissibilità e comunque per il rigetto del ricorso, con vittoria spese.

VALUTAZIONI DEL GIUDICE SUGLI ATTI DI CAUSA

LA NORMATIVA GENERALE INTERNA

1. Per ragioni di chiarezza ricostruttiva si esporrà prima la normativa generale sul contratto a termine, con particolare riferimento alla durata massima dei contratti e, successivamente, la disciplina specifica per la scuola. Seguiranno quindi i quesiti interpretativi attinenti essenzialmente alla esistenza di un quadro normativo interno equivalente, ai sensi della clausola 5, per la

prevenzione degli abusi, al concetto di “Stato” ai sensi del diritto dell’Unione europea, alla eventuale applicazione della clausola 4 alla differente disciplina della interruzione illegittima del rapporto di lavoro a tempo determinato ed a tempo indeterminato. In ultimo si chiederà di conoscere il valore delle deduzioni dello Stato in una causa relativa ad una questione interpretativa pregiudiziale (segnatamente causa Affatato) ed in particolare se lo Stato possa effettuare qualsivoglia difesa, ovvero debba attenersi al principio di leale cooperazione.

2. L’istante si duole della illegittima reiterazione di contratti con la P.A. convenuta e si verte, quindi, nell’ambito di applicazione della Direttiva 1999/70/Ce, cui è stata data attuazione in ambito nazionale con il **decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368**, che ha abrogato le disposizioni precedenti, regolamentando *ex novo* la materia e disciplinando, oltre che le condizioni per l’apposizione del termine al contratto di lavoro, le sanzioni per la violazione della normativa (poi rimodulate con l’art 32, commi 5, 6 e 78 della L. n. 183/10).
3. Con l’art. 1, comma 39, della **legge 24.12.2007, n. 247**, il legislatore ha modificato nuovamente la disciplina del D.lgs. n. 368/2001, prevedendo l’inserimento, all’art. 5, del comma 4-*bis*, secondo il quale “*ferma restando la disciplina della successione di*

contratti di cui ai commi precedenti, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2° ed è questa la disposizione principale che da origine ai quesiti di cui alla presente ordinanza.

4. Nel pubblico impiego privatizzato, l'**art. 36 del testo unico del pubblico impiego, di cui al d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165**, nel consentire che le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale, si avvalessero delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale, stabilisce il divieto assoluto di conversione del rapporto a tempo indeterminato ed il diritto del lavoratore al mero risarcimento del danno, ferma restando la responsabilità dirigenziale. La norma, modificata più volte, oggi stabilisce che le PP.AA. per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, seguendo le procedure di reclutamento previste dall'art. 35, e che solo per rispondere ad

esigenze temporanee ed eccezionali possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti, demandando ai contratti collettivi la disciplina di tali forme flessibili di impiego, in applicazione della disciplina legislativa dettata in materia, tra cui, per quanto riguarda in particolare il contratto a termine, il d.lgs. n. 368/2001 (comma 2). L'art. 35 d.lgs. 368/2001 individua, oltre le ipotesi di collocamento obbligatorio (secondo comma), i due canali delle "procedure selettive", conformi ai principi del comma 3, volte all'accertamento della professionalità richiesta, che garantiscano in misura adeguata l'accesso dall'esterno (comma 1, lettera a) e dell'"avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento", ai sensi dell'art. 16 della legge 56/1987¹.

¹ Art. 35 - RECLUTAMENTO DEL PERSONALE:

1. L'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene con contratto individuale di lavoro:

a) tramite procedure selettive, conformi ai principi del comma 3, volte all'accertamento della professionalità richiesta, che garantiscano in misura adeguata l'accesso dall'esterno;

b) mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della legislazione vigente per le qualifiche e profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo, facendo salvi gli eventuali ulteriori requisiti per specifiche professionalità.

2. Le assunzioni obbligatorie da parte delle amministrazioni pubbliche, aziende ed enti pubblici dei soggetti di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68, avvengono per chiamata numerica degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della vigente normativa, previa verifica della compatibilità della invalidità con le mansioni da svolgere. Per il coniuge superstite e per i figli del personale delle Forze armate, delle

5. Il comma 5 dell'art. 36, nel testo modificato dall'art. 49, D.L. 25 giugno 2008, n. 112, stabilisce che *“in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai*

Forze dell'ordine, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e del personale della Polizia municipale deceduto nell'espletamento del servizio, nonché delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata di cui alla legge 13 agosto 1980, n. 466, e successive modificazioni ed integrazioni, tali assunzioni avvengono per chiamata diretta nominativa.

3. *Le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi:*

a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione;

b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire;

c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori;

d) decentramento delle procedure di reclutamento;

e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano

sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286".

6. Al lavoro a termine nella pubblica amministrazione si applica (salve esclusioni espresse di singole norme) il d.lgs. 368 del 2001, e ciò sia per il carattere generale della disciplina (che è proprio anche della regolamentazione comunitaria che non distingue tra lavoro privato e pubblico e si applica secondo la giurisprudenza di Lussemburgo ad entrambi i tipi di rapporto di lavoro), sia perché varie norme di legge disciplinano il lavoro a termine presupponendo tale applicabilità (tra le altre, e da ultimo, la **legge c.d. Fornero, del 28 giugno 2012, n. 92**, recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita, prevede espressamente all'art 1, commi 7 ed 8, tale applicabilità²).

7. L'art. 36 del D.lgs. n. 165/01 reca oggi un comma 5-bis, aggiunto

rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali.

² Art 1, commi 7 ed 8, L. 92/12:

7. Le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'articolo 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo. Restano ferme le previsioni di cui all'articolo 3 del medesimo decreto legislativo.

8. Al fine dell'applicazione del comma 7 il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, individua e definisce, anche mediante

dall'art. 17, D.L. 01.07.2009, n. 78 così come modificato dalla legge di conversione 3.8.2009, n. 102, che statuisce: <<*le disposizioni previste dall'articolo 5, commi 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano esclusivamente al personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b)*>>.

- 8.** Ne deriverebbe quindi, che la norma dell'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. 368 del 2001, ossia la norma che prevede la conversione del rapporto a termine in lavoro a tempo indeterminato a seguito del superamento dei 36 mesi di lavoro, si applichi a tutti i casi di assunzione del personale, comunque reclutato, considerato peraltro che le disposizioni sono state modificate contestualmente (con leggi 247 e 248 del 2007, di pari data).
- 9.** Da fine 2007 quindi nell'Ordinamento interno sono previste, quali misure ostative in via generale dal D.L.gs. n. 368/01, la causalità del primo contratto e delle conseguenti proroghe (art. 1), la distanza tra contratti (la cui misura ostativa massima prevedeva la necessità di una distanza minima tra i due contratti di lavoro, di 21 giorni di calendario, aumentata nel 2012) e la durata massima dei contratti.
- 10.** In particolare la distanza massima tra i due contratti è prevista

iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina

dal comma 3 dell'art 5 che, nel testo vigente fino al luglio 2012:

Qualora il lavoratore venga riassunto a termine, ai sensi dell'articolo 1, entro un periodo di dieci giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi, ovvero venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore ai sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato;

detta misura non era chiaramente soddisfattiva degli obblighi di cui alla direttiva 1999/70/Ce prevedendo un termine di gran lunga inferiore ad un termine congruo, come definito dalla C.G.C.E. nelle sentenze Adeneler (causa C- 212/04, punti 82/88) e Kiriaki Angelidaki (cause riunite da C-378/07 a C- 380/07, punto 157), nonché con l'ordinanza Vassilakis (causa C-364/07, punti da 107 a 115). Peraltro anche con la recente modifica del 2012 (legge n. 92), non applicabile alla fattispecie in esame, non sembrano essere stati soddisfatti i requisiti di cui alle indicate pronunce, essendo stato aumentato l'intervallo minimo, rispettivamente, a 60 e 90 giorni, non consentendo quella verifica prevista nella Ordinanza Vassilakis (inoltre i contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi possono stabilire la riduzione dei termini fino a 20 o 30 giorni).

11. L'Ordinamento interno non prevedeva la misura ostativa sub

relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche.

lettera b) della Clausola 5 della Direttiva 1999/70/Ce (*la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi*). Il legislatore interno è intervenuto, come detto al punto 3, introducendo specificamente detta misura, con la **legge 24 dicembre 2007, n. 247**, che ha modificato l'art. 5 del DLgs 368/01, introducendo il comma 4-bis (cfr art 1, comma 40, L. n. 247/07). Esso dispone: *4-bis. Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia **complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2.** In deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il*

lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto. In caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato.

- 12.** Il comma è stato poi così modificato dal Decreto Legge 25 giugno 2008, n. 112, come convertito: *Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti e fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, **qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2.** In deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli*

stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto. In caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato.

13. Il comma 4-ter³ prevede espressamente una ipotesi di esenzione nella applicazione del comma 4 bis, che non riguarda però la P.A.: il legislatore, quindi quando ha ritenuto di escluderne la applicazione, lo ha fatto esplicitamente.

14. Il comma 43 dell'art. 1 della legge 247/07 ha previsto una disciplina transitoria, statuendo che *in fase di prima applicazione delle disposizioni di cui ai commi da 40 a 42:*

³ Comma 4-ter: *Le disposizioni di cui al comma 4-bis non trovano applicazione nei confronti delle attività stagionali definite dal decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525...., nonché di quelle che saranno individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative.*

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. Ne deriva che la nuova disciplina opera, con valutazione dei periodi pregressi di lavoro al fine del raggiungimento del tempo limite di 36 mesi, dal 1° aprile 2009.

15. Ritiene questo giudice che il comma 4-bis potrebbe applicarsi alla P.A., deponendo in tal senso argomenti letterali e sistematici (tra i quali del comma 4-ter del medesimo art. 5 si è già detto).

16. Preliminarmente deve rilevarsi che **l'art. 36 del D.lgs. n. 165/01 sanziona solo la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori: il superamento della durata complessiva dei contratti non riguarda l'assunzione, ovvero vizi propri del contratto.**

Peraltro l'art. 36 trova la sua origine nel DLgs n. 29/93 ed all'epoca la direttiva 1999/70/CE non era stata adottata: il

legislatore aveva previsto una sanzione risarcitoria per vizi del contratto di assunzione, ovvero riguardanti le modalità di svolgimento del rapporto, in via assolutamente generale (non certo avendo presente una disciplina, quella di cui al D.lgs. n. 368/01, successiva di 8 anni). Nel senso della inapplicabilità dell'art. 36 al superamento della durata complessiva dei contratti si è espressa con chiarezza e condivisibilmente la Corte di cassazione con la Sentenza n. 10127/12 (pagg. 28 e 29), evidenziando che le assunzioni del precariato pubblico avvengono in perfetta conformità al dettato normativo e, vi è da aggiungere, il loro impiego avviene in misura esattamente corrispondente a quanto normativamente previsto: deve quindi escludersi nel settore scuola la applicabilità del predetto art. 36. Infatti la violazione del limite massimo di 36 mesi non riguarda l'impiego di lavoratori, ovvero le modalità di svolgimento della prestazione: si tratta piuttosto di una ipotesi di costituzione automatica del contratto di lavoro, sanzione esterna al contratto di assunzione (che considerato di per sé è assolutamente conforme a norma), avente lo scopo di prevenire e reprimere l'abusiva reiterazione di contratti a termine.

- 17.** Peraltro ipotizzare la risarcibilità di un danno, in luogo della costituzione di un rapporto di lavoro, in ipotesi di superamento

del limite di 36 mesi previsto dall'art 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01, determinerebbe effetti economici gravissimi. Infatti il risarcimento del danno in relazione al primo contratto che supera i 36 mesi non rende per tale ragione legittimo il superamento e non computabile il tempo già trascorso. Ne deriva che il danno andrebbe risarcito per ogni contratto successivo al superamento del tempo limite di 36 mesi e ciascun risarcimento dovrebbe avere quei caratteri di effettività, dissuasività ed equivalenza imposti dal diritto dell'U.E.: accedendo a detta tesi, nella fattispecie di cui è causa i contratti a termine risarcibili sarebbero ben n. 5.

18. Deve ricordarsi a questo punto che il legislatore interno ha modificato il predetto art. 5 e, contemporaneamente, il d.lgs. 165/01, con la coeva legge n. 244, sempre del 24 dicembre 2007, vietando alla PA di procedere alla stipula di contratti a termine (cfr il testo allora vigente a seguito della sostituzione operata dall'articolo 3, comma 78, legge n. 24 dicembre 2007, n.244)⁴.

⁴ Il legislatore in particolare aveva così modificato l'art 36 del D.L.gs. n. 165/01:
*1. Le pubbliche amministrazioni **assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile** previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa **se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi** fatte salve le sostituzioni per maternità relativamente alle autonomie territoriali. **Il provvedimento di assunzione deve contenere l'indicazione del nominativo della persona da sostituire.***
2. In nessun caso è ammesso il rinnovo del contratto o l'utilizzo del medesimo lavoratore con altra tipologia contrattuale.

19. È stato quindi previsto un divieto generalizzato, per le pubbliche

3. *Le amministrazioni fanno fronte ad esigenze temporanee ed eccezionali attraverso l'assegnazione temporanea di personale di altre amministrazioni per un periodo non superiore a sei mesi, non rinnovabile.*

4. *Le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 **non possono essere derogate** dalla contrattazione collettiva....*

6. *In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. Le amministrazioni pubbliche che operano in violazione delle disposizioni di cui al presente articolo non possono effettuare assunzioni ad alcun titolo per il triennio successivo alla suddetta violazione.*

7. *Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano agli uffici di cui all'articolo 14, comma 2, del presente decreto, nonché agli uffici di cui all'articolo 90 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Sono altresì esclusi i contratti relativi agli incarichi dirigenziali ed alla preposizione ad organi di direzione, consultivi e di controllo delle amministrazioni pubbliche, ivi inclusi gli organismi operanti per le finalità di cui all'articolo 1 della legge 17 maggio 1999, n. 144.*

8. *Gli enti locali non sottoposti al patto di stabilità interno e che comunque abbiano una dotazione organica non superiore alle quindici unità possono avvalersi di forme contrattuali di lavoro flessibile, oltre che per le finalità di cui al comma 1, per la sostituzione di lavoratori assenti e per i quali sussiste il diritto alla conservazione del posto, sempreché nel contratto di lavoro a termine sia indicato il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione.*

9. *Gli enti del Servizio sanitario nazionale, in relazione al personale medico, con esclusivo riferimento alle figure infungibili, al personale infermieristico ed al personale di porto alle attività infermieristiche, possono avvalersi di forme contrattuali di lavoro flessibile, oltre che per le finalità di cui al comma 1, per la sostituzione di lavoratori assenti o cessati dal servizio limitatamente ai casi in cui ricorrano urgenti e indifferibili esigenze correlate alla erogazione dei livelli essenziali di assistenza, compatibilmente con i vincoli previsti in materia di contenimento della spesa di personale dall'articolo 1, comma 565, della legge 27 dicembre 2006, n. 296.*

10. *Le pubbliche amministrazioni possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di programmi o attività i cui oneri sono finanziati con fondi dell'Unione europea e del Fondo per le aree sottoutilizzate. Le università e gli enti di ricerca possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di progetti di ricerca e di innovazione tecnologica i cui oneri non risultino a carico dei bilanci di funzionamento degli enti o del Fondo di finanziamento degli enti o del Fondo di finanziamento ordinario delle università. Gli enti del Servizio sanitario nazionale possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di progetti di ricerca finanziati con le modalità indicate nell'articolo 1, comma 565, lettera b), secondo periodo, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. L'utilizzazione dei lavoratori, con i quali si sono stipulati i contratti di cui al presente comma, per fini diversi determina responsabilità amministrativa del dirigente e del responsabile del progetto. La violazione delle presenti disposizioni è causa di nullità del provvedimento.*

amministrazioni, di procedere ad assunzioni a termine ed un divieto categorico di procedere a rinnovo del contratto con il medesimo lavoratore. Nella pratica la fattispecie sanzionata dall'art 5, comma 4 bis, del DLgs 368/01, come contestualmente introdotta, non doveva verificarsi nei confronti della P.A., non in forza di una previsione normativa interna all'art. 5, ma in forza dello specifico divieto di reiterazione nelle assunzioni di cui al D.lgs. n. 165/01. Il legislatore era quindi ben consapevole della introduzione della specifica misura sanzionatoria di cui all'art. 5, comma 4 bis, del D.lgs. n. 368/01, e non escludendone espressamente la astratta operatività, prevedeva un divieto di assunzioni, al fine di impedire in concreto il verificarsi della fattispecie sanzionata da detta disposizione.

20. L'art. 36, di applicabilità generale, è stato poi sostituito, dall'art. 49 del decreto-legge n. 112 del 2008 (sul punto non modificato dalla legge di conversione n. 133 del 2008), con la seguente disposizione:

Art. 36 (Utilizzo di contratti di lavoro flessibile). - 1. Per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato seguendo le procedure di

reclutamento previste dall'articolo 35.

- 2. Per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti. Ferma restando la competenza delle amministrazioni in ordine alla individuazione delle necessità organizzative in coerenza con quanto stabilito dalle vigenti disposizioni di legge, i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della somministrazione di lavoro, in applicazione di quanto previsto dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dall'articolo 3 del decreto-legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, dall'articolo 16 del decreto-legge 16 maggio 1994, n. 299, convertito con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1994, n. 451, dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 per quanto riguarda la somministrazione di lavoro, nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina con riferimento alla individuazione dei contingenti di personale*

utilizzabile. Non e' possibile ricorrere alla somministrazione di lavoro per l'esercizio di funzioni direttive e dirigenziali.

3. Al fine di evitare abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, le amministrazioni, nell'ambito delle rispettive procedure, rispettano principi di imparzialità e trasparenza e non possono ricorrere all'utilizzo del medesimo lavoratore con più tipologie contrattuali per periodi di servizio superiori al triennio nell'arco dell'ultimo quinquennio.

4. Le amministrazioni pubbliche trasmettono alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica e al Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato le convenzioni concernenti l'utilizzo dei lavoratori socialmente utili.

5. In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili,

qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286.

21. Con il D.L. n. 112/08 è stato quindi rimosso il divieto di reiterazione dei contratti di lavoro a termine, con ciò rimuovendo, in fatto, l'ostacolo alla verifica dell'evento sanzionato dall'art. 5, comma 4-bis, del D.lgs. n. 368/01 (il superamento dei 36 mesi). Lo stesso legislatore (con il medesimo D.L. 112/08) è altresì intervenuto sulla specifica disciplina del contratto a termine (DLgs 368/01) con l'art. 21, inserendo da un lato l'art 4-bis (poi dichiarato incostituzionale) e dall'altro **operando proprio sull'art 5, comma 4 bis**, nonché sul comma 4-quarter. Non appare agevole sostenere un difetto di coordinamento tra norme: il medesimo legislatore ha modificato l'art 36 da una parte, rimuovendo il divieto alla stipula e rinnovo dei contratti a termine con la P.A., ed ha modificato proprio il comma 4-bis (in maniera irrilevante ai fini che interessano) senza prevedere alcun ostacolo alla sua operatività verso la P.A..

22. Successivamente la legge n. 102/09 (art. 17) ha modificato l'art.

36 del D.lgs. n. 165/01 ed ha **espressamente previsto**:

2. *Per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti. Ferma restando la competenza delle amministrazioni in ordine alla individuazione delle necessità organizzative in coerenza con quanto stabilito dalle vigenti disposizioni di legge, i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della somministrazione di lavoro ed il lavoro accessorio di cui alla lettera d), del comma 1, dell'articolo 70 del decreto legislativo n. 276 del 2003, e successive modificazioni ed integrazioni, in applicazione di quanto previsto dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dall'articolo 3 del decreto-legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, dall'articolo 16 del decreto-legge 16 maggio 1994, n. 299, convertito con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1994, n. 451, dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 per quanto riguarda la somministrazione di lavoro, nonché da ogni successiva*

modificazione o integrazione della relativa disciplina con riferimento alla individuazione dei contingenti di personale utilizzabile. Non è possibile ricorrere alla somministrazione di lavoro per l'esercizio di funzioni direttive e dirigenziali.

3. *Al fine di combattere gli abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, entro il 31 dicembre di ogni anno, sulla base di apposite istruzioni fornite con Direttiva del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, le amministrazioni redigono, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate da trasmettere, entro il 31 gennaio di ciascun anno, ai nuclei di valutazione o ai servizi di controllo interno di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, nonché alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica che redige una relazione annuale al Parlamento. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato.*

.....

5. *In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il*

lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286.

5-bis. Le disposizioni previste dall'articolo 5, commi 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano esclusivamente al personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b), del presente decreto. Il legislatore, intervenendo espressamente sul coordinamento tra l'art. 5 del D.lgs. n. 368/01 e l'art. 36 del D.lgs. n. 165/01, *expressis verbis*, non ha inteso escludere la operatività del comma 4 bis, ma solo di diversi e successivi commi del medesimo articolo 5, che peraltro sono stati inseriti dalla legge n. 247/07 unitamente al comma 4-bis: appare arduo ipotizzabile una dimenticanza o un difetto di coordinamento tra norme. Quindi il legislatore, con la legge n.

102/09, ponendosi espressamente il problema del coordinamento tra l'art. 36 del D.lgs. n. 165/01 e le disposizioni introdotte con la legge n. 247/07 (in particolare con l'art. 1, comma 40, che ha introdotto i commi da 4-bis in poi dell'art. 5 del D.lgs. 368/01), ha inteso escludere la operatività solo di alcune di esse al pubblico impiego: tra le stesse non figura il comma 4-bis, il quale, conseguenzialmente, potrebbe ritenersi applicabile alla P.A. (di contrario avviso, come sarà dato vedersi, è la Corte di cassazione).

IL SETTORE SCUOLA

23. È a questo punto necessario descrivere le disposizioni disciplinate le assunzioni a termine nel settore della scuola pubblica (per le scuole private parificate opera la disciplina generale), al fine di verificare se il quadro normativo che ne emerge possa rappresentare misura ostativa alternativa ai sensi della Clausola 5 della Direttiva 1999/70/Ce.

24. Per gli insegnanti la disciplina del rapporto di lavoro a termine (supplenze) è contenuta nell'art. 4 della legge 124/99, che prevede che:

*«alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino **effettivamente vacanti e disponibili** entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno*

scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero, e sempreché ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo, si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo.

- 2. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento non vacanti che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico si provvede mediante il conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche. Si provvede parimenti al conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche per la copertura delle ore di insegnamento che non concorrono a costituire cattedre o posti orario.*
- 3. Nei casi diversi da quelli previsti ai commi 1 e 2 si provvede con supplenze temporanee.*
- 4. I posti delle dotazioni organiche provinciali non possono essere coperti in nessun caso mediante assunzione di personale docente non di ruolo.*
- 5. Con proprio decreto da adottare secondo la procedura prevista dall'art. 17, commi 3 e 4, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il*

Ministro della pubblica istruzione emana un regolamento per la disciplina del conferimento delle supplenze annuali e temporanee nel rispetto dei criteri di cui ai commi seguenti.

- 6. Per il conferimento delle supplenze annuali e delle supplenze temporanee sino al termine delle attività didattiche si utilizzano le graduatorie permanenti di cui all'art. 401 del testo unico, come sostituito dal comma 6 dell'art. 1 della presente legge.*
- 7. Per il conferimento delle supplenze temporanee di cui al comma 3 si utilizzano le graduatorie di circolo o di istituto. I criteri, le modalità e i termini per la formazione di tali graduatorie sono improntati a principi di semplificazione e snellimento delle procedure con riguardo anche all'onere di documentazione a carico degli aspiranti.*
- 8. Coloro i quali sono inseriti nelle graduatorie permanenti di cui all'art. 401 del testo unico, come sostituito dal comma 6 dell'art. 1 della presente legge, fatto salvo quanto previsto dall'art. 40, comma 2, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, hanno diritto, nell'ordine, alla precedenza assoluta nel conferimento delle supplenze temporanee nelle istituzioni scolastiche in cui hanno presentato le relative domande. Per gli istituti di istruzione secondaria e artistica la precedenza assoluta è attribuita limitatamente alle classi di concorso nella cui graduatoria permanente si è inseriti.*

9. *I candidati che nei concorsi per esami e titoli per l'accesso all'insegnamento nella scuola elementare siano stati inclusi nella graduatoria di merito ed abbiano superato la prova facoltativa di accertamento della conoscenza di una o più lingue straniere hanno titolo alla precedenza nel conferimento delle supplenze sui posti i cui titolari provvedono all'insegnamento di una corrispondente lingua straniera.*
10. *Il conferimento delle supplenze temporanee è consentito esclusivamente per il periodo di effettiva permanenza delle esigenze di servizio. La relativa retribuzione spetta limitatamente alla durata effettiva delle supplenze medesime.*
11. *Le disposizioni di cui ai precedenti commi si applicano anche al personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA). Per il conferimento delle supplenze al personale della terza qualifica di cui all'art. 51 del contratto collettivo nazionale di lavoro del comparto «Scuola», pubblicato nel supplemento ordinario n. 109 alla Gazzetta Ufficiale n. 207 del 5 settembre 1995, si utilizzano le graduatorie dei concorsi provinciali per titoli di cui all'art. 554 del testo unico.*
12. *Le disposizioni di cui ai precedenti commi si applicano altresì al personale docente ed ATA delle Accademie e dei Conservatori».*
- 25.** Anche per esigenze dichiaratamente permanenti si provvede

mediante contratto di lavoro a termine e ciò anche per il personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (comma 11 dell'art. 4).

26. L'utilizzo di lavoratori a termine in questo settore è stata indicato in alcune sentenze in percentuale pari al 61% del fabbisogno di personale⁵.

27. Anche la contrattazione collettiva nazionale disciplina la fattispecie dell'abuso del termine, prevedendo anche la sanzione della conversione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato, come emerge dall'art. **25 del C.C.N.L. relativo al personale del Comparto Scuola per il quadriennio normativo 2006 – 2009** che prevede per 1^a *Area docenti e contratti individuali di lavoro*” al comma 3 che *«I rapporti individuali di lavoro a tempo indeterminato o determinato del personale docente ed educativo degli istituti e scuole statali di ogni ordine e grado, sono costituiti e regolati da contratti individuali, nel rispetto delle disposizioni di legge, della normativa comunitaria e del contratto collettivo nazionale vigente»* ed all'art. 40 (*“Rapporto di lavoro a tempo determinato” del personale docente*) che *<<4. Il rapporto di lavoro*

⁵ Tribunale di Viterbo, Estensore Ianigro, Sentenza 24 settembre 2008, causa PEDICA Leandra – Ministero Istruzione Università e Ricerca: *«Pur riconoscendo il carattere strumentale dell'utilizzo di detto strumento contrattuale (secondo quanto esposto dalla ricorrente, ovvero che "nella scuola, le assunzioni con contratto di lavoro a tempo indeterminato coinvolgono, solamente, circa il 39% del fabbisogno di*

a tempo determinato può trasformarsi in rapporto di lavoro a tempo indeterminato per effetto di specifiche disposizioni normative>>.

28. L'art. 4 della legge 124/99 è stato integrato con la previsione del comma 14-bis (D.L. 134/09, come convertito con legge 167 del 24.11.09): *«I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, possono trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato solo nel caso di immissione in ruolo, ai sensi delle disposizioni vigenti e sulla base delle graduatorie previste dalla presente legge e dall'articolo 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n.296, e successive modificazioni.»*.

29. Detta disciplina è confermata dal Decreto (Inter)Ministeriale 13 dicembre 2000, n. 430, che prevede (art 1) che *«nei casi in cui non sia stato possibile assegnare sulle disponibilità di posti di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, personale soprannumerario in utilizzazione o, a qualsiasi titolo, personale con contratto a tempo indeterminato, si dispone con: supplenze annuali, per la copertura dei posti vacanti, disponibili*

personale" e che "il rimanente viene assunto deliberatamente con contratto a tempo

entro la data del 31 dicembre, e che rimangano presumibilmente tali per tutto l'anno scolastico;

supplenze temporanee sino al termine delle attività didattiche, per la copertura di posti non vacanti, di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico;

supplenze temporanee, per ogni altra necessità di supplenza diversa dai casi precedenti secondo quanto specificato all'articolo 6.».

- 30.** L'art. 9 comma 18 d.l. 13 maggio 2011, n. 70 conv. in legge 12 luglio 2011, n. 106, ha aggiunto nell'art. 10 d.lgs. 368/2001 il comma 4-bis, che prevede: «stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui all'art. 40, comma 1, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, all'art. 4, comma 14-bis, della legge 3 maggio 1999, n. 124, e all'art. 6, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed

determinato, esattamente come nel caso della ricorrente"»).

anche determinato. In ogni caso non si applica l'art. 5, comma 4-bis, del presente decreto».

31. Il sistema di reclutamento del personale scolastico resta quindi soggetto alla disciplina del t.u. del 1994 ed alle successive modificazioni, in ragione della sua specialità rispetto alla normativa del d.lgs. n. 368/2001, pure astrattamente applicabile, ed è improntato ad esigenze peculiari e contrapposte di salvaguardia della continuità del servizio, reperimento delle risorse e contenimento della spesa pubblica; invero però la legge consente una successione di contratti a tempo determinato, senza soluzione di continuità, con il medesimo docente (o amministrativo), per un numero indeterminato di volte, e ciò anche per soddisfare stabili esigenze di organico (circostanza espressamente dichiarata dall'art. 1 del Decreto Inter-Ministeriale 13 dicembre 2000, n. 430; dalla entrata in vigore del D.L. n. 70/12 è esclusa la costituzione del rapporto di lavoro a tempo determinato in lavoro a tempo indeterminato, e ciò anche nel caso di superamento dei 36 mesi di durata ed è altresì da escludersi il risarcimento del danno.

32. Le graduatorie relative ai concorsi per soli titoli, le medesime dalle quali si attinge per le supplenze, sono state trasformate in graduatorie permanenti, da utilizzare anche per le assunzioni in

ruolo di cui all'articolo 399, comma 1 d.lgs. 297/99⁶, dall'art. 401⁷, come modificato ed applicabile *ratione temporis* ed, infine, trasformate in graduatorie ad esaurimento ex art 1, comma 605, lett. C), della L. n. 296/06.

- 33.** La graduatoria permanente, nella quale è inserita la ricorrente, determina sia la sua nomina quale supplente, sia, eventualmente, la sua immissione in ruolo, non essendo quindi necessario il concorso pubblico, posto che detta graduatoria è sufficiente ad una valutazione meritocratica dell'istante in linea con i precetti della Costituzione interna (nello stesso senso Corte costituzionale, sentenza n. 41/11): la progressione nella graduatoria potrà determinare, se e quando lo Stato deciderà di individuare un numero sufficiente di cattedre, la sua immissione

⁶ Art. 399: 1. *L'accesso ai ruoli del personale docente della scuola materna, elementare e secondaria, ivi compresi i licei artistici e gli istituti d'arte, ha luogo, per il 50 per cento dei posti a tal fine annulamente assegnabili, mediante concorsi per titoli ed esami e, per il restante 50 per cento, attingendo alle graduatorie permanenti di cui all'art. 401.*

2. *Nel caso in cui la graduatoria di un concorso per titoli ed esami sia esaurita e rimangano posti ad esso assegnati, questi vanno ad aggiungersi a quelli assegnati alla corrispondente graduatoria permanente. Detti posti vanno reintegrati in occasione della procedura concorsuale successiva.*

⁷ Art. 401 commi 1 e 2: 1. *Le graduatorie relative ai concorsi per soli titoli del personale docente della scuola materna, elementare e secondaria, ivi compresi i licei artistici e gli istituti d'arte, sono trasformate in graduatorie permanenti, da utilizzare per le assunzioni in ruolo di cui all'art. 399, comma 1.*

2. *Le graduatorie permanenti di cui al comma 1 sono periodicamente integrate con l'inserimento dei docenti che hanno superato le prove dell'ultimo concorso regionale per titoli ed esami, per la medesima classe di concorso e il medesimo posto, e dei docenti che hanno chiesto il trasferimento dalla corrispondente graduatoria permanente di altra provincia. Contemporaneamente all'inserimento dei nuovi aspiranti è effettuato l'aggiornamento delle posizioni di graduatoria di coloro che sono già compresi nella graduatoria permanente.*

in ruolo (è fatto notorio, perché evidenziato anche dalla televisione di Stato, la presenza di docenti con precariato pluridecennale).

34. In tale contesto normativo la Corte di cassazione con la sentenza n. 10127/12 richiamata la circostanza che la collocazione nella graduatoria suddetta, rigida e predeterminata, garantisce la possibilità di immissione in ruolo e le necessità di bilancio e di una esigenza di flessibilità in entrata, ha rilevato che la assunzione a termine è correlata alla necessità di far fronte, con riferimento al singolo istituto scolastico al caso specifico, per cui si viene a riferire a circostanza precise e concrete caratterizzanti la attività scolastica: tale corpus normativo costituirebbe norma equivalente alle misure di cui alla clausola 5, n. 1, lett. a) e c), della Direttiva 1999/70/Ce. La reiterazione degli incarichi costituirebbe necessaria conseguenza delle esigenze sottese alla graduatoria: i contratti rimarrebbero temporanei e connessi ciascuno ad una specifica e precisa esigenza del singolo istituto scolastico.

35. La Corte di cassazione in ultimo, al punto 63 della sentenza 10127/12, ricorda come il reiterarsi degli incarichi risponde ad oggettive e specifiche esigenze ed è determinato dalla necessità di rispettare la normativa relativa alla loro assegnazione e, per tale

ragione, ribadisce che non vi è alcuno spazio per un rinvio pregiudiziale alla C.g.u.e.; ad avviso della Corte di cassazione proprio la circostanza che si tratta di rapporti di servizio conseguenti ad incarichi attribuiti di volta in volta, determina la interruzione dei contratti, per cui non spetta neppure il riconoscimento della anzianità di servizio al fine del riconoscimento degli scatti retributivi biennali (clausola 4 della direttiva 1999/70/Ce).

- 36.** Di contro deve rilevarsi come la **Commissione europea ha aperto due procedure di infrazione (proc. n. 2010/2045 e proc. 2010/2124), per la non corretta trasposizione della direttiva 1999/70/CE** relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato proprio in questo settore, al momento alla fase della della messa in mora complementare ex art. 258 TFUE. In particolare, nell'ambito della procedura d'infrazione 2010/2124, la Commissione europea ritiene che la prassi italiana di impiegare personale ausiliario tecnico amministrativo (Ata) nella scuola pubblica per mezzo di una successione di contratti a tempo determinato, senza misure atte a prevenirne l'abuso, non ottempera gli obblighi della clausola 5 dell'Accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE. Con l'altra procedura la medesima contestazione è stata estesa in

relazione al personale docente.

IL PRIMO QUESITO

- 37.** Dovendo questo giudice dare attuazione al diritto dell'Unione europea, è necessario chiedere alla Corte di giustizia se il descritto contesto normativo costituisca misura equivalente ai sensi della Clausola 5 della Direttiva 1999/70/Ce.
- 38.** Sul punto giova rilevare che lo scrivente ha in precedenza costituito un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con personale ATA della scuola pubblica (Trib. Napoli, sent. 16 giugno 2011) applicando la disposizione di cui all'art. 5, comma 4-bis, del D.lgs. n. 165/01 rilevata la impossibilità di risarcire alcun danno in subiecta materia, per come successivamente affermato dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 10127/12.
- 39.** La giurisprudenza della Corte di cassazione ha manifestato alcune incongruenze interpretative in relazione ai contratti a termine sia nel settore scuola (la citata sentenza n. 10127/12) che con la P.a. in generale (tutte le altre sentenze che seguono).
- 40.** Con la Sentenza n. 392/12 la Corte, in relazione a fattispecie per la quale non era applicabile, *ratione temporis*, l'art 5, comma 4-bis del D.lgs. n. 165/01, ha comunque sentito la necessità di affermare: *E proprio la delineata distinzione tra il regime sanzionatorio del settore pubblico e di quello privato è stata più*

volte rimarcata nella normativa comunitaria, come emerge infatti da numerosi interventi della Corte di Giustizia europea, che con una giurisprudenza granitica e da ultimo ribadita con una ulteriore pronunzia (Corte giust. 1 ottobre 2010, causa C-3/10, Affatato) porta ad escludere dall'area del lavoro pubblico l'applicazione delle disposizioni del D.lgs. n. 368 del 2001, art. 5 - che al fine di evitare il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a termine, contempla una durata massima oltre la quale il contratto di lavoro deve ritenersi concluso a tempo indeterminato. La soluzione, non necessaria ai fini del giudizio, ma comunque offerta, è quindi opposta a quanto affermato dallo Stato italiano nella causa Affatato, in relazione alla quale vi è da chiedersi se si possano trarre conseguenze sulla base degli obblighi di leale cooperazione (in prosieguo apposito quesito sul punto). Con la medesima sentenza ha fatto riferimento al principio del concorso pubblico in relazione ad assunzione di centralinista il quale invero non appare reclutabile tramite concorso pubblico. Con altra sentenza ha fatto riferimento al concorso pubblico per la assunzione a termine di un assistente bagnino (Sent. 4460/12), per le quali non pare evincersi nell'Ordinamento interno la possibilità di alcun concorso pubblico e quindi di violazione di norma imperativa di legge: in relazione a dette figure normalmente la

assunzione avviene con le medesime modalità (liste di collocamento) sia in relazione ai contratti a termine che a tempo indeterminato: le argomentazioni della Corte di cassazione appaiono pertanto evidenziare che i principi applicati vadano *oltre quanto necessario al raggiungimento dello scopo di selezionare i migliori candidati a condizioni il più possibile oggettive* (cfr Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sentenza 9 settembre 2003, procedimento C-285/01, Isabel Burbaud c/ Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, punto 110).

- 41.** Ciò posto, appare evidente che tutto l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, con affermazioni talora sovrabbondanti, è teso a rimarcare la sussistenza di un divieto di costituire un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con una P.A., ritrovandone il fondamento anche in principi talora inapplicabili alla fattispecie: una ulteriore pronuncia di costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato non è quindi percorribile sulla scorta del diritto interno come costantemente interpretato, pur essendo possibile, come evidenziato, una diversa interpretazione.
- 42.** Ne deriva quindi il quesito se il contesto normativo del settore scuola, come descritto, costituisca misura equivalente ai sensi della Clausola 5 della Direttiva 1999/70/Ce.

PUNTO DI VISTA DEL GIUDICE DEL RINVIO SULLA SOLUZIONE

DA DARE ALLA PRIMA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

SOTTOPOSTA

43. Ad avviso dello scrivente supplente e lavoratore precario non sono termini che devono necessariamente corrispondere nella materia in esame. Il quadro normativo interno, frutto di una scelta legislativa di esatta corrispondenza tra le due figure non costituisce misura ostativa, posto che sono possibili sistemi normativi atti a supplire alle esigenze delle supplenze diversi. La esigenza di sostituzione di lavoratori a tempo indeterminato è propria di qualsiasi attività lavorativa e, maggiore è il numero dei dipendenti, maggiore è la necessità di sostituzione: con centinaia di migliaia di dipendenti la esigenza di sostituzione è connaturale al sistema e non ha nessun carattere accidentale.

44. In Italia la Legge 20 maggio 1982, n. 270, intitolata <<*Revisione della disciplina del reclutamento del personale docente della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica, ristrutturazione degli organici, adozione di misure idonee ad evitare la formazione di precariato e sistemazione del personale precario esistente*>> prevedeva la presenza di una dotazione

organica aggiuntiva del 5%, proprio al fine di sopperire, almeno parzialmente, alle necessità ordinarie del sistema scolastico⁸.

⁸ In particolare assumevano rilievo gli artt 13, 14

Art. 13: *Determinazione di dotazioni aggiuntive all'organico.*

1. *Le dotazioni organiche determinate ai sensi del precedente articolo 12 sono aumentate di una dotazione aggiuntiva risultante dalla applicazione di un incremento percentuale medio del 5 per cento, calcolato sulla consistenza complessiva delle predette dotazioni organiche, fatta salva la determinazione in cifra assoluta, stabilita dal successivo articolo 20, per la prima applicazione della presente legge.*

2. *La dotazione aggiuntiva risultante dall'applicazione del precedente comma è ripartita dal Ministro della pubblica istruzione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, preliminarmente tra i diversi ordini e gradi di scuola in relazione alle rispettive specifiche esigenze.....*

Art . 14. *Utilizzazione del personale docente di ruolo.*

1. *La utilizzazione dei docenti delle dotazioni aggiuntive deve contribuire nella scuola elementare e media, e per quanto compatibile anche nella scuola materna, a realizzare una programmazione educativa secondo quanto previsto dalla legge 4 agosto 1977, n. 517 , assicurando peraltro il soddisfacimento in via prioritaria, nell'ordine, delle seguenti esigenze:*

a) *copertura dei posti di insegnamento che non possono concorrere a costituire cattedre o posti orario;*

b) *copertura dei posti di insegnamento comunque vacanti e disponibili per un periodo non inferiore a 5 mesi nell'ambito del distretto o dei distretti vicini;*

c) *sostituzione dei docenti destinati ai compiti di cui al successivo sesto comma;*

d) *sostituzione dei docenti impegnati nella realizzazione delle scuole a tempo pieno;*

e) *sostituzione dei docenti impegnati nello svolgimento dei corsi di istruzione per adulti finalizzati al conseguimento dei titoli di studio e per l'insegnamento nei corsi sperimentali di scuola media per lavoratori;*

f) *sostituzione dei docenti utilizzati ai sensi del nono comma, secondo periodo del presente articolo.*

2. *A tal fine il provveditore agli studi definisce il contingente su base distrettuale ed assegna a ciascun circolo o scuola, in relazione alle esigenze, un contingente di docenti della dotazione aggiuntiva per la scuola materna, elementare e media.*

3. *In caso di eccedenza detto personale dovrà essere utilizzato prioritariamente presso circoli didattici o scuole medie dello stesso distretto o del distretto vicino.*

45. Lo scorrimento della graduatoria ai fini del collocamento in ruolo è il frutto di una libera scelta dello Stato che decide:

- Come distribuire gli organici sul territorio nazionale e quindi far scorrere l'una o l'altra graduatoria provinciale;
- Quanti alunni collocare per classe, con conseguente variazione del fabbisogno di personale;
- Quale impegno orario per le lezioni prevedere per gli insegnanti, con conseguente variazione del fabbisogno di personale.

Nella previsione di tale scelta lo Stato dovrebbe però garantire un periodo massimo oltre il quale deve esservi una sanzione, pena la precarizzazione per un periodo di tempo indefinito in relazione alla medesima attività (insegnamento). La inefficacia del sistema interno pare dimostrato dalla quantità di personale precario (decine di migliaia).

46. Nel caso di specie sembrano soccorrere tutti i requisiti previsti dalla sentenza della C.g.u.e. 26/01/2012, **Küçük/Land Nordrhein-Westfalen, C-586/10, posto il numero e la durata**

4. Nelle scuole secondarie superiori i docenti della dotazione aggiuntiva sono assegnati dal provveditore agli studi per coprire le esigenze di cui ai punti a), b), c) e f) del primo comma.

5. Il personale docente della dotazione aggiuntiva dipende dal circolo didattico o dalle scuole in cui è stato assegnato all'inizio dell'anno scolastico.

complessiva dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi in passato con il medesimo datore di lavoro sia dall'istante (15 contratti in 9 anni per 71 mesi complessivi, senza considerare le fisiologiche pause estive della attività scolastica) che da altri lavoratori appare denotare la sussistenza di un abuso.

- 47.** Le disposizioni interne non appaiono equivalenti alla Clausola 5, n. 1, lett. a) non consentendo la verifica concreta in maniera oggettiva e trasparente della concreta esistenza di un'esigenza reale, e presenta quindi un rischio concreto di determinare un ricorso abusivo a tale tipo di contratti e, pertanto, non è compatibile con lo scopo e l'effettività dell'accordo quadro di cui alla direttiva 1999/70/Ce.
- 48.** Le disposizioni interne non appaiono equivalenti alla Clausola 5, n. 1, lett. c) presupponendo un numero di rinnovi indefinito, per come dimostrato dalla circostanza che neppure parte convenuta è stata in grado di indicare un momento in cui detti rinnovi cesseranno e, pertanto, detto assetto normativo non è compatibile con lo scopo e l'effettività dell'accordo quadro CTD.
- 49.** A differenza della disciplina di cui alla sentenza **Kücük/Land Nordrhein-Westfalen**, la disciplina italiana consente la

reiterazione di contratti a termine anche per esigenze connesse alla semplice vacanza di organico⁹.

- 50.** In ogni caso, a fronte della reiterazione per molti anni di molteplici contratti a termine successivi, la normativa interna non impone al datore di lavoro Stato di dimostrare concretamente di aver agito a fini obiettivi, e, più specificamente, di aver sopperito attraverso una successioni di contratti a tempo determinato a un'esigenza di prestazioni di lavoro realmente temporanea, e non permanente ed anzi la normativa prevede la reiterazione del contratto a termine a fronte di vacanze in organico (esigenza permanente).

IL SECONDO QUESITO

- 51.** Ove la Corte di giustizia dovesse ritenere che il quadro normativo interno non costituisce misura equivalente, residuano ulteriori, necessari al fine di verificare se, sulla scorta della normativa interna, sia possibile applicare una misura ostativa effettiva.
- 52.** La C.g.u.e. ha chiarito che l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretato nel senso che non osta, in

⁹ Ai sensi del predetto art. 4 del D.lgs. n. 124/99 (commi 11 e 1).

linea di principio, ad una normativa nazionale che esclude, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per i contratti e i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato (qualora tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico).

53. La C.g.u.e. ha chiarito che se vi è “Stato” sono giustificate conseguenze diverse, ma rimane del tutto inesplorato quando vi è “Stato”: a questo giudice non è affatto chiaro quando ricorra “settore pubblico” ovvero “Stato” al fine di giustificare conseguenze sanzionatorie diverse.

54. La nozione di riferimento è quella di “settore o categoria specifica di lavoratori”, prevista alla Clausola 5, e costituisce pertanto nozione di diritto dell'Unione europea, per cui anche la specificazione effettuata dalla C.g.u.e. (**“settore pubblico”**)

ovvero “Stato”) appare essere nozione di diritto dell’Unione. In ogni caso, anche a ritenere che la nozione di riferimento non sia contenuta in detto inciso, “settore pubblico” potrebbe ritenersi nozione di diritto europeo, posto che si tratta di elemento atto a delineare le modalità di applicazione della clausola 5 in conformità alla stessa. La varietà delle nozioni di Stato presenti nei vari paesi membri e l’esigenza di una applicazione uniforme della direttiva 1999/70/Ce inducono questo giudice a chiedere un chiarimento sul punto.

55. Era stata proposta alla C.g.u.e. una questione simile nel procedimento C-313/10, Jansen, e la causa il 25 ottobre 2011 è stata cancellata dal ruolo.

56. Con specifico riferimento al settore in esame (scuola) deve evidenziarsi come in Italia la scuola pubblica e la privata siano, al ricorrere delle condizioni legalmente previste, parificate, ma solo il settore pubblico della scuola godrebbe (nella interpretazione fatta propria dalla Corte di cassazione (sent. 10127/12) della possibilità di assumere a tempo determinato al di fuori dei limiti di cui al d.lgs. n. 368/01. Mansioni perfettamente identiche possono essere espletate dai dipendenti del settore merceologico scolastico alle dipendenze dello Stato o di imprenditore privato: vi è da chiedersi se circostanze

economiche analoghe, non riconosciute dall'Italia come ragioni obiettive atte a derogare al D.lgs. n. 368/01 relativamente a datori di lavoro privati, siano riconoscibili come tali per il datore di lavoro pubblico.

- 57.** Deve ancora rilevarsi come un'interpretazione della clausola 5, dell'accordo quadro che riserva una sorte particolare agli impieghi rientranti nel settore pubblico determina un livello di tutela dei lavoratori variabile tra gli Stati membri, tenuto conto delle differenze esistenti per quanto riguarda segnatamente il ruolo rispettivo dei soggetti pubblici e dei soggetti privati nella prestazione di servizi di interesse generale (in tal senso le conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen presentate il 15 settembre 2011 nella causa C-313/10, Jansen). La portata della nozione di settore pubblico varia in maniera troppo ampia in relazione alle concezioni adottate nei vari Stati membri, come risulta anche dalla ordinanza del 7 aprile 2011, May (C-519/09, punto 24, che richiama la sentenza del 12 febbraio 1974, Sotgiu, 152/73, punto 5), ne quale la C.g.u.e. ricorda di aver *«già avuto modo di dichiarare che, in assenza di qualsiasi distinzione compiuta nella deroga contemplata dall'art. 45, n. 4, TFUE, con riferimento agli impieghi nella pubblica amministrazione, è irrilevante stabilire se un lavoratore si trovi impiegato in qualità di*

operaio, di impiegato o di funzionario, o ancora, se il suo rapporto di impiego sia disciplinato da diritto pubblico e dal diritto privato. Tali qualificazioni giuridiche variano, infatti, secondo le legislazioni nazionali e non possono quindi fornire un criterio di interpretazione appropriato ai requisiti del diritto dell'Unione».

- 58.** Sulla scorta delle predette considerazioni deve richiedersi alla C.g.u.e. di chiarire *quando ricorra il concetto di “Stato” ovvero di “settore pubblico” al fine della verifica della compatibilità di una diversa disciplina quanto a misure ostative e conseguenze sanzionatorie in ipotesi di verifica dell’abuso ed in particolare se nello specifico settore della scuola detto concetto ricorra, tenuto conto che analoghe attività svolte da scuole private parificate e svolgenti la medesima attività la disciplina specifica applicabile è quella generale.*

PUNTO DI VISTA DEL GIUDICE DEL RINVIO SULLA SOLUZIONE

DA DARE ALLA SECONDA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

SOTTOPOSTA

- 59.** Ritiene questo giudice che il concetto di settore o categoria specifica di lavoratori, quindi di settore pubblico non possa variare in ragione dello Stato che trasponga la direttiva 1999/70/Ce posto che la diversa soluzione si porrebbe in

contrasto con gli artt. 288, 151 (paragrafo 3) e 153 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

- 60.** Inoltre lasciare alla libera determinazione degli Stati statuire quando vi è settore pubblico può portare ad una alterazione della concorrenza, posto che lo Stato potrebbe decidere di rendere “pubblico” un settore in concorrenza con privati, così godendo di una regolamentazione di miglior favore (servizi in genere).
- 61.** Deve quindi adottarsi un concetto di settore pubblico che faccia riferimento alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri: esso è un concetto necessariamente minimale e riferito a difesa, ordine pubblico, sicurezza pubblica, giustizia, diplomazia, ovvero ai settori di competenza minimali, senza i quali non sussiste <<Stato-apparato>>. Ad essi possono essere aggiunti al più i rapporti di lavoro connessi alle necessità organizzative degli organi statuali necessari in relazione al singolo Ordinamento (Parlamento, Presidenza della Repubblica, Presidenza del Consiglio, ovvero Corona, etc), ma non certo settori merceologici (in senso simile le conclusioni rese nella causa Jansen) nel quale pubblico e privato concorrono.
- 62.** In questa ultima ipotesi infatti è palese che si tratterebbe di distinzione non fondata su settore imprenditoriale o categoria

specifica di lavoratori, ma solo sulla occasionale natura del soggetto operante nel settore.

63. Nello specifico quindi nel medesimo settore (scuola), la medesima categoria di lavoratori (insegnanti) vi sarebbero misure ostative diverse (rectius, vi sarebbe o meno la misura ostativa) in ragione del soggetto abusante: detta conclusione non sembra trovare un riferimento nella clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce. Peraltro la disciplina appare in contrasto altresì con l'art 33, comma 4, della Costituzione interna¹⁰, posto che una diversa disciplina del rapporto di lavoro in subiecta materia è atta a determinare una disuguaglianza che si riverbera chiaramente sulla possibilità di assicurare nelle medesime condizioni il medesimo servizio e, quindi, il trattamento scolastico equipollente.

¹⁰ Costituzione della Repubblica italiana, art. 33, comma 4:

L'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento.

La Repubblica detta le norme generali sull'istruzione ed istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi.

Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato.

La legge, nel fissare i diritti e gli obblighi delle scuole non statali che chiedono la parità, deve assicurare ad esse piena libertà e ai loro alunni un trattamento scolastico equipollente a quello degli alunni di scuole statali.

È prescritto un esame di Stato per l'ammissione ai vari ordini e gradi di scuole o per la conclusione di essi e per l'abilitazione all'esercizio professionale.

Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato.

- 64.** Inoltre la differenziazione appare essere in contrasto con il principio della parità di trattamento, posto che alla medesima categoria di lavoratori, nel medesimo settore, in presenza della sola differenziazione di fatto del soggetto che le assume determina un trattamento diverso: tale disparità non appare oggettivamente giustificata (in senso implicitamente analogo il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea, Sentenza del 30 aprile 2009, Aayhan e a./Parlamento, F-65/07, punti 101e 102, che non ritiene implicitamente ragione sufficiente per un diverso trattamento la mera esistenza di un rapporto di lavoro con il Parlamento europeo; cfr. altresì Sentenza 4 giugno 2009, Adjemian e a./Commissione, F-134/07 e F-8/08).
- 65.** In ultimo deve rimarcarsi che la giustificazione dello speciale trattamento riservato allo Stato nel settore scuola non appare giustificabile sulla scorta della Costituzione interna (segnatamente artt. 33 e 34) perché si tratta di disciplina e correlativa giustificazione che deve trovare fondamento sul piano del diritto europeo.

IL TERZO QUESITO

- 66.** Il terzo quesito, simile a quello già proposto da questo giudice nel procedimento C-361/12, Carratù, pendente, ed attiene alla
-

Clausola 4 della Direttiva 1999/70/Ce ed in particolare se, tenuto conto delle esplicazioni di cui all'articolo 3, comma 1, lett. c), della direttiva 2000/78/CE ed all'articolo 14, comma 1, lett. c), della direttiva 2006/54/CE, nella nozione di condizioni di impiego di cui alla clausola 4 della direttiva 1999/70/CE siano comprese anche le conseguenze dell'illegittima interruzione del rapporto di lavoro; In ipotesi di risposta positiva al quesito che precede, se la diversità tra le conseguenze ordinariamente previste nell'ordinamento interno per la illegittima interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed a tempo determinato siano giustificabili ai sensi della clausola 4.

- 67.** Ulteriore ed indipendente fondamento alla necessità di procedere a costituzione del rapporto di lavoro con lo “Stato” ovvero nel settore pubblico potrebbe ritrovarsi nella Clausola 4 della Direttiva 1999/70/Ce (diretta emanazione del principio di uguaglianza di cui all’art. 20 della Carta di Nizza e degli artt. 2, 9 e 21 del Trattato).
- 68.** Sul punto deve evidenziarsi che si farà riferimento al testo dell’art. 18¹¹ della L. n. 300/70 nel testo antecedente la

¹¹ Legge n. 300/70, art. 18:

Ferme restando l'esperibilità delle procedure previste dall'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, il giudice con la sentenza con cui dichiara inefficace il licenziamento ai sensi dell'articolo 2 della predetta legge o annulla il licenziamento

emanazione della riforma c.d. Fornero (L. n. 92/12) in ragione dell'epoca dei fatti di cui è causa.

69. Detta disposizione è direttamente ed immediatamente applicabile alla pubblica amministrazione in forza dell'art. 51, comma 2, del

*intimato senza giusta causa o giustificato motivo, ovvero ne dichiara la nullità a norma della legge stessa, **ordina al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore**, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici prestatori di lavoro o più di cinque se trattasi di imprenditore agricolo, **di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro**. Tali disposizioni si applicano altresì ai datori di lavoro, imprenditori e non imprenditori, che nell'ambito dello stesso comune occupano più di quindici dipendenti ed alle imprese agricole che nel medesimo ambito territoriale occupano più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa alle sue dipendenze più di sessanta prestatori di lavoro. Ai fini del computo del numero dei prestatori di lavoro di cui primo comma si tiene conto anche dei lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro, dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato parziale, per la quota di orario effettivamente svolto, tenendo conto, a tale proposito, che il computo delle unità lavorative fa riferimento all'orario previsto dalla contrattazione collettiva del settore. Non si computano il coniuge ed i parenti del datore di lavoro entro il secondo grado in linea diretta e in linea collaterale.*

Il computo dei limiti occupazionali di cui al secondo comma non incide su norme o istituti che prevedono agevolazioni finanziarie o creditizie.

Il giudice con la sentenza di cui al primo comma condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata l'inefficacia o l'invalidità stabilendo un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione e al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali dal momento del licenziamento al momento dell'effettiva reintegrazione; in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione globale di fatto.

Fermo restando il diritto al risarcimento del danno così come previsto al quarto comma, al prestatore di lavoro è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto. Qualora il lavoratore entro trenta giorni dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro non abbia ripreso il servizio, né abbia richiesto entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza il pagamento dell'indennità di cui al presente comma, il rapporto di lavoro si intende risolto allo spirare dei termini predetti.

La sentenza pronunciata nel giudizio di cui al primo comma è provvisoriamente esecutiva.

D.lgs. n. 165/01¹² per cui ne deriva che la illegittima interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze della P.A. determina la reintegra.

70. Deve ancora evidenziarsi che è regola generale la applicazione dell'art. 18 della L. n. 300/70 nella ipotesi della illegittima interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato anche nel settore privato, salvo l'ipotesi di recesso discriminatorio, per la quale vi è disciplina apposita e di datori di lavoro che dimostrino di essere sotto i limiti numerici dell'art 18, per i quali è prevista la tutela risarcitoria di cui alla legge n. 604/66 (eccezione alla regola; detto orientamento è costante sin da Cass. Civ. Sez. U, Sentenza n. 141 del 10/01/2006: *In tema di riparto dell'onere probatorio in ordine ai presupposti di applicazione della tutela reale o obbligatoria al licenziamento di cui sia accertata l'invalidità, fatti costitutivi del diritto soggettivo del lavoratore a riprendere l'attività e, sul piano processuale, dell'azione di impugnazione del licenziamento sono esclusivamente l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato e l'illegittimità dell'atto espulsivo, mentre le dimensioni dell'impresa, inferiori ai limiti*

¹² Art. 51, *disciplina del rapporto di lavoro:*

1. *Il rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche è disciplinato secondo le disposizioni degli articoli 2, commi 2 e 3, e 3, comma 1.*

stabiliti dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970, costituiscono, insieme al giustificato motivo del licenziamento, fatti impeditivi del suddetto diritto soggettivo del lavoratore e devono, perciò, essere provati dal datore di lavoro).

71. Ritiene questo giudice che il principio di uguaglianza non discriminazione, di cui alla Clausola 4 della Direttiva 1999/70/Ce, potrebbe riguardare anche modalità di costituzione ed interruzione del rapporto di lavoro. Infatti l'elenco delle situazioni regolamentate dalla clausola antidiscriminatoria appare aperto e quando detta clausola è stata espressa in maniera più dettagliata (non più ampia), l'interruzione del rapporto di lavoro è stata espressamente inclusa. Ciò in particolare risulta dall'art 3, comma 1, lett. C, della direttiva 2000/78/CE che espressamente indica quali condizioni di lavoro, *le condizioni di licenziamento*; nello stesso senso l'art 14 della Direttiva 2006/54/Ce che espressamente comprende alla lettera C *le condizioni di licenziamento e la retribuzione come previsto all'articolo 141 del trattato.*

72. Ne deriva che la eventuale violazione del principio di uguaglianza

2. La legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti.

non discriminazione, sub specie di discriminazione tra effetto della illegittima interruzione del rapporto di lavoro a termine e del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, potrebbe ricadere nell'ambito di applicazione della clausola 4 della direttiva 1999/70/CE, con applicazione orizzontale, trattandosi di principio fondamentale dell'Ordinamento europeo.

73. Deve rilevarsi ancora come la Direttiva 1999/70/Ce (segnatamente della clausola 5) ha anche il *fine di evitare che una persona assunta nell'ambito di un rapporto di lavoro a tempo determinato sia mantenuta troppo a lungo in una situazione precaria che rischi di fragilizzarla e che essa sia privata della tutela che le disposizioni che contrastano il licenziamento offrono ai lavoratori subordinati che fruiscono di un contratto a tempo indeterminato. La Corte ha messo in rilievo che il beneficio della stabilità dell'impiego costituisce effettivamente, ai sensi dell'accordo quadro, un elemento portante della tutela degli interessi dei lavoratori. Osservo che il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea ha aderito a tale orientamento e ha dichiarato che se non può ritenersi che la stabilità dell'impiego sia stata eretta, dalle parti firmatarie dell'accordo quadro, a principio generale di diritto a carattere vincolante, essa costituisce tuttavia*

una finalità perseguita da queste ultime (conclusioni dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen presentate il 15 settembre 2011, Causa C- 313/10, Land Nordrhein-Westfalen contro Sylvia Jansen). La diversità di tutela, per il lavoratore a tempo determinato rispetto al lavoratore a tempo indeterminato, nella invarianza del datore di lavoro, potrebbe costituire una elusione della finalità di impedire che questa sia privata della tutela che le disposizioni che contrastano il licenziamento offrono ai lavoratori subordinati che fruiscono di un contratto a tempo indeterminato.

IL QUARTO QUESITO

- 74.** Ulteriore ed autonomo argomento a fondamento della applicazione dell'art. 5, comma 4-bis, del D.lgs. n. 165/01 è costituito dalle difese dello Stato italiano nella causa Affatato (C-3/10).
- 75.** La tesi della non applicabilità del D.lgs. n. 368/01 al settore Scuola si fonda su un argomento letterale debolissimo, rappresentato dal comma 8 dell'art. 70 del D.lgs. n. 165/01 così riportato dalla Corte di cassazione nella sentenza n. 10127/12: <<*Sono fatte salve le procedure di reclutamento del personale della scuola di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 e successive modificazioni ed integrazioni*>>.

76. In realtà l'art. 70 dispone: <<Le disposizioni del presente decreto si applicano al personale della scuola. Restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 21 della legge 15 marzo 1997, n. 59 e del decreto legislativo 12 febbraio 1993, n. 35. Sono fatte salve le procedure di reclutamento del personale della scuola di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 e successive modificazioni ed integrazioni>>.

77. Il D.lgs. n. 165/01 deroga quindi solo alle modalità di reclutamento previste dall'art. 35¹³ e non integralmente al D.lgs. n. 165/01, quindi non all'art. 36 che richiama espressamente il D.lgs. n. 165/01. Argomento letterale opposto alla tesi della Corte di cassazione è contenuto nel comma 5-bis dell'art 36 che prevede <<Le disposizioni previste dall'articolo 5, commi 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano esclusivamente al personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b), del presente decreto>>. La disposizione presuppone procedure di reclutamento diverse da quelle di cui all'art 35 (tra cui il settore Scuola) e dichiara inapplicabili i commi 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies dell'art 5 del D.lgs. n. 165/01 così affermando a contrario la applicazione del comma 4-bis (superamento dei 36

mesi).

78. Nel possibile contrasto interpretativo questo giudice deve scegliere la tesi che consenta di ritenere rispettati gli obblighi derivanti dalla appartenenza dell'Italia alla Unione europea: al fine questo giudice si chiede se un obbligo discenda dalle difese dello Stato italiano nella causa C-3/10, Affatato, nel quale l'Italia ha dichiarato che la disciplina interna prevede, senza specificare ulteriormente, la costituzione di contratti a tempo indeterminato con lo Stato, in ipotesi di superamento del 36 mesi di lavoro.

79. Nella Causa C-3/10 lo Stato italiano, innanzi la Corte di Giustizia dell'Unione europea, ha affermato (a margine i punti della Ordinanza della Corte, Sesta Sezione, 1° ottobre 2010, Affatato):

(punto 48) *A tale proposito, nelle sue osservazioni scritte il **governo italiano ha sottolineato, in particolare, che l'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001, quale modificato nel 2007, al fine di evitare il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico, ha aggiunto una durata massima oltre la quale il contratto di lavoro è ritenuto concluso a tempo indeterminato** e ha introdotto, a favore del lavoratore che ha*

¹³ Per il testo dell'art. 35 si veda la nota n. 1.

prestato lavoro per un periodo superiore a sei mesi, un diritto di priorità nelle assunzioni a tempo indeterminato. Inoltre, l'art. 36, quinto comma, del d.lgs. n. 165/2001, come modificato nel 2008, prevedrebbe, oltre al diritto del lavoratore interessato al risarcimento del danno subito a causa della violazione di norme imperative e all'obbligo del datore di lavoro responsabile di restituire all'amministrazione le somme versate a tale titolo quando la violazione sia dolosa o derivi da colpa grave, l'impossibilità del rinnovo dell'incarico dirigenziale del responsabile, nonché la presa in considerazione di detta violazione in sede di valutazione del suo operato.

*(punto 49) Analogamente a quanto già dichiarato dalla Corte nelle citate sentenze Marrosu e Sardino (punti 55 e 56), nonché Vassallo (punti 40 e 41), nei confronti dei provvedimenti previsti dal decreto n. 368/2001 nella sua versione originaria (v., altresì, ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 128), così come in quelle riguardanti altre disposizioni nazionali paragonabili (v. sentenza Angelidaki e a., cit., punto 188, nonché ordinanza Koukou, cit., punto 90), **una disciplina nazionale siffatta potrebbe soddisfare i requisiti ricordati nei punti 45-47 della presente ordinanza.***

(punto 50) *Spetta tuttavia al giudice del rinvio, l'unico competente a pronunciarsi sull'interpretazione del diritto interno, accertare se le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva delle pertinenti disposizioni di diritto interno configurino uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato (v. citate sentenze Marrosu e Sardino, punto 56; Vassallo, punto 41, e Angelidaki e a., punti 164 e 188, nonché citate ordinanze Vassilakis e a., punto 135; Koukou, punti 69, 77 e 90, e Lagoudakis e a., punto 11).*

- 80.** Quanto indicato dalla Corte di giustizia nella predetta ordinanza è esattamente corrispondente al testo delle osservazioni scritte dello Stao italiano, allegate dall'istante nelle proprie produzioni ed in particolare ai punti da 57 a 74 (cfr in particolare i punti 66, 67, 73 e 74¹⁴).

¹⁴ Punti richiamati delle conclusioni della Repubblica italiana nella causa Affatato: 66. *D'altro canto, l'evoluzione della normativa non può che rafforzare la bontà delle conclusioni già raggiunte dalla Corte di giustizia nelle richiamate sentenze Sardino e Vassallo.*

.....

67. *Infatti, da un lato, i commi 4-bis (Ndr. dell'art. 5 del d.lgs. n. 368/01), 4-quater 4-quinquies e 4-sexies aggiunti all'art. 5 del decreto legislativo n. 368 del 2001 dalla legge n. 247 del 2007 hanno fissato ulteriori paletti per evitare la reiterazione di contratti a termine, stabilendo una durata massima al di là della quale il contratto si considera a tempo indeterminato e introducendo un diritto di precedenza di chi abbia*

81. Le affermazioni dello Stato italiano sono state ritenute da alcuni commentatori quali mere difese, non rappresentazione di una realtà fattuale, prive di valore giuridico. Si domanda questo giudice se ad opposte conclusioni si debba giungere sulla scorta dell'art. 4 del Trattato istitutivo della Unione europea.

82. L'Unione europea si fonda sulla leale cooperazione (art. 4 del Trattato istitutivo, ma anche 119 del Trattato sul funzionamento) tra gli Stati, tra le Istituzioni della U.E. tra loro ma, soprattutto, tra gli Stati e le Istituzioni della U.E.. Tale principio non è solo il cardine dell'affermazione del primato della Unione, ma anche lo strumento primario della politica di coesione ed integrazione degli Stati, ovvero esso è **il principio fondante** l'Unione europea. Lo stesso è alla base degli obblighi di risultato di cui alle

prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi nelle assunzioni a tempo indeterminato,.....

.....

73. A tal riguardo una normativa nazionale quale quella controversa nella causa principale, che prevede norme imperative relative alla durata e al rinnovo dei contratti a tempo determinato, nonché il diritto al risarcimento del danno subito dal lavoratore a causa del ricorso abusivo da parte della pubblica amministrazione a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, è stata ritenuta dalla Corte di giustizia prima facie soddisfare detti requisiti (sentenza Vassallo, punto 40).

74. Quanto al quesito n. 15, si ricorda che la Corte di giustizia ha già affermato che spetta al giudice del rinvio valutare in quale misura le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva dell'art. 36, secondo comma, prima frase, del d. lgs. n. 165/2001 ne fanno uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato (sentenza Sardino, punto 56).

direttive. Esso vincola anche il giudice interno ed è posto alla base dell'obbligo di interpretazione conforme (cfr, tra le tantissime, Sentenza 13 novembre 1999, causa C-106/89, *Marleasing*, punti 8-9; Sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, punti 43-47).

- 83.** La C.g.u.e. ha affermato che si tratta di *un principio di solidarietà che trova più agevole accoglimento in un contesto di fiducia reciproca fra ordinamenti*. Da tale principio deriva che “gli stati membri hanno l'obbligo di facilitare alla comunità l'assolvimento dei suoi compiti” nonché *“doveri particolari di azione e di astensione”* dei Paesi membri nei confronti delle istituzioni (Sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 1981, causa 804/79, *Commissione c. Regno Unito*).
- 84.** Sono istituzioni (art. 13 del Trattato) il Parlamento europeo, il Consiglio europeo, il Consiglio, la Commissione europea, la **Corte di giustizia dell'Unione europea**, la Banca centrale europea, la Corte dei conti. Ne deriva che lo Stato deve lealmente cooperare anche nei confronti della Corte di Giustizia.
- 85.** Una espressione di tale obbligo è contenuta nell'art. 4, comma 3, del Trattato: *In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e*

gli Stati membri si rispettano e **si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati**. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli **Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti** e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione.

- 86.** È compito della Corte di Giustizia, tra l'altro, assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati (art. 19) ed al fine si pronuncia *in via pregiudiziale*, su richiesta delle giurisdizioni nazionali, sull'interpretazione del diritto dell'Unione (cfr altresì l'art 267 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea: *La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale sul l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni*). Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte (art 267, comma 3, del Trattato sul funzionamento). È quindi prevista una

riserva interpretativa che pone la Corte in posizione nevralgica dell'Ordinamento europeo, dovendo garantire una applicazione uguale e conforme del diritto della UE sull'intero territorio dell'Unione, nonché ausiliare i giudici interni in una interpretazione conforme delle norme interne.

87. Rileva questo giudice che da un esame dello Statuto della Corte di Giustizia emerge che innanzi la Corte non si discute della norma interna, ma della interpretazione della normativa europea (anche se spesso la C.g.u.e. conclude con un osta o non osta), per cui la partecipazione dello Stato non riguarderebbe l'esercizio di un diritto di difesa in senso tecnico, quanto piuttosto gli obblighi di leale cooperazione nell'ausiliare la C.g.u.e. nel suo compito interpretativo. Detta conclusione è rafforzata dalla circostanza che le sentenze interpretative della C.g.u.e. non vincolano lo Stato di appartenenza del giudice remittente ma tutti gli Stati membri, trattandosi sostanzialmente di *jus superveniens* (nel medesimo senso, costantemente, anche la Corte Costituzionale italiana; cfr, *ex plurimis*, Ordinanza n. 252/06).

88. La procedura innanzi la CGUE non è contenziosa e non si conclude con una condanna, ma con una interpretazione di norma dell'Unione. Gli artt. 22, 23, 24, 32 e 40 dello **Statuto**

della C.G.U.E., nel testo all'epoca vigente, potrebbero avvalorare dette conclusioni, ed in particolare dal raffronto tra gli artt. 22 (procedimento contenzioso che si conclude con condanna) e 23 si evincerebbe come i procedimenti siano nettamente diversi (il primo contenzioso ed il secondo non contenzioso).

89. L'art. 23 distingue: 1. le parti in causa (nella Affatato non lo Stato, ma una ASL che aveva diritto ad essere in giudizio autonomamente); 2. gli Stati membri; 3. la Commissione; 4. l'istituzione, l'organo o l'organismo dell'Unione che ha adottato l'atto di cui si contesta la validità o l'interpretazione. L'art. 24 distingue le parti, che possono rifiutare di rispondere, dagli gli Stati che non siano parti in causa (e l'Italia non era tale) che devono rendere le informazioni richieste. L'art. 32 prevede la possibilità di interrogare le parti stesse. Tuttavia queste ultime possono provvedere alla propria difesa orale soltanto tramite il proprio rappresentante (circostanza che induce a ritenere la radicale diversità tra parte, cui si applica l'art 32 e che può essere interrogata, e Stato nella procedura pregiudiziale interpretativa). L'art. 40 prevede l'intervento degli Stati membri e delle Istituzioni dell'Unione, nonché di ogni altra persona se possono dimostrare di avere un interesse alla soluzione della

controversia sottoposta alla Corte (la parte è già in giudizio). Ne deriva che gli artt. 32 e 40 sembrano distinguere chiaramente le parti dagli Stati.

90. Lo Stato italiano sembra non possa ritenersi parte nel procedimento di cui alla causa Affatato, a causa della sola circostanza che il giudice remittente era italiano.

91. Ne deriva che appare dubbio che lo Stato italiano possa aver legittimamente dichiarato scientemente un quadro normativo interno non corrispondente al vero, perché parte, ovvero per un non meglio precisato esercizio di un diritto di difesa, posto che potrebbe ritenersi obbligato a rispettare il principio di leale cooperazione.

92. Ovviamente il giudice interno non è vincolato in maniera assoluta dalla interpretazione offerta dallo Stato, ma, ove quella offerta dallo stesso sia ritenuta conforme dalla C.g.u.e. (e nella causa Affatato tale è stata ritenuta), quando non esista altra interpretazione delle disposizioni interne soddisfattiva (nel caso che interessa l'unica misura ostativa applicabile potrebbe essere costituita dalla durata massima dei plurimi contratti di lavoro a termine), l'obbligo di interpretazione conforme potrebbe risultare,

per così dire, rafforzato dall'obbligo di leale cooperazione, tenuto conto delle dichiarazioni rese dall'Italia.

93. La Corte di cassazione nelle indicate sentenze ha ritenuto che la misura ostativa interna relativa alla durata massima dei contratti a termine non si applichi allo Stato: così facendo ha sostanzialmente affermato che quanto dichiarato dall'Italia nella causa Affatato sia non rispondente al vero. La stessa però non ha esaminando in alcun modo gli obblighi derivati dal principio di leale cooperazione e ha lasciato, conseguenzialmente, irrisolta la perplessità che in tal modo si determini la violazione di uno dei principi fondanti l'U.E..

94. Deve rilevarsi come la misura ripristinatoria del rapporto di lavoro sia certamente soddisfattiva degli obblighi derivati dal diritto dell'Unione, determinando la definitiva eliminazione delle conseguenze dell'abuso: a fronte di una esigenza stabile (e tale è per disposizione interna una esigenza lavorativa estrinsecatasi nel superamento del limite legale dei 36 mesi) vi è la costituzione di un rapporto di lavoro stabile, quindi elisione dell'abuso con eliminazione delle conseguenze della violazione del diritto dell'Unione (specifico obbligo; c.f.r. sentenze della Corte di Giustizia Adeneler e a., punto 94; Marrosu e Sardino, punto 51;

Vassallo, punto 36, e Angelidaki e a., punto 158, nonché ordinanze Vassilakis e a., punto 125, e Koukou, punto 64), e la applicazione dell'art 5, comma 4-bis, del D.lgs. n. 368/01 potrebbe essere rafforzata dall'obbligo di ritenere che lo Stato italiano abbia adempiuto gli obblighi di cui all'art 4 del Trattato, ovvero abbia lealmente cooperato con la C.g.u.e. nella ricostruzione del quadro normativo interno.

IL QUINTO ED IL SESTO QUESITO

95. L'art 40¹⁵ del C.C.N.L. Comparto Scuola per il quadriennio normativo 2006-2009 e biennio economico 2006-2007, stipulato

¹⁵ ART.40 - *RAPPORTO DI LAVORO A TEMPO DETERMINATO:*

1. *Al personale di cui al presente articolo, si applicano le disposizioni di cui ai commi 2, 3, e 4 dell'art. 25.*

2. *Nei casi di assunzione in sostituzione di personale assente, nel contratto individuale è specificato per iscritto il nominativo del dipendente sostituito.*

3. *In tali casi, qualora il docente titolare si assenti in un'unica soluzione a decorrere da una data anteriore di almeno sette giorni all'inizio di un periodo predeterminato di sospensione delle lezioni e fino a una data non inferiore a sette giorni successivi a quello di ripresa delle lezioni, il rapporto di lavoro a tempo determinato è costituito per l'intera durata dell'assenza. Rileva esclusivamente l'oggettiva e continuativa assenza del titolare, indipendentemente dalle sottostanti procedure giustificative dell'assenza del titolare medesimo.*

Le domeniche, le festività infrasettimanali e il giorno libero dell'attività di insegnamento, ricadenti nel periodo di durata del rapporto medesimo, sono retribuite e da computarsi nell'anzianità di servizio. Nell'ipotesi che il docente completi tutto l'orario settimanale ordinario, ha ugualmente diritto al pagamento della domenica ai sensi dell'art. 2109, comma 1, del codice civile.

4. *Il rapporto di lavoro a tempo determinato può trasformarsi in rapporto di lavoro a tempo indeterminato per effetto di specifiche disposizioni normative.*

5. *Gli insegnanti di religione cattolica sono assunti secondo la disciplina di cui all'art. 309 del D.lgs. n. 297 del 1994, mediante contratto di incarico annuale che si intende confermato qualora permangano le condizioni ed i requisiti prescritti dalle vigenti disposizioni di legge.*

il 29 novembre 2007 (**dopo quindi la adozione dell'art 5, comma 4-bis, del D.lgs. n. 368/01**) prevede al comma 4 che *il rapporto di lavoro a tempo determinato può trasformarsi in rapporto di lavoro a tempo indeterminato per effetto di specifiche disposizioni normative.*

96. La disposizione, per quanto fin qui evidenziato, non può che fare riferimento esclusivamente alla ipotesi di costituzione del rapporto di lavoro di cui all'art. 5, comma 4-bis, del D.lgs. n. 368/01.

97. Detta disposizione deve ritenersi comunicata al lavoratore ai sensi dell'art. 2, n. 1, della direttiva 91/533/Cee in forza dell'art. 40, comma 1, del D.lgs. n. 165/01 (*La contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali*), dell'art 2, comma 3, del medesimo D.lgs. (*I rapporti individuali di lavoro di cui al comma 2 sono regolati contrattualmente. I contratti*

6. *Il rapporto di lavoro del personale di cui al precedente comma è costituito, secondo quanto previsto nei punti 2.3., 2.4, 2.5. del D.P.R. 16 dicembre 1985, n.751, possibilmente in modo da pervenire gradualmente a configurare, limitatamente alle ore che si rendano disponibili, posti costituiti da un numero di ore corrispondente all'orario d'obbligo previsto, in ciascun tipo di scuola, per i docenti assunti con rapporto di lavoro a tempo indeterminato.*

7. *Il personale di cui al presente articolo, con orario settimanale inferiore alla cattedra oraria, ha diritto, in presenza della disponibilità delle relative ore, al completamento o, comunque, all'elevazione del medesimo orario settimanale.*

collettivi sono stipulati secondo i criteri e le modalità previste nel titolo III del presente decreto; i contratti individuali devono conformarsi ai principi di cui all'articolo 45, comma 2. L'attribuzione di trattamenti economici può avvenire esclusivamente mediante contratti collettivi e salvo i casi previsti dal comma 3-ter e 3-quater dell'articolo 40 e le ipotesi di tutela delle retribuzioni di cui all'articolo 47-bis, o, alle condizioni previste, mediante contratti individuali. Le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale....) e dell'art 35, comma 1, sempre del medesimo D.lgs. (L'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene con contratto individuale di lavoro:....).

- 98.** Inoltre ulteriore espresso richiamo alla contrattazione collettiva è contenuta nell'art. 36, comma 2, del D.lgs. n. 165/01 che prevede: *i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato.*
- 99.** Ai sensi dell'art. 25, comma 5, del C.C.N.L. indicato con riferimento anche al lavoratore supplente dispone che *il contratto individuale specifica le cause che ne costituiscono condizioni*

risolutive e specifica, altresì, che il rapporto di lavoro è regolato dalla disciplina del presente CCNL: ne deriva che gli elementi del contratto individuale devono ritenersi integrati dalle indicazioni del C.C.N.L., tra cui il predetto art. 40, che deve ritenersi per tale ragione comunicato all'istante.

100. Il legislatore con l'art. 9, D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con L. 12 luglio 2011, n. 106, ha aggiunto il comma 4-bis all'art 10 del D.lgs. n. 368/01 prevedendo: *<<Stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui all'articolo 40, comma 1, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, all'articolo 4, comma 14-bis, della legge 3 maggio 1999, n. 124, e all'articolo 6, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato. In ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-bis, del presente decreto>>.*

101. Il legislatore italiano, secondo una prassi ormai consolidata nella ipotesi in cui siano possibili interpretazioni normative non volute, è intervenuto in subjecta materia con una disposizione che vuole essere sistematica e con efficacia retroattiva (solitamente interviene con disposizioni interpretative), per cui detta disposizione costituisce ulteriore possibile ostacolo alla operatività di una sanzione effettiva.

102. Detta disposizione è interpretabile in due modi. Per la prima tesi si tratterebbe di disposizione di sistema (così Corte di cassazione, sentenza n. 10127/12, punti 31 e 32¹⁶), per cui mai avrebbe operato nel settore l'art. 5, comma 4-bis, del D.lgs. n. 368/01 e, quindi, anche l'art.40 del C.C.N.L.. Di contro può ritenersi che si tratti di disposizione innovativa e, quindi, destinata ad operare dalla data della sua entrata in vigore, restando i rapporti pregressi regolamentati e sanzionati dall'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01.

103. La direttiva 91/533/Cee del Consiglio, del 14 ottobre 1991, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore

¹⁶ *Trattasi, invero, di esplicitazione di un principio che, in quanto già enucleabile, alla stregua di quanto in precedenza rimarcato, dal precedente sistema, non ha comportato alcuna innovazione e risponde, piuttosto, all'esigenza, avvertita dal legislatore, di ribadire, a fronte del proliferare di controversie sulla illegittimità delle assunzioni a*

delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro prevede all'art. 2, n. 1, che *il datore di lavoro è tenuto a comunicare al lavoratore subordinato cui si applica la presente direttiva, in appresso denominato « lavoratore », gli **elementi essenziali** del contratto o del rapporto di lavoro* ed al comma 2, lett. e), la indicazione se si tratta di un contratto o di un rapporto di lavoro temporaneo, della *durata prevedibile del contratto o del rapporto di lavoro*.

104. Deve richiedersi alla Corte di giustizia se nella previsione generale dell'art. 2, n. 1 (cfr. C.g.u.e. sentenza 8 febbraio 2001, procedimento C-350/99, Lange, punto 21), ovvero dell'art. 2, n. 32, lett. e) rientri anche la indicazione delle ipotesi in cui in contratto non è più temporaneo, ma a tempo indeterminato, posto che per tale effetto si ha una modifica di detto elemento del contratto di lavoro.

105. Ove la risposta della C.g.u.e. sia positiva appare chiaro come la integrazione del contratto di lavoro dell'istante sia "protetta" dalla direttiva 91/533/Cee.

termine nel settore in parola, di una regula iuris già insita nella legislazione concernente la c.d. privatizzazione del pubblico impiego.

106. L'obbligo previsto dalla direttiva 91/533/Cee, di indicare gli elementi dalla stessa previsti, potrebbe non essere fine a se stessa, bensì funzionale alla realizzazione del risultato prefissato. La Direttiva n. 533 potrebbe avere la funzione di tutela di principi basilari di civiltà giuridica come emergono dai considerata. Negli stessi è affermato che:

- 1) lo sviluppo di nuove forme di lavoro ha determinato una moltiplicazione dei tipi di rapporti di lavoro;
- 2) in tale contesto, alcuni Stati membri hanno ritenuto necessario emanare disposizioni che sottopongono a requisiti di forma i rapporti di lavoro e queste disposizioni mirano ad una migliore tutela dei lavoratori subordinati contro un eventuale **misconoscimento dei loro diritti** e ad offrire una maggiore trasparenza nel mercato del lavoro;
- 3) **Le condizioni di lavoro** di ogni lavoratore dipendente della Comunità europea **devono essere determinate nella legge, in un contratto collettivo o in un contratto di lavoro** in base alle modalità di ciascun paese;
- 4) il lavoratore subordinato deve disporre di un documento contenente informazioni sugli elementi essenziali del contratto e del rapporto di lavoro;

- 5) gli Stati membri possono escludere dal campo di applicazione taluni casi limitati di rapporti di lavoro;
- 6) onde tutelare l'interesse dei lavoratori subordinati ad ottenere un documento, qualsiasi modifica degli elementi essenziali del contratto o del rapporto di lavoro deve essere loro comunicata per iscritto;
- 7) occorre che **gli Stati membri garantiscano ai lavoratori subordinati la possibilità di far valere i loro diritti derivanti dalla presente direttiva;**
- 8) gli Stati membri devono prendere ogni disposizione necessaria per consentire loro di essere ad ogni momento in grado di **garantire i risultati imposti dalla presente direttiva.**

107. Questo giudice quindi dubita della possibilità, in forza degli obblighi di risultato di cui alla direttiva 91/533/Cee, per uno Stato di disconoscere le condizioni di lavoro dei propri dipendenti, come indicate nel documento di assunzione e dubita altresì della possibilità di misconoscere i diritti indicati nel documento di assunzione per il tramite di una disposizione che pretenda di avere una efficacia retroattiva, posto che in tal modo non si **garantisce al lavoratore subordinato la possibilità di far valere i suoi diritti derivanti dalla direttiva** (cfr C.g.u.e. sentenza 4 dicembre 1997, procedimenti riuniti C-253/96 - C-

258/96, Kampelmann e a.), ovvero il rispetto delle condizioni di lavoro indicate nel documento di assunzione.

108. Lo Stato deve *consentire a qualsiasi lavoratore che si ritenga leso dalla mancata osservanza degli obblighi derivanti dalla presente direttiva di difendere i propri diritti per via legale dopo aver fatto eventualmente ricorso ad altri organi competenti* (art. 8 n. 1) e nell'ambito di tale obbligo potrebbe rientrare non solo il diritto ad ottenere il documento di assunzione, ma di difendere i diritti sostanziali in relazione ai quali detto obbligo strumentale è previsto.

109. Deve quindi porsi il seguente quesito: *se nelle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro previste dalla direttiva 91/533/Cee e segnatamente dall'art. 2, commi 1 e 2, lett. e), rientri la indicazione delle ipotesi in cui il contratto di lavoro a termine si può trasformare in contratto a tempo indeterminato.*

110. *In ipotesi di risposta positiva al quesito che precede se una modifica con efficacia retroattiva del quadro normativo tale che non garantisca al lavoratore subordinato la possibilità di far valere i suoi diritti derivanti dalla direttiva, ovvero il rispetto delle condizioni di lavoro indicate nel documento di assunzione, sia*

contrario all'art. 8, n. 1, della direttiva 91/533/Cee ed alle finalità di cui alla direttiva 91/533/Cee ed in particolare al 2° "considerando".

P.Q.M.

Il Giudice del Lavoro del Tribunale di Napoli, visto l'art. 19, paragrafo 3, lettera b, del Trattato sull'Unione europea, l'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e l'art. 295 c.p.c., chiede alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea di pronunciarsi sulle seguenti questioni di cui in parte motiva ed in particolare:

- 1) *se il contesto normativo del settore scuola, come descritto, costituisca misura equivalente ai sensi della Clausola 5 della Direttiva 1999/70/Ce;*
- 2) *quando debba ritenersi che un rapporto di lavoro sia alle dipendenze dello "Stato", ai sensi della clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce ed in particolare anche dell'inciso "settori e/o categorie specifiche di lavoratori" e quindi sia atto a legittimare conseguenze differenti rispetto ai rapporti di lavoro privati.*
- 3) *se, tenuto conto delle esplicazioni di cui all'articolo 3, comma 1, lett. c), della direttiva 2000/78/CE ed all'articolo 14, comma 1, lett. c), della direttiva 2006/54/CE, nella nozione di condizioni di impiego di cui alla clausola 4 della direttiva 1999/70/CE siano*

comprese anche le conseguenze dell'illegittima interruzione del rapporto di lavoro; In ipotesi di risposta positiva al quesito che precede, se la diversità tra le conseguenze ordinariamente previste nell'ordinamento interno per la illegittima interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed a tempo determinato siano giustificabili ai sensi della clausola 4.

- 4) *Se, in forza del principio di leale cooperazione, ad uno Stato sia vietato rappresentare in un procedimento pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia dell'Unione europea un quadro normativo interno volutamente non corrispondente al vero ed il giudice sia obbligato, in assenza di una diversa interpretazione del diritto interno ugualmente soddisfattiva degli obblighi derivanti dalla appartenenza alla Unione europea, ad interpretare, ove possibile, il diritto interno conformemente alla interpretazione offerta dallo Stato.*
- 5) *se nelle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro previste dalla direttiva 91/533/Cee e segnatamente dall'art. 2, commi 1 e 2, lett. e), rientri la indicazione delle ipotesi in cui il contratto di lavoro a termine si può trasformare in contratto a tempo indeterminato.*
- 6) *In ipotesi di risposta positiva al quesito che precede se una modifica con efficacia retroattiva del quadro normativo tale che*

non garantisca al lavoratore subordinato la possibilità di far valere i suoi diritti derivanti dalla direttiva, ovvero il rispetto delle condizioni di lavoro indicate nel documento di assunzione, sia contrario all'art. 8, n. 1, della direttiva 91/533/Cee ed alle finalità di cui alla direttiva 91/533/Cee ed in particolare al 2° "considerando".

Ordina la sospensione del processo e che, previa comunicazione alle parti, copia della presente ordinanza sia trasmessa alla Cancelleria della Corte di Giustizia, unitamente a copia degli atti dei fascicoli di causa.

Napoli li 2.1.13.

Il Giudice

Dott. Paolo Coppola