

REPUBBLICA ITALIANA- IN NOME DEL POPOLO ITALIANO-

E' PROSECUZIONE DEL VERBALE D'UDIENZA DEL **5.3.2014**

NEL PROC N. **2127/2011 RG PI** vertente tra:

POLITANO' GIANLUCA nato il 27.1.1976 difeso dall'avv Domenico
Mesiti

contro il MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, UNIVERSITA' E
RICERCA UFFICIO IX Ambito Territoriale per la PROVINCIA DI
REGGIO CALABRIA in persona del legale rappr. *pro tempore*, difeso
dalla Avvocatura distrettuale dello Stato ;

Svolgimento del processo

Con ricorso depositato il 13.5.2011 , l'istante ha dedotto di avere prestato
servizio quale docente abilitato all'insegnamento scolastico con reiterati
contratti a tempo ideterminato , per gli anni scolastici e gli istituti seguenti,
tutti per variabili periodi e ore settimanali, comunque tutti fino **al 30 giugno**
di ogni anno, come segue:

- Anno scolastico 2002/2003 presso istituto IPSIA FERRARIS-
Palmi dal 22.10.2002, con successive proroghe fino al 26.3.2003
- Anno scolastico 2003/2004 presso istituto IPSIA FERRARIS-
Palmi dal 17.2.2003 , con successive proroghe fino al 12.6.2004
- Anno scolastico 2004/2005 presso istituto ITI "VALLAURI" di
Reggio Cal dal 17.1.2005 , con successive proroghe fino al
15.2.2005
- Anno scolastico 2005/2006 presso istituto TECNICO AGRARIO
DI PALMI" dal 14.10.2005 fino al 30.10.2006
- Anno scolastico 2008/2009 presso istituto "ENRICO FERMI" di

Bagnara Calabria dal 3.2.2009 con successive proroghe fino al 11.6.2009;

- Anno scolastico 2008/2009 presso istituto “ENRICO FERMI” di Bagnara Calabria dal 3.2.2009 con successive proroghe fino al 11.6.2009;
- Anno scolastico 2009/2010 presso istituto “ENRICO FERMI” di Bagnara Calabria per il periodo 8.9.2009

Ha dedotto che la reiterazione dei contratti a termine – sempre su posti vacanti perché non coperti da dipendenti di ruolo - succedutisi negli anni era contraria al D.Legisl 368/2001 ed ai principi comunitari e alla direttiva del 28.6.1999 (1999/70/CE), ed articolando dettagliatamente le proprie difese, richiamando gli accordi e la giurisprudenza comunitaria che aveva affermato l'applicabilità dei principi in tema di contratti a termine anche in materia di pubblico impiego, nonché le decisioni della giurisprudenza della Corte Costituzionale e di legittimità in materia di reiterazione di contratti a termine nel rapporto di lavoro privatistico, ha conclusivamente chiesto :

- Accertare e dichiarare l'illegittimità dell'apposizione del termine ai contratti di lavoro, e per l'effetto dichiararsi la nullità dei contratti a termine, conseguentemente dichiarare l'intervenuta conversione in contratto di lavoro a tempo indeterminato dal il primo contratto stipulato con l'amministrazione scolastica
- In via gradata, dichiarare la conversione del rapporto dalla data di scadenza del termine massimo dei trentasei mesi;
- Condannarsi l'amministrazione alla reintegrazione dell'istante nel posto di lavoro in precedenza occupato;

- Condannarsi il MIUR al risarcimento del danno pari alla differenza tra quanto dovuto anche per i periodi non lavorati tra un contratto e l'altro, nonché la differenza applicando la retribuzione con gli scatti di anzianità che sarebbero maturati da commisurarsi alle retribuzioni globali di fatto maturate dalla data di giustizia fino all'effettiva ripresa dell'attività lavorativa; oltre l'indennità ex art 32 della legge 183 del 2010 ed una somma pari a 15 mensilità a titolo di danno per mancata riassunzione;
- Solo in subordine ed ancor più gradatamente, condannarsi l'amministrazione al pagamento delle differenze retributive e scatti di anzianità nonché 15 mensilità- o ancora in subordine 12- oppure al numero di mensilità ritenuto più equo.

Si è costituita l'Amministrazione Scolastica, con memoria nella quale ha resistito alla domanda, eccependo innanzitutto:

- incompetenza funzionale della Sezione lavoro, non rientrando la controversia fra quelle di cui all'art 409 cpc;
- difetto di legittimazione passiva dell'amministrazione scolastica, venendo in rilievo la legittimazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, quale rappresentante dello Stato Italiano;
- sottolineava la giurisprudenza di merito che aveva avvalorato la tesi dell'amministrazione, anche in sede d'Appello (Corte App. Perugia sent 524/2010 pubbl 8.3.2011), puntualizzando la differenza tra le supplenze annuali su “**organico di diritto**” ovvero su posto vacante entro il 31.12, cui si sopperiva con contratti a termine fino al 31.agosto (quindi per l'intero anno scolastico); e le supplenze

annuali su “**organico di fatto**” ovvero su posto non tecnicamente vacante, ma di fatto disponibile, cui si sopperiva con contratti a termine fino al 30 giugno (quindi solo fino al termine delle attività didattiche);

- l'infondatezza del ricorso perché intrinsecamente contraddittorio; la peculiarità del sistema di reclutamento annuale scolastico, che deve necessariamente adattarsi alle variazioni della popolazione scolastica, da ciò trovava massimo rilievo la distinzione tra organici di diritto e di fatto, quest'ultimo adattabile e concretamente idoneo a sopperire alle reali esigenze della popolazione scolastica ed alle eventuali discrepanze rispetto alle previsioni dell'organico di diritto;
- l'inapplicabilità del D.Legisl 368 del 2001 alla materia de qua;
- l'insussistenza di qualsiasi abuso dedotto dalla parte istante e sanzionato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia;

Affermava la legittimità del termine apposto ai contratti, l'inaccoglibilità della domanda di conversione, contraria al principio fissato in materia di pubblico impiego dall'art 36 U PI n 165/2001, l'inapplicabilità nella specie della direttiva UE 1999/70/CE, in quanto la materia era soggetta a disciplina di normativa speciale, Adducendo la legittimità del sistema, la specialità della disciplina delle assunzioni nella scuola pubblica, che non sarebbero assunzioni in senso tecnico, ma speciali e progressive modalità di reclutamento, destinate a concludersi fisiologicamente con l'assunzione “*in ruolo*” e la ricostruzione della carriera, e contestando quindi ogni arbitrarietà e ogni abuso, evidenziava l'assenza di danno risarcibile concludeva per la declaratoria di irritualità del ricorso e del rito prescelto;

il difetto di legittimazione passiva del MIUR; nel merito il rigetto di tutte le domande.

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

§§§§

Esaminando le eccezioni preliminari avanzate dall'Amministrazione resistente, se ne deve affermare la palese infondatezza.

La materia è relativa al rapporto di lavoro in materia di pubblico impiego, disciplinata, anche quanto al rito ed alla competenza territoriale dagli art 409 e ss e 413 cpc ; nonché espressamente prevista dal TUPi 165/2001.

Inoltre, proprio perché gli insegnanti intrattengono il rapporto di lavoro a termine o a tempo indeterminato con il Ministero dell'Istruzione ovvero con le sue articolazioni periferiche, è quest'ultimo - e non "*lo Stato*" nella sua interezza - il legittimo contraddittore della domanda proposta, mirante ad ottenere in principalità la conversione del rapporto di lavoro a termine già intrattenuto, e comunque il risarcimento dei danni sotto le varie forme articolate nelle domande principali e gradate di cui al ricorso.

A conferma di quanto affermato le controversie che hanno l'assunzione di personale scolastico – docente o amministrativo/ATA- anche sotto il profilo della giurisdizione- hanno sempre visto il MIUR quale contraddittore: sul punto cfr **Cass Sez. U, Sentenza n. 17466 del 28/7/2009** in materia di giurisdizione sulle graduatorie permanenti del personale docente della scuola e con riferimento alle controversie

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

§§§§

La domanda tuttavia nel merito non può trovare accoglimento.

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

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

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

Tale interpretazione è stata recentemente riaffermata da **Cass Sez. L, Sentenza n. 19371 del 21/8/2013** (*pronunziata in altro genere di contenzioso, non scolastico*) nella cui massima si legge che *“In materia di pubblico impiego, un rapporto di lavoro a tempo determinato non è suscettibile di conversione in uno a tempo indeterminato, stante il divieto posto dall'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, il cui disposto è stato ritenuto*

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

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

§§§§§

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

Dall'articolata e puntuale difesa dell'Amministrazione resistente si ricava che la complessa regolazione del sistema di reclutamento scolastico passa da (spesso plurime e protratte negli anni) stipule di contratti a tempo determinato che consentono poi al personale di scalare le graduatorie ad

esaurimento in cui è collocato, ed accedere all'immissione in ruolo in forza del punteggio accumulato; e d'altra parte si differenziano in assunzioni su posti cd di "organico di diritto" (quindi posti in ruolo privi di titolare) ed "organico di fatto" cioè posti solo temporaneamente "scoperti".

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

reiterazione dei contratti a termine non conferisce al docente il diritto alla conversione in contratto a tempo indeterminato, né il diritto al risarcimento del danno, ove non risulti perpetrato, ai suoi danni, uno specifico abuso del diritto nell'assegnazione degli incarichi di supplenza.

(Cass Sez. L, Sentenza n. 10127 del 20/6/2012)

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

In tale contesto, e nonostante le decisioni della Giurisprudenza di legittimità interna ora richiamata, la questione può ritenersi ancora aperta e

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

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

Questo Tribunale si era peraltro già espresso sulla questione oggetto di domanda, affermando alcuni principi che allo stato appaiono rispondenti anche agli sviluppi fin qui conosciuti della giurisprudenza di legittimità più recente, che ha comunque ribadito che il vigente sistema di reclutamento scolastico non esonera l'amministrazione dal risarcimento del danno, ove si verifichi in danno di taluno “*, uno specifico abuso del diritto nell'assegnazione degli incarichi di supplenza*” (così nella massima di Cass n 10127 del 20/6/2012), principio che può essere recuperato ,

anche al di là del limite ricavabile dalla motivazione della decisione massimata, per tentare, allo stato, un pur difficile raccordo equilibrato fra le regole della legge nazionale sul reclutamento nella scuola e i principi dettati dalle direttive ed accordi quadro comunitari appena menzionati.

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

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

Deve ritenersi quindi abusivo l'utilizzo di una successione di contratti a termine per **un periodo superiore a 36 mesi**, che però va ancorato in **concreto e sul piano oggettivo** al fabbisogno **del singolo istituto scolastico**. Diversamente si finirebbe per delineare una nozione di fabbisogno permanente e durevole del tutto astratta e disancorata dalle effettive e concrete esigenze dell'istituto scolastico presso il quale il docente ha prestato servizio. In questa direzione spinge anche la prospettiva indicata dalla giurisprudenza comunitaria, secondo cui,

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

Il rilievo che occorre dare agli **elementi concreti relativi** in particolare all'attività di cui trattasi e alle condizioni del suo esercizio induce a porre attenzione al fabbisogno dei singoli istituti scolastici, piuttosto che al Ministero considerato nel suo complesso. A ragionare altrimenti si perderebbe – o rimarrebbe comunque sostanzialmente svuotato – quel riferimento alla concretezza dell'attività e della situazione che la Corte di Giustizia pone come ineludibile.

Ne consegue che se l'istituto scolastico ha fatto ricorso a un contratto a termine solo per uno o due anni, il periodo prestato in tale istituto scolastico non può ritenersi correlato ad un fabbisogno permanente e durevole e pertanto non è computabile ai fini del periodo complessivo di 36 mesi.

Al requisito **oggettivo**, va correlato il requisito **soggettivo**, consistente nel fatto che il singolo dipendente abbia prestato attività lavorativa con contratti a tempo determinato annuale per un periodo di almeno 36 mesi, anche presso istituti scolastici diversi, purché nel rispetto del requisito **oggettivo**. Quindi i periodi di attività lavorativa prestati presso istituti scolastici diversi sono computabili – possono cioè essere sommati –, ove ricorra il requisito **oggettivo relativo a quegli istituti**, ai fini del

superamento del limite dei 36 mesi.

Inoltre **altro requisito oggettivo** che connota l'abuso è la natura della esigenza che è stata colmata con l'utilizzo del contratto a termine: è evidente che le supplenze brevi o anche annuali ma su **organico di fatto** (quindi su posti non vacanti ma di fatto disponibili), possono ragionevolmente dirsi correlate ad **esigenze effettivamente temporanee, contingenti ed imprevedibili** (*malattie, aumento imprevisto della popolazione scolastica, assegnazione temporanea a diversa sede per il titolare della cattedra, comunque coperta , ecc.*)

Non sembra invece definibile “*contingente*” né temporanea la stipula di contratti a termine utilizzati ripetutamente per colmare per tutto l'anno posti scoperti sul cd “**organico di diritto**”, concernenti posti vacanti e disponibili, prevedibilmente scoperti per l'intero anno scolastico. Quando tali supplenze si protraggono per almeno 36 mesi, è ragionevole ritenere durevole il fabbisogno alla cui copertura cui sono preordinate.

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

Nella specie tali requisiti concorrenti per configurare l'abuso dei contratti a termine dedotto in causa non sussistono: parte istante ha indicato e documentato di aver stipulato una serie di contratti a termine per diversi istituti scolastici, per periodi inferiori all'anno , talora solo per pochi giorni o mesi, mai per l'anno intero (nessun contratto supera il 30.giugno, molti non raggiungono neppure tale data.

Per tali ragioni la presente fattispecie non appare interessata dall'ordinanza di rimessione della Corte Costituzionale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (ord n 207 del 3.7.2013) che appare riguardare l'interpretazione della clausola n 5 punto 1. dell'accordo allegato alla Direttiva 1999/70 in quanto espressamente riferita i contratti a termine di **supplenze annuali** sui posti che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del **31 dicembre**; e che quindi attengano ai **contratti annuali** stipulati fino al 31.8. di ogni anno, cioè sul cd "organico di diritto" ; mentre la presente controversia non riguarda tale ipotesi, come risulta dalla indicazione dei periodi e dai contratti stipulati dalla parte istante

Non può configurarsi – alla luce dell'interpretazione fin qui preferita e illustrata – neppure la ricorrenza *dell'abuso*, che è il presupposto necessario della domanda risarcitoria avanzata, che deve per questo essere respinta.

Escludendo l'abuso, e quindi l'illegittimità della condotta della PA, anche la domanda relativa agli "scatti di anzianità" e alle differenze retributive non può trovare accoglimento

Le spese di lite devono però essere compensate: ricorrono le esigenze di gravità ed eccezionalità dettate dall'art 92 cpc stante la varietà della giurisprudenza di merito, e la problematicità dei primi arresti della giurisprudenza di legittimità e sovranazionale, in merito alla peculiare disciplina dei contratti a termine per il reclutamento scolastico.

p.q.m.

Uditi i procuratori delle parti costituite, definitivamente pronunciando sulla

domanda proposta da POLITANO' GIANLUCA nato il 27.1.1976 nei confronti del MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, UNIVERSITA' E RICERCA - UFFICIO IX Ambito Territoriale per la PROVINCIA DI REGGIO CALABRIA in persona del legale rappresentante *pro tempore* con ricorso depositato il 13.5.2011 , così provvede:

- Rigetta la domanda;
- Compensa interamente le spese di lite fa le parti

Reggio Cal. **5.3.2014**

Il G.L.

Drssa Patrizia Morabito