

Nr. 2807 R.G. 2011  
Nr. 1591 Sent. 2011  
Nr. 10040 Cron.



**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
TRIBUNALE DI GENOVA - SEZIONE LAVORO**

IL GIUDICE,  
Dott. **Marcello BASILICO** ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella causa promossa da [REDACTED] [REDACTED]  
[REDACTED] e [REDACTED]  
residenti in Genova  
elettivamente domiciliati in Genova, Via Dante, 2/41  
presso l'Avv. Gloria Pieri  
che li rappresenta e difende per mandato in calce al ricorso introduttivo anche  
disgiuntamente con l'Avv. Paolo Galli

Ricorrenti

**Contro**

**MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E DELLA  
RICERCA**

elettivamente domiciliato in Genova, Viale Brigate Partigiane, 2  
presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato  
che lo rappresenta e difende ex lege

Convenuto



## TRIBUNALE DI GENOVA

Il giudice monocratico della sezione lavoro, dott. Marcello Basilico, ha così deciso, dando pubblica lettura della sentenza

### IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

osserva quanto segue.

Con distinti ricorsi, successivamente riuniti nell'udienza di trattazione, [redacted] hanno riferito di essere state assunte dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca scientifica (di seguito, per brevità, Ministero) con ripetuti contratti a tempo determinato.

Su questo presupposto, hanno avanzato domande riconducibili ad un duplice e distinto ordine: le une, per l'accertamento dell'illegittimità dei termini apposti ai contratti e del conseguente diritto alla conversione del rapporto a tempo indeterminato o, in subordine, al risarcimento del danno subito; le altre, per il riconoscimento comunque del diritto all'anzianità maturata ed al conseguente maggiore trattamento economico, dovendo a suo giudizio cumularsi i periodi lavorati in esecuzione di ciascun contratto.

La causa è stata decisa dopo il vano tentativo di conciliazione, non essendovi necessità di attività istruttoria.

Non v'è contestazione da parte convenuta su periodi, numero e successione dei contratti a termine stipulati; essi sono peraltro documentati dai certificati di servizio rilasciati dagli istituti scolastici presso cui parte ricorrente ha prestato l'attività.

E' da ritenersi pertanto dimostrato che tra le parti sono intercorsi i contratti indicati nei ricorsi, l'ultimo dei quali è scaduto il 30.6.2011 per [redacted] e [redacted] ed il 31.8.2011 per le altre lavoratrici. Il servizio è stato sempre prestato nell'ambito del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario, solitamente designato con l'acronimo ATA.

All'udienza di discussione la difesa attrice ha dichiarato che [redacted] è stata assunta dal Ministero convenuto a tempo indeterminato dall'1.9.2011.

In conseguenza di questo fatto sopravvenuto, l'Avvocatura dello Stato ha chiesto dichiararsi cessata la materia del contendere nei suoi confronti. Ma *“la cessazione della materia del contendere presuppone che le parti si diano reciprocamente atto del sopravvenuto mutamento della situazione sostanziale dedotta in giudizio e sottopongano al giudice conclusioni conformi in tal senso. In mancanza di tale accordo, l'allegazione di un fatto sopravvenuto, assunto come idoneo a determinare la cessazione della materia del contendere da una sola parte, deve essere valutata dal giudice”* [Cass., sez. III, 8 luglio 2010, n. 16150].

Nel caso di specie la difesa attrice ha insistito comunque per l'accoglimento del proprio ricorso. L'interesse della parte ad una pronuncia sul merito delle domande permane, poiché la diversa decorrenza della costituzione del rapporto a tempo indeterminato, chiesta in giudizio, è suscettibile di comportare conseguenze economiche ed eventualmente di carriera, non soddisfatte dall'intervenuta assunzione definitiva.

Va pertanto disattesa la soluzione proposta dall'Avvocatura dello Stato.

## **B - Sulla legittimità dei termini apposti ai contratti di lavoro.**

Dei contratti stipulati in successione col Ministero convenuto parte ricorrente ha fatto valere l'invalidità parziale, sostenendo che i rispettivi termini di scadenza siano stati apposti illegittimamente, perché in contrasto col d. lgs 368/2001 e con la direttiva 1999/70/UE, che il primo ha trasposto nel nostro ordinamento.

Stando a questa impostazione, la verifica di conformità andrebbe in effetti compiuta con riferimento tanto all'esistenza dei presupposti per l'apposizione del termine a ciascun atto negoziale (art. 1 d. lgs 368/2001) quanto al rispetto della normativa sulla loro successione (art. 5). E' d'altronde pacifico tra le parti il fatto che, in virtù della reiterazione dei contratti, il rapporto lavorativo abbia avuto, nella concreta fattispecie, durata complessivamente superiore al limite di trentasei mesi, fissato dall'art. 5, comma 4-bis, con svolgimento di mansioni sempre equivalenti.

Si è innanzi tutto sostenuto, da parte resistente, che, prestando il consenso volta a volta alle proposte contrattuali del Ministero, controparte sarebbe stata acquiescente alla scelta di reiterare le assunzioni a termine.

Il rilievo non ha fondamento.

Prima dell'entrata in vigore della legge 183/2010 - che ha esteso tra l'altro il regime dell'impugnazione ex art. 6 l. 604/66 all'azione di nullità del termine del contratto di lavoro (art. 32, terzo comma) - non erano stabilite ipotesi di decadenza nella fattispecie per cui è causa. In tale situazione, perché vi sia acquiescenza, occorre che il lavoratore adotti comportamenti inequivocabilmente incompatibili con la volontà di proseguire il rapporto espressa in sede giudiziale [così, tra le altre, Cass., sez. lav., 7 aprile 2005, n. 7207].

Orbene la manifestazione del consenso a nuove assunzioni successive a tempo determinato è espressiva dell'aspettativa della parte di avere nuove opportunità di occupazione; l'inerzia iniziale nell'esercizio del diritto è neutra e, come tale, si sottrae ad ogni valutazione del giudice diversa dall'eventuale maturare della prescrizione o dal concorso del fatto colposo del creditore, di cui all'art. 1227 cod. civ., ove ne ricorrano i presupposti [in tal senso Cass., sez. lav., 23 aprile 2009, n. 9699]. Queste condotte non possono pertanto dirsi inconciliabili con l'intento espresso nelle domande giudiziali.

Quanto al contenuto delle rivendicazioni avversarie, il Ministero ha invocato la disposizione dell'art. 36, quinto comma, d. lgs 165/2001 come ostacolo alla conversione del rapporto a tempo indeterminato, chiesta in via principale, e prima ancora la specialità del regime di reclutamento del personale scolastico, che giustificherebbe la sua sottrazione alla disciplina di derivazione europea.

## **D) Il quadro normativo interno.**

Esso trova origine nel d.l. 357/89, convertito nella legge 417/89, che aveva regolato l'accesso in ruolo del personale scolastico istituendo il sistema definito del "doppio canale", con una via riservata a coloro che avessero maturato un'esperienza predeterminata come supplenti, in alternativa al concorso aperto all'esterno per titoli ed esami. Requisito comune era costituito naturalmente dal conseguimento dell'abilitazione all'insegnamento dopo la laurea.

Il d. lgs 297/94, cosiddetto testo unico dell'istruzione, trasfuse questo meccanismo, rimasto tuttavia improduttivo per buona parte degli anni Novanta, in conseguenza della mancata indizione di concorsi ordinari. La stasi provocò l'aumento progressivo dei supplenti nominati in assenza di abilitazione.

In questa situazione intervenne la legge 124/99 a dettare disposizioni urgenti in materia di personale modificative del testo unico. Essa ha essenzialmente reso permanenti le graduatorie relative ai concorsi (interni) per soli titoli, stabilendo le regole specifiche per conseguire

l'abilitazione ai fini dell'inserimento in tali graduatorie. Ha esteso le disposizioni in materia di supplenze anche al personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (art. 4, comma 11).

L'anno seguente, in attuazione della delega conferita dallo stesso art. 4, in sede di regolamento sono state disciplinate le modalità di conferimento di dette supplenze (rispettivamente DM 201 e 430, per docenti e ATA).

Su questo tessuto normativo si sono via via innestati i successivi interventi di riforma normativi: tra questi la legge 53/2003 (c.d. "Riforma Moratti"), i DPR 121 e 122 del 2004, le leggi 80 e 296 del 2006, 169/2008 e 167/2009 (queste ultime parti della cd. "riforma Gelmini").

Da questo quadro di sintesi è opportuno estrapolare le disposizioni normative che più direttamente interessano la fattispecie in esame.

L'art. 399 d. lgs. 297/99, nel testo vigente, recita: *"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 annualmente assegnabili, mediante concorsi per titoli ed esami e, per il restante 50 per cento, attingendo alle graduatorie permanenti di cui all'articolo 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 [...]."*

Il successivo art. 400 si apre con la seguente previsione: *"01. I concorsi per titoli ed esami sono indetti su base regionale con frequenza triennale, con possibilità del loro svolgimento in più sedi decentrate in relazione al numero dei concorrenti. L'indizione dei concorsi è subordinata alla previsione del verificarsi nell'ambito della regione, nel triennio di riferimento, di un'effettiva disponibilità di cattedre o di posti di insegnamento, tenuto conto di quanto previsto dall'articolo 442 per le nuove nomine e dalle disposizioni in materia di mobilità professionale del personale docente recate dagli specifici contratti collettivi nazionali decentrati, nonché del numero dei passaggi di cattedra o di ruolo attuati a seguito dei corsi di riconversione professionale. Per la scuola secondaria resta fermo quanto disposto dall'articolo 40, comma 10, della legge 27 dicembre 1997, n. 449".*

L'art. 401 del t.u. è dedicato specificamente alle graduatorie permanenti e l'art. 1, comma sesto, l. 124/99 gli ha attribuito il seguente tenore: *"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'articolo 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.*

*[...]."*

La legge 124/99, all'art. 4, ha introdotto la disciplina, ancora attuale, delle supplenze.

Esso recita: *"1. 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'articolo 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'articolo 401 del testo unico, come sostituito dal comma 6 dell'articolo 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. [..]

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). [..]

Il regolamento per disciplinare il conferimento delle supplenze annuali e temporanee (art. 4, comma quinto, l. 124/99), è stato emanato nell'anno 2000 coi decreti nn. 201, per il personale docente ed educativo, e 430, per il personale ATA. Nelle tabelle allegate essi contengono anche i criteri per la determinazione dei relativi punteggi.

Entrambi hanno, tra l'altro, precisato uniformemente i termini di scadenza dei relativi contratti (art. 1, comma quinto, del DM 201 e 1, comma sesto, del DM 430):

- a) 31 agosto per le supplenze "annuali", di cui all'art. 4, primo comma, l. 124/99;
- b) il giorno annualmente indicato dal calendario scolastico come finale delle attività didattiche, per le supplenze "temporanee fino al termine delle attività didattiche", di cui all'art. 4, secondo comma;
- c) l'ultimo giorno di effettiva permanenza delle esigenze di servizio per le supplenze temporanee determinate da "casi diversi", ai sensi dell'art. 4, terzo comma.

Nei predetti regolamenti si è stabilito altresì che, nel caso di conferimento di supplenza ad orario parziale, permane il diritto dell'aspirante a conseguire il raggiungimento dell'orario intero obbligatorio previsto per il corrispondente personale di ruolo, mediante "più rapporti di lavoro a tempo determinato" (art. 4).

L'art. 1 d.l. 134/2009, convertito in l. 167/2009, ha aggiunto un comma 14-bis all'art. 4 l. 124/99, statuendo che "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".

Quest'ultimo richiamo è riferito alla norma (art. 1, comma 605, lett. c, l. 296/2006) che ha trasformato le graduatorie permanenti, di cui all'art. 401 t.u., in graduatorie ad esaurimento "in un'ottica di contenimento della spesa pubblica e di assorbimento del precariato". In questo modo vi è precluso l'inserimento a nuovi aspiranti prima che sia completata l'immissione in ruolo di coloro che già vi siano inseriti.

Conseguentemente è stata aggiornata anche la disciplina regolamentare per le supplenze. Per i docenti, in particolare, è intervenuto il DM 131 del 13.6.2007 che, dopo avere ribadito come il conferimento di questi incarichi avvenga esclusivamente con contratti a tempo determinato, ha modulato il funzionamento delle graduatorie ad esaurimento, concepite per le supplenze annuali (art. 4, primo comma, l. 124/99 e 1, lett. a, reg. stesso) e per quelle temporanee fino al termine delle attività didattiche (art. 4, secondo comma, l. 124/99 e 1, lett. b, reg.).

## II) Sul rapporto tra la legislazione di comparto e il d. lgs 368/2001.

Nel quadro delineato il sistema di reclutamento del personale scolastico risulta in sé compiuto. Vi si trovano regolati i criteri di formazione degli organici (artt. 441 segg., 520 segg., 548, 581 e 582 t.u., 2 e 4 l. 124/99), i presupposti soggettivi (art. 402 segg., 420, 553, 554 e 584 t.u.) ed oggettivi (art. 377 segg. e 395-397 t.u.), il procedimento (artt. 400, 404, 414-416, 421 t.u.), le graduatorie (artt. 417, 423 t.u.), le forme di mobilità (artt. 460 segg. t.u. e 8 l. 124/99).

Non è dubbio che il d. lgs 368/2001 – modificato dapprima dalla l. 247/2007 e poi, in altro senso, dalla l. 133/2008 – detti una disciplina generalizzata per il contratto a tempo determinato in tutti i settori dell'ordinamento, compreso quello del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione. Infatti, l'accordo quadro europeo sul lavoro a tempo determinato e la direttiva 1999/70/UE che lo ha attuato sono applicabili anche a questa tipologia di rapporti [cfr. Corte giust. UE 4 luglio 2006, grande sez., in causa c-212/04, *Adeneler*; e Corte giust. UE, sez. II., 7 settembre 2006, c-53/03, *Marrosu e Sardino*].

Questa conclusione comporta che la legge interna che ha trasposto la direttiva abbia la stessa area di efficacia, tanto più non prevedendo, tra le ipotesi che vi sono espressamente sottratte (art. 10), i contratti in cui il datore di lavoro sia ente pubblico [cfr. Cass., sez. lav., 15 giugno 2010, n. 14350]. Ma, per altro verso, ciò non esclude la possibilità che singole fattispecie possano essere esenti dall'applicazione del d. lgs 368/2001 in forza di previsioni specifiche e dei principi che regolano le relazioni tra fonti aventi pari gerarchia.

Il d. lgs 368 non contiene norme che abbiano abrogato in modo espreso l'articolato normativo relativo al reclutamento del personale scolastico, diano delimitato.

All'art. 11, primo comma, si è resa espressa la conseguenza dell'abrogazione tacita per incompatibilità (art. 15 preleggi al c.c.). E' opinabile che il meccanismo riconducibile al t.u. 297/94 ed alla l. 124/99 sia coerente con le regole introdotte dal d. lgs 368/2001. Ma riesce d'altro canto difficile immaginare che un tale complesso di norme possa ritenersi abrogato senza una disposizione che esplicita in tal senso. E' certo comunque che, per il legislatore italiano, esso è sopravvissuto. Gli innesti normativi successivi sulle disposizioni previgenti sono stati infatti innumerevoli: valga per tutti l'inserimento del comma 14-bis all'art. 4 l. 124/99, compiuto ancora nel 2009, con cui si è avvertita evidentemente la necessità di ribadire, per il comparto scolastico, un principio già espresso a chiare lettere nel testo unico sull'impiego pubblico (d. lgs 165/2001); ancora più recente è la clausola di salvezza prevista per queste "specifiche disposizioni di settore" rispetto ai generali limiti di spesa stabiliti invece per le assunzioni con contratto a termine o con altre forme flessibili negli enti pubblici dall'art. 9, c. 28, d.l. 78/2010, conv. in l. 122/2010.

E' dunque ragionevole ritenere che il sistema di reclutamento del personale scolastico, improntato ad esigenze peculiari e contrapposte di salvaguardia della continuità del servizio, reperimento delle risorse e contenimento della spesa pubblica sia soggetto alla disciplina risalente al t.u. del 1994 ed alle successive modificazioni, in ragione della sua specialità rispetto alla normativa del d. lgs 368/2001. Sotto questo profilo sono condivisibili le argomentazioni espresse da altro giudice di merito in una causa del presente contenzioso [App. Perugia 23 febbraio 2011, *Vincenti vs Ministero dell'Istruzione, dell'università e della ricerca*].

Conferma definitiva di questa impostazione si rinviene nel testo unico sul pubblico impiego, laddove si afferma che "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" (art. 70, ottavo comma, d. lgs 165/2001). E' vero che il testo unico è originariamente entrato in vigore prima del d. lgs 368/2001; ma esso ha poi subito numerosi rimaneggiamenti, tra cui taluni risalenti al 2005, col d.l. n. 7, lo stesso art. 70 ed altri successivi, con l. 133/2008 e 102/2009, sull'art. 36 in materia di contratti flessibili. Il tenore della norma transitoria è dunque significativo della volontà legislativa perdurata anche oltre il 2001.

Ponendosi in relazione di legge generale, il d. lgs 368/2001 trova dunque applicazione nel settore scolastico limitatamente ai precetti non incompatibili con la legislazione speciale di comparto.

### III) Sulla compatibilità del sistema di reclutamento nella scuola con l'ordinamento europeo.

Il discorso presenta diverse implicazioni rispetto all'ordinamento dell'Unione europea.

In base all'art. 11 della Costituzione, *"con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un ordinamento più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione"* [Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348].

Entro questo limite, pertanto, *"il giudice nazionale deve verificare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni comunitarie vincolanti e fare applicazione delle medesime anche d'ufficio"* [Cass., sez. V., 16 luglio 2004, n. 13225. Cfr. anche, tra le altre, Cass., sez. V, 10 dicembre 2002, n. 17564, Cass., sez. II, 28 aprile 2004, n. 8135 e, più di recente, Cass., sez. II, 15 marzo 2010, n. 6231].

Dovendosi assicurare *"egualianza e uniformità di criteri applicativi del regolamento comunitario per tutta l'area della Comunità Europea"* [Corte cost., 5 giugno 1984, n. 170], il giudice interno deve compiere questa verifica anche alla stregua delle decisioni della Corte di giustizia, cui compete, ai sensi dell'art. 220 del Trattato (già art. 164), assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato stesso.

Questo principio è ormai desumibile anche dall'art. 104, par. 3, reg. proc. della Corte dell'Unione, nel testo consolidato al 13.4.2010: *"Qualora una questione pregiudiziale sia identica ad una questione sulla quale la Corte ha già statuito, o qualora la soluzione di tale questione possa essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza, la Corte, dopo aver sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata contenente riferimento alla precedente sentenza o alla giurisprudenza pertinente"*.

Perciò qualsiasi sua decisione che applichi o interpreti *"una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di Giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative .. È alla stregua dei principi appena ricordati che si attribuisce alle sentenze della Corte di Giustizia il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, non nel senso che esse creino ex novo norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell'ambito della Comunità. Tale efficacia va riconosciuta a tutte le sentenze della Corte di Giustizia, sia pregiudiziali ai sensi dell'art. 177 del Trattato (Corte Cost. 113/85), sia che siano emesse in sede contenziosa ai sensi dell'art. 169 dello stesso Trattato (Corte Cost. 389/89, come la precedente richiamate da Corte Cost. 168/91)"* [Cass., sez. un., 13 febbraio 1998, n. 1312; più di recente, tra le altre, Cass., sez. II, 2 marzo 2005, n. 466]

Fatte queste opportune premesse, va ricordato che, col d. lgs 368/2001, il legislatore italiano ha inteso trasporre la direttiva 1999/70/UE, che aveva a sua volta recepito l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso dalle organizzazioni intercategoriale a carattere generale - Unione

delle confederazioni delle industrie della Comunità europea (UNICE), Centro europeo dell'impresa a partecipazione pubblica (CEEP), Confederazione europea dei sindacati (CES) – il 18 marzo 1999. Esso poneva i seguenti obiettivi: 1) migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione; 2) creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti a tempo determinato.

Si è detto in precedenza anche che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione, la direttiva si applica indistintamente a tutti i contratti di lavoro, siano essi stipulati con datori di lavoro privati o pubblici.

Si è infine rilevato che, nell'operazione di trasposizione compiuta nel 2001, la scelta del legislatore italiano è stata evidentemente nel senso di conservare la vigenza delle norme di reclutamento del personale scolastico. Si è così salvaguardato un sistema in regime di specialità, compenetrato dalla disciplina generale, rappresentata dal d. lgs 368, che vi è applicabile nelle disposizioni non incompatibili. Con soluzione analoga nel generale settore del lavoro pubblico hanno conservato validità ed efficacia norme speciali come quella dell'art. 36, quinto comma, d. lgs 165/2001 [cfr. Corte giust. UE, ordinanza 1 ottobre 2010, causa c-3/10, *Affatato*, p. 48, in cui si riportano le conclusioni in tal senso formalizzate dal Governo italiano].

Se così è, non è dubbio che la direttiva 1999/70/UE, in quanto recepita dal legislatore italiano, abbia effetti diretti anche sui rapporti di lavoro del personale scolastico alle dipendenze del Ministero convenuto.

Sia chiaro che la sua forza vincolante si esprime su tali rapporti negoziali anche per il fatto che ne è parte lo Stato [Corte giust. 26 febbraio 1986, c-152/84, *Marshall I*, p. 49, e 12 luglio 1990, c-188/89, *Foster*, p. 17]. Ma l'efficacia "orizzontale" è in questo caso circoscritta alle disposizioni della direttiva che siano chiare, precise ed incondizionate.

Tutto ciò comporta la possibilità di eseguire la verifica di compatibilità descritta in premessa adottando, in caso di accertata antinomia, un'interpretazione delle norme interne di settore sul reclutamento in conformità al testo ed agli obiettivi della direttiva [v. già Corte giust., 10 aprile 1984, causa c-14/83, *Van Colson e Kamann*; più recentemente, tra le altre, Corte giust., 13 novembre 1990, causa c-106/89, *Marleasing*, 15 maggio 2003, causa c-160/01, *Mau*, e 4 luglio 2006, causa c-212/04, *Adeneler*].

Ulteriore conseguenza consiste nell'obbligo per il giudice, qualora constati l'impossibilità di pervenire ad una soluzione ermeneutica conforme ai requisiti della direttiva 1999/70/UE, di non applicare la disposizione interna difforme, per dare integrale attuazione all'ordinamento europeo e proteggere i diritti che questo attribuisce ai singoli [Corte giust., 2 maggio 2003, causa c-462/99, *Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation*].

La reiterazione dei contratti di lavoro controversi è frutto dell'applicazione della normativa del sistema di reclutamento illustrato.

Alcuni tra questi risultano stipulati per il conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche, ai sensi degli artt. 4, secondo comma, l. 124/99 e l. 1, comma quinto, lett. b) DM 201/2000 (poi art. 1, lett. b, DM 131/2007), o per altre ragioni, secondo l'art. 4, terzo comma.

Altri invece trovano ragione nell'effettiva vacanza del posto, ai sensi del primo comma dell'art. 4. Essi riportano la scadenza del 31 agosto in conformità al disposto della corrispondente norma regolamentare.

Attingendo dalle graduatorie di cui all'art. 1, comma 605, lett. c, l. 296/2006, questo meccanismo di reclutamento non prevede al proprio interno limiti di tempo o di numero alla successione di questi contratti. Esso è anzi concepito nel senso di favorirne la massima ripetizione, giacché ogni periodo lavorato comporta l'aumento del punteggio per la graduatoria e, di conseguenza, la progressione nell'ordine di preferenza per successive assunzioni a termine.

Va innanzi tutto sgombrato il campo dall'affermazione per cui questo "speciale e progressivo sistema di reclutamento" si realizzerebbe mediante atti negoziali non qualificabili come contratti di lavoro a termine. Questa ricostruzione si legge nella citata sentenza della Corte d'appello di Perugia, che richiama a sua volta una decisione del 6 aprile 2006 della corte d'appello di Firenze,

sovrappone evidentemente i due piani, distinti, del procedimento-amministrativo di selezione e dello strumento giuridico sostanziale in cui sbocca l'iter selettivo: una cosa sono le modalità con cui l'Amministrazione sceglie il personale da assumere a termine; altra cosa è l'accordo stipulato dopo la scelta.

I contratti depositati col ricorso [all. 3] non lasciano dubbi sulla riconducibilità alla causa dell'art. 2094, integrata dalla clausola del termine di scadenza. A prescindere da ogni possibile digressione sulla rilevanza costituzionale dell'indisponibilità per le parti di questo "tipo contrattuale" [Corte cost., 29 marzo 1991, n. 121, e 31 marzo 1994, n. 115], è sufficiente richiamare il già citato comma 14-bis dell'art. 4 l. 124/99 per avere conferma di come questi atti siano stati qualificati dal legislatore medesimo.

Orbene, la direttiva 1999/70/UE ammette l'ipotesi che, in alcuni settori, i contratti a tempo determinato rappresentino una caratteristica dell'impiego "atta a soddisfare sia i datori di lavoro sia i lavoratori" (primo capoverso del Preambolo e punto 8 delle Considerazioni generali dell'accordo quadro).

E' stato sostenuto che l'adozione di tali strumenti contrattuali, nel quadro del sistema di accesso del personale scolastico, sia idoneo a soddisfare le esigenze di entrambe le parti contraenti: l'Amministrazione si avvantaggerebbe d'un meccanismo teso a favorire il reclutamento secondo criteri di maggiore esperienza e professionalità, da un lato, e d'imparzialità e trasparenza, dall'altro; i lavoratori potrebbero ambire ad un prevedibile ingresso nel ruolo, tanto più dopo l'entrata in vigore dell'art. 1, c. 605, l. 296/2006, senza doversi sottoporre ad un sistema di selezione concorsuale aperto all'esterno.

Questo assunto non è condivisibile, poiché omette di considerare numerosi argomenti contrari sul fronte degli effettivi interessi del prestatore di lavoro.

L'ordinamento europeo riconosce ormai alla stabilità dell'impiego il carattere di valore in sé, come elemento portante della tutela dei lavoratori [Corte giust., 2 novembre 2005, causa c-144/04, *Mangold*, p. 64; 4 luglio 2006, causa c-212-04, *Adeneler*, p. 62; 15 aprile 2008, causa c-268/06, *Impact*, p. 87; 23 aprile 2009, cause riunite c-378 e 380/07, *Angelidaki*]. Un sistema che favorisca l'adozione sistematica ed incondizionata di contratti a tempo determinato si pone dunque in conflitto con questo principio.

D'altro canto il nostro ordinamento assegna alla selezione mediante concorso la funzione di garantire le esigenze di cui all'art. 97, primo comma, Cost., sicché l'area delle sue eccezioni deve essere delimitata "in modo rigoroso" [Corte cost. 9 novembre 2006, n. 363]; esse possono perciò essere consentite in "peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico", idonee a giustificarle ed a "garantire le stesse esigenze di buon andamento della p.a. o per attuare altri principi di rilevanza costituzionale" [Corte cost. 31 ottobre 1995, n. 478].

A tal fine non è sufficiente "la semplice circostanza che determinate categorie di dipendenti abbiano prestato attività a tempo determinato presso l'amministrazione (sentenza n. 205 del 2006), né basta la personale aspettativa degli aspiranti ad una misura di stabilizzazione (sentenza n. 81 del 2006). Occorrono invece particolari ragioni giustificatrici, ricollegabili alla peculiarità delle funzioni che il personale da reclutare è chiamato a svolgere, in particolare relativamente all'esigenza di consolidare specifiche esperienze professionali maturate all'interno dell'amministrazione e non acquisibili all'esterno, le quali facciano ritenere che la deroga al principio del concorso pubblico sia essa stessa funzionale alle esigenze di buon andamento dell'amministrazione.

La natura comparativa e aperta della procedura è, pertanto, elemento essenziale del concorso pubblico" [Corte cost. 7 febbraio 2011, n. 42].

E' discutibile che il solo fatto di essere inseriti nelle graduatorie permanenti (o ad esaurimento) e di avere perciò già lavorato ripetutamente in istituti scolastici pubblici dia luogo ai presupposti per derogare alla regola del concorso pubblico. Non è detto dunque che la volontà manifestata dal legislatore del 2006 si concretizzi con l'automatica e definitiva stabilizzazione del personale precario.

L'incertezza della previsione è rafforzata, in linea di fatto, dalla nota riduzione progressiva di posti di lavoro nel settore, determinata essenzialmente da ragioni di contenimento della spesa pubblica. Questa situazione è resa attuale dalle scelte espresse dall'Amministrazione nella circolare 21/2011, in cui è preventivata una riduzione di 19.700 posizioni nell'organico di diritto delle dotazioni regionali.

Tanto hanno inciso queste scelte di politica economica che l'esaurimento delle graduatorie del personale supplente, previsto sulla base d'un piano triennale per l'assunzione di 150.000 unità di personale docente nel triennio 2007-2009, ai sensi dell'art. 1, c. 605, lett. c), l. 296/2006, pare ben lungi dall'essere completato.

Per tali motivi di diritto e di fatto, non è dunque sostenibile che i contratti a termine adottati dal Ministero resistente siano idonei a soddisfare senz'altro gli interessi di entrambe le parti.

Occorre quindi appurare se il sistema di reclutamento del personale scolastico sia dotato di mezzi per delimitarne il ripetuto ricorso, onde *"evitare la precarizzazione della situazione dei lavoratori dipendenti"* [Corte giust. *Adeneler*, p. 63]. Come qualsiasi datore di lavoro, lo Stato che agisca in questa veste non è autorizzato ad impiegare strumenti contrari a questo obiettivo della direttiva. [Corte giust., *Impact*, p. 92].

Nell'accordo recepito dalla direttiva 1999/70/UE è in particolare la clausola 5.1 ad enunciare le misure ritenute necessarie per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo d'una successione di contratti di lavoro a termine. A tale scopo gli Stati membri *"dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in modo che tenga conto delle esigenze dei settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti"*.

La disciplina delle supplenze nel comparto scolastico non stabilisce limiti temporali - art. 5.1, lett. b) - o numerici - lett. c) - alla reiterazione dei contratti a termine.

Alcuni incarichi hanno per presupposto esigenze di carattere temporaneo, che rendano concretamente disponibili posti non vacanti o fino alla conclusione dell'anno scolastico (art. 4, secondo comma, l. 124/99) o per un periodo di durata inferiore (art. 4, terzo comma).

Il carattere provvisorio di queste ragioni giustificatrici del termine di scadenza è stato ritenuto dalla Corte di giustizia idoneo ad integrare le ragioni obiettive di cui all'art. 5.1, lett. a). Tuttavia, quando il motivo, al di là della giustificazione formale, si rivelasse di fatto *"non già provvisorio, ma, al contrario, «permanente e durevole», si porrebbe in contrasto con l'obiettivo perseguito dalla clausola in questione, la quale mira a prevenire in modo effettivo l'utilizzo abusivo di contratti o rapporti lavoro a tempo determinato successivi (v., per analogia, sentenza Adeneler e a., cit., punto 88, nonché ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 110)"* [sent. *Angelidaki*, pp. 103 e 107].

Si è detto che i contratti stipulati dalla parte attrice trovano fondamento nelle diverse disposizioni dell'art. 4 l. 124/99.

Stando ai ricorsi, anche quelli che risultano basati quanto meno sul secondo comma sarebbero diretti a soddisfare esigenze non transitorie, poiché *"nella scuola, le assunzioni con contratto di lavoro a tempo indeterminato coinvolgono, solamente, circa il 39% del fabbisogno di personale; vale a dire che il rimanente viene assunto deliberatamente con contratto a tempo determinato, esattamente come nel caso della parte ricorrente"*.

Il rilievo difensivo, di carattere meramente statistico, è dunque riferito all'intero organico del comparto che riguarda, come noto, decine di migliaia di dipendenti. Esso conserverebbe comunque una validità argomentativa se le causali dei diversi contratti a tempo determinato previste *ex lege* si esaurissero nelle ragioni di cui all'art. 4, secondo comma, l. 124/99, poste a base di quelli stipulati con la parte attrice. Ciò fornirebbe un significativo indizio, infatti, che la loro natura transitoria sarebbe in realtà solo apparente, non valendo ad impedire un massiccio e continuativo ricorso a questa tipologia di assunzioni.

Ma le esigenze enunciate nel citato art. 4 sono diverse e, tra queste, quelle previste al primo comma sono da ritenersi certamente permanenti. Il ricorso non fornisce elementi per valutare l'incidenza percentuale dei contratti basati su tale presupposto normativo, sicché l'argomento finora ipoteticamente affacciato viene meno.

L'atto introduttivo non contesta l'effettività delle ragioni concretamente addotte a fondamento dei diversi contratti. Si limita invece ad evidenziare il fatto che, nel caso in esame, il rinnovo costante delle assunzioni è associato ad intermezzi d'inattività corrispondenti ogni volta al periodo delle vacanze scolastiche. Questa constatazione fornirebbe a suo dire eloquente dimostrazione del carattere tutt'altro che temporaneo delle ragioni giustificatrici del termine.

Anche tale argomento non convince. In un'organizzazione tanto complessa come quella scolastica è verosimile il fatto che, ad ogni anno scolastico, si verifichino innumerevoli eventi che rendano temporaneamente scoperti molti posti dell'organico. E' ragionevole ritenere che essi siano eventi forse prevedibili nel numero complessivo, sulla base di un'indagine compiuta su campioni statisticamente attendibili relativi alle annualità precedenti, ma non sotto altri profili (la sede, la data, la ragione specifica).

Inoltre, la ripetizione dei rinnovi si spiega presumibilmente anche col già ricordato meccanismo che, all'interno della graduatoria, favorisce progressivamente chi già abbia avuto precedenti assunzioni. Ma, per il singolo lavoratore, la peculiarità di questo sistema, in sé considerata, accresce le sue probabilità di occupazione e non può perciò essere considerato contrario ai suoi interessi. Il ricorso non fornisce elementi di sorta per sottoporre a verifica nel caso concreto queste osservazioni d'ordine meramente logico.

Conclusione diversa s'impone invece per le assunzioni avvenute in forza del primo comma.

Sulla base del chiaro dato normativo, bisogna ritenere che, in questi casi, le supplenze siano state conferite per fare fronte a stabili vacanze nell'organico ed in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per assumere personale di ruolo.

In concreto il Ministero convenuto non ha contestato queste circostanze. Tanto meno si è dedotto a prova il fatto che le procedure per le assunzioni in ruolo siano state indette nel periodo per cui è causa o si prevedano per un futuro imminente.

La stabilità della vacanza del posto assegnato, così come emerge dal tenore della legge cui il contratto rinvia, discende dal fatto che il numero delle unità del personale in ruolo è inferiore a quello dei posti in organico. Sul punto, se non bastasse la lettera della legge (e dei regolamenti attuativi), la conferma deriva dalla constatazione che, rendendosi disponibili, questi posti sono destinati "prevedibilmente" a restare tali per l'intero anno scolastico. La prognosi di copertura, che il legislatore demanda all'Amministrazione per conferire la supplenza, appare poco più che una clausola di stile, poiché non v'è norma secondaria che la regolamenti.

Questo connotato di permanenza della vacanza individuata dall'art. 4, primo comma, è del resto riconosciuto dalla stessa difesa resistente. La sua tesi è piuttosto nel senso dell'imprevedibilità delle situazioni in cui essa si può verificare: situazioni condizionate da fattori esterni - soprattutto l'entità degli alunni per ogni istituto e le offerte formative compiute dalle loro famiglie - rispetto ai flussi del personale ed alle scelte autonome dell'Amministrazione; essa pertanto sarebbe legittimata a conservare un serbatoio di supplenti stabilmente dedicato a provvedere alle scoperture verificate sull'organico "di fatto", una volta che ne siano accertate le variazioni rispetto all'organico concepito in origine sulla base di previsioni ipotetiche sulle presenze.

E' fin troppo evidente, tuttavia, che il ragionamento dell'Avvocatura può valere per le scoperture temporanee, certamente costanti e numerose in un comparto articolato come quello scolastico. Per sopperire a quelle definitive sarebbe invece sufficiente (e, ai fini di causa, necessaria) una dotazione di personale equivalente almeno alle posizioni prestabilite nell'organico. Se ciò avvenisse, le variazioni della domanda di prestazioni sul territorio che risultassero imprevedute rispetto ai dati conosciuti sulla popolazione scolastica, potrebbero essere fronteggiate in linea di massima con la mobilità dei dipendenti e solo in via sussidiaria con forme contrattuali flessibili.

Così non è, evidentemente, dato che le argomentazioni di parte attrice, circa la preponderanza numerica delle designazioni e dei trasferimenti dei supplenti, non sono state contestate né, per converso, l'Avvocatura ha delineato un assetto organizzativo che si avvalga preferibilmente di strumenti alternativi alla supplenza. In realtà, a fronte d'un dato testuale inequivoco sul carattere permanente delle ragioni previste dall'art. 4, primo comma, l. 124/99, è mancata qualsiasi allegazione da parte del Ministero in ordine a circostanze di fatto utili a smentirlo o integrarlo.

Nei contratti che richiamano tale presupposto normativo, dunque, il termine risulta apposto in presenza di ragioni non temporanee.

In dottrina è stato rilevato come le "ragioni obiettive", che ne giustificherebbero il rinnovo ai sensi della clausola 5.1 lett. a) dell'accordo quadro europeo, trovino una chiave di lettura nella precedente clausola 3, che identifica le "condizioni oggettive" con "il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico" [cfr. anche Corte giust., ord. 11 novembre 2010, c-20/10, *Vino*, p. 65 e, in precedenza, Corte giust. 18 dicembre 2008, c-306/07, *Ruben Andersen*, p. 45].

L'art. 4, primo comma, l. 124/99 non collega la supplenza a compiti o eventi specifici. Quanto alla determinazione della data, il 31 agosto, inserita in osservanza della disciplina regolamentare, ha un effetto neutro, poiché è posta nell'interesse dell'Amministrazione, che intende così dare continuità all'erogazione del servizio, ma non è di per sé sola idonea ad evitare la reiterazione successiva ed incondizionata di nuovi contratti.

Pertanto neppure questa più elastica lettura del presupposto della norma europea - svincolata da un rigido ed assorbente requisito di temporaneità della causa giustificatrice - conduce ad una soluzione diversa. Il disposto dell'art. 4, primo comma, richiamato per la stipula dei contratti in questione, non pare da sé approntare misure idonee a prevenirne l'abuso.

Si deve tuttavia ricercare, così come s'è premesso, un'interpretazione della disposizione interna conforme alla disciplina europea, sì da garantirne la piena attuazione e ridurre le disarmonie. Non va quindi dimenticato che la disciplina generale del contratto di lavoro a tempo determinato contempla invece misure volte a prevenire l'abuso nella successione dei contratti a termine. Ci si riferisce alle norme dell'art. 5 d. lgs 368/2001, e, tra queste, in particolare, a quella di cui al comma 4-bis, introdotta dall'art. 1, c. 40, lett. b), l. 247/2007.

Essa ben si attaglia anche ad un sistema di assunzioni a tempo determinato congegnato, al pari di quello scolastico, secondo graduatorie da cui il personale venga prescelto sulla base della maggiore esperienza maturata (dunque del superiore punteggio raggiunto) ed in presenza di esigenze permanenti del servizio. Infatti, l'esigenza di continuità dell'erogazione (art. 1 d.l. 134/2009) è salvaguardata dalla possibilità di riassumere lo stesso lavoratore a termine senza soluzione di continuità tra due contratti; il limite all'abuso viene dalla durata massima complessiva della prestazione ("trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro").

Si noti che l'avvenuta trasposizione della direttiva da parte dello Stato italiano consente d'interpretare in modo conforme all'ordinamento europeo il complesso delle sue disposizioni. Infatti, "Se è vero che il principio di interpretazione conforme del diritto nazionale, così imposto dal diritto comunitario, riguarda in primo luogo le norme interne introdotte per recepire la direttiva in questione, esso non si limita, tuttavia, all'esegesi di tali norme, bensì esige che il giudice nazionale prenda in considerazione tutto il diritto nazionale per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non addivenire ad un risultato contrario a quello cui mira la direttiva (v., questo senso, sentenza *Carbonari* e a., cit., punti 49 e 50).

A questo proposito, se il diritto nazionale, mediante l'applicazione di metodi di interpretazione da esso riconosciuti, in determinate circostanze consente di interpretare una norma dell'ordinamento giuridico interno in modo tale da evitare un conflitto con un'altra norma di diritto interno o di ridurre a tale scopo la portata di quella norma applicandola solamente nella misura compatibile con l'altra, il giudice ha l'obbligo di utilizzare gli stessi metodi al fine di ottenere il risultato

perseguito dalla direttiva" [cfr. Corte giust., 5 ottobre 2004, c-397 e 403/01, *Pfeiffer*, p. 105 e 106 segg.].

La norma dell'art. 5, c. 4-*bis*, d. lgs 368/2001 non è incompatibile con quella dell'art. 4, primo comma, l. 124/99. I confini temporali entro cui essa consente il rinnovo di contratti a tempo determinato sono anzi coerenti coi generali ostacoli posti all'impiego del lavoro flessibile presso le pubbliche amministrazioni dall'art. 36 d. lgs 165/2001, così come modificato a sua volta dalla l. 247/2007.

Va rammentato inoltre che la durata massima fissata dall'art. 5 d. lgs 368/2001 è stata espressamente riconosciuta come limite per "evitare il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico" dal Governo italiano stesso, nel giudizio tenutosi davanti alla Corte di giustizia UE nel 2010 [Corte giust., *Affatato*, p. 48, *cit.*].

Tutti gli elementi esposti inducono dunque a ritenere che le assunzioni a termine del personale scolastico, motivate dalle ragioni di cui all'art. 4, primo comma, l. 124/99, non possano essere protratte oltre i trentasei mesi complessivi previsti dall'art. 5, c. 4-*bis*, d. lgs 368/2001. Questa soluzione discende dai principi che regolano nel nostro sistema giuridico i rapporti tra norma generale (nel caso in esame introdotta con la trasposizione della direttiva 1999/70/UE) e norma speciale (di comparto). Essa s'impone comunque, sul piano interpretativo, per l'esigenza di dare attuazione all'ordinamento europeo e di conseguire dunque il risultato perseguito dalla citata direttiva di prevenire gli abusi nell'adozione di contratti a tempo determinato da parte dell'Amministrazione nei confronti dei lavoratori suoi dipendenti.

Quest'ultima considerazione rende vana perciò l'obiezione di chi ritenga che il legislatore italiano abbia inteso recepire la direttiva sul lavoro a termine solo per il settore privato. Si tratterebbe di un'affermazione contraddittoria rispetto ai principi che regolano i rapporti tra gli ordinamenti europeo ed interno e contraddetta dal passo citato della sentenza *Affatato*. Ma, in ogni caso, l'esito dell'operazione d'interpretazione conforme sarebbe identico né verrebbe pregiudicato dal carattere non incondizionato della clausola 5.1 [Corte giust., *Impact*, p. 70 e 71].

La conclusione cui così si perviene ha altresì il pregio di ridimensionare il rischio di un diverso trattamento tra lavoratori del settore privato e pubblico e di evitare che la direttiva abbia un effetto parziale ed incompiuto in ragione del soggetto nei cui confronti sia invocata, malgrado la sua generale sfera di applicazione.

Si noti, in conclusione di questo profilo specifico, che nella discussione della causa l'Avvocatura dello Stato ha sostenuto come le esigenze sottese ai diversi atti negoziali a termine siano state volta a volta differenti, sicché mancherebbe la prova dell'effettiva reiterazione dei contratti. Premesso che sarebbe spettato alla parte convenuta allegare e provare i fatti distinti che avrebbero giustificato ciascuna delle stipulazioni, il dato normativo desunto dall'art. 5, c. 4-*bis*, non consente comunque la lettura proposta.

Esso è infatti preciso, da un lato, nell'enunciare dei presupposti (identità di parti; l'esercizio di "mansioni equivalenti"; durata di "trentasei mesi") e chiaro, d'altro canto, nell'attribuire la massima estensione alla sfera applicativa in presenza di questi: i termini esprimono senza equivoci la volontà di comprendervi tutte le assunzioni reiterate a tempo determinato ("successione di contratti a termine"; "complessivamente."; "comprensivi di."; "indipendentemente dai."). La norma non legittima pertanto le distinzioni poste dalla più restrittiva lettura dell'Avvocatura.

#### **IV) Sulle conseguenze dell'illegittimità del termine contrattuale.**

Per le ragioni esposte il rinnovo dei contratti stipulati ai sensi dell'art. 4, primo comma, l. 124/99 è da ritenersi illegittimo. Applicandosi integralmente la disciplina di cui al d. lgs 368/2001, ciò comporterebbe che il rapporto tra le parti debba considerarsi a tempo indeterminato.

A questa conseguenza sono però di ostacolo le norme di cui agli artt. 36, c. 5, d. lgs 165/2001, per il rapporto di lavoro pubblico in generale, e 4, c. 14-bis, l. 124/99, per il comparto scolastico in particolare.

Per inciso taluni commentatori hanno letto nell'inserimento del comma 14-bis, da parte dell'art. 1 d.l. 134/2009, la conferma dell'abrogazione dell'art. 36 d. lgs 165/2001 per effetto della sopravvenuta disciplina del d. lgs 368/2001, che è di pochi mesi successiva alla prima. Secondo questa tesi, se si opinasse diversamente la nuova disposizione risulterebbe un inutile doppione di quella generale previgente [è un'ipotesi affacciata anche da Trib. Siena, 13 dicembre 2009, in causa *Livide vs Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca*].

L'opinione non è condivisibile, sia per il diverso ambito di applicazione delle due norme (l'art. 36 non riguardando solo i contratti a termine) sia per il fatto che dopo il 2001 gli interventi legislativi sull'art. 36 sono stati numerosi, investendo anche la collocazione della norma specifica di cui si discute.

Ciò premesso, è noto che la Corte costituzionale ha ritenuto quest'ultima disposizione conforme agli artt. 3 e 97 Cost.; questo secondo parametro, in particolare, "*rende palese la non omogeneità - sotto l'aspetto considerato - delle situazioni poste a confronto dal rimettente e giustifica la scelta del legislatore di ricollegare alla violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori da parte delle amministrazioni pubbliche conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio, in luogo della conversione (in rapporto) a tempo indeterminato prevista per i lavoratori privati*" [Corte cost. 27 marzo 2003, n. 89].

Di conseguenza la Corte di Cassazione ha negato l'ammissibilità di questo effetto nelle ipotesi di riconosciuta illegittimità del termine nei contratti di lavoro con la p.a. [Cass., sez. lav., 15 giugno 2010, n. 14350; Cass., sez. lav., 7 maggio 2008, n. 11161].

Da parte della giurisprudenza dell'Unione sono ormai numerose le decisioni sulla compatibilità della norma con la direttiva 1999/70/UE: l'accordo quadro non osta all'applicazione, per sanzionare l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato dell'ordinamento giuridico interno dello Stato membro; d'una norma nazionale che vieti in modo assoluto, nel solo settore pubblico, la conversione in un contratto a tempo indeterminato di rapporti di lavoro a termine successivi che, essendo destinati a soddisfare esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro, debbano essere considerati abusivi [Corte giust., *Adeneler*, p. 91 segg.; *Marrosu e Sardino*, p. 50-52; *Angelidaki*, p. 189; nonché sent. 7 settembre 2006, causa c-180/04, *Vassallo*].

Secondo la Corte la compatibilità con l'ordinamento europeo d'una norma siffatta è condizionata dal fatto che essa rappresenti una misura effettiva, destinata ad evitare e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo della successione di contratti a tempo determinato. Essa di fatto deve:

- avere effettiva efficacia, non solo ristoratrice o ripristinatoria, ma anche dissuasiva;
- avere conseguenze non di minor favore di quante ne abbia nel settore privato (principio di equivalenza);
- non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario, nel caso di specie la tutela avverso la illegittima apposizione del termine.

Compete al giudice dello Stato membro di valutare se il proprio ordinamento appresti strumenti così connotati.

Questo Tribunale aveva individuato nell'art. 18 l. 300/70 la fonte d'una misura appropriata, perché alla portata strettamente risarcitoria del danno conseguente alla perdita del posto di lavoro abbina l'effetto dissuasivo in ragione della rigidità del valore economico previsto [Trib. Genova, 5 aprile 2007, in causa *Marrosu e Sardino vs A.O. San Martino*; 14 dicembre 2006, *Salvatore vs E. O. Galliera*; 17 dicembre 2008, *Stella vs Comune di Milano*].

Facendola propria, la Corte d'appello di Milano ha ritenuto che questa soluzione sia "*in primo luogo rispettosa del c.d. principio di equivalenza*."

*Occorre premettere che il regime ordinario per l'impiego privato (salva la deroga temporanea introdotta con il D.L. 112 del 2008 sopra citato, già oggetto di reiterate censure di illegittimità*

costituzionale proposte anche da questa Corte) è quello dell'instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato sin dall'inizio e della corresponsione del risarcimento del danno normalmente commisurato alle retribuzioni perdute (dalle quali è detraibile l'aliunde perceptum) che – secondo quanto allo stato acquisito- decorrono dalla data di messa a disposizione del datore di lavoro da parte del dipendente delle proprie energie lavorative.

Con evidenza, in tal caso due sono i profili investiti dalla pronuncia giudiziale: l'uno attiene alla ricostruzione del rapporto (con tutto quello che ne consegue anche dal punto di vista previdenziale) e l'altro il risarcimento del danno.

Limitare il risarcimento per il soggetto che ha avuto un rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione al secondo profilo di danno significherebbe quindi introdurre un regime deteriore nei suoi confronti rispetto al dipendente nell'impiego privato.

Del tutto corretto, ed aderente ai dettami della Corte di Giustizia, è pertanto il ragionamento del Tribunale che ha ritenuto di dovere individuare un parametro nell'ordinamento al quale adeguare il risarcimento per la perdita di quello specifico posto di lavoro.

Ugualmente corretta è l'individuazione del valore della perdita del posto di lavoro alle dipendenze di un datore di lavoro che occupa più di 15 dipendenti con riferimento alla previsione dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori.

Tale danno, a differenza di quanto dedotto dall'Azienda appellante, non richiedeva specifica prova e quantificazione, così come nell'impiego privato all'illegittimità del termine consegue de plano (e salva lo si ribadisce la deroga introdotta dal D.L. 112 cit.) il ripristino del rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Non può farsi inoltre questione dell'impossibilità di applicare in via diretta alla fattispecie l'art. 18, dal momento che quanto in esso previsto è stato richiamato solo in via equitativa ed ai fini della quantificazione del danno.

La soluzione adottata ha inoltre un'effettiva efficacia dissuasiva nei confronti del datore di lavoro, fornendo un parametro certo e di entità adeguata.

Essa infine semplifica l'accertamento probatorio e di conseguenza agevola l'esercizio del diritto ed incide significativamente sui tempi processuali” [App. Genova, 19 novembre 2008, Marrosu e Sardino].

E' da notare che la legge 300/70 si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti (art. 51 cpv. d. lgs 165/2001). Il livello di stabilità dell'occupazione presso la p.a. è rafforzato, rispetto ai rapporti con un soggetto privato, da una garanzia che investe non solo il posto di lavoro, ma anche la retribuzione, per la qualità del datore di lavoro, che è tenuto all'osservanza dei principi d'imparzialità, buon andamento e legalità [cfr. Corte cost. 23 luglio 2001, n. 275, e 27 marzo 2003, n. 82].

Pertanto il pregiudizio derivante dalla mancata conversione del rapporto ha un valore economico intrinseco, riconosciuto dal giudice delle leggi nazionali, così come, per quanto s'è visto, da quello europeo. Esso va dunque salvaguardato anche nel caso dei supplenti scolastici, che nutrono, per l'inserimento nella graduatoria ad esaurimento, l'aspettativa di continuare a lavorare per la stessa Amministrazione. Né, per le stesse ragioni, tale pregiudizio può del tutto negarsi nell'ipotesi in cui essi siano stati assunti definitivamente, dopo anni di rapporti a termine.

Quest'ultimo è il caso della ricorrente Fiordaliso, la quale con correttezza, pur in assenza di eccezioni da parte del Ministero convenuto, ha dichiarato spontaneamente di essere finalmente entrata in ruolo. L'Avvocatura ha contestato la spettanza d'un risarcimento quando il lavoratore, dalla data della prima assunzione, sia sempre stato attivo e retribuito in virtù della successione dei contratti senza soluzione di continuità temporale.

La tesi opposta, propugnata dalla difesa attrice, trova però fondamenti normativi e sistematici.

Dal primo punto di vista, una misura risarcitoria svincolata almeno in parte dal lucro cessante, risponde al precetto – presente nella normativa dell'Unione, come interpretata dal suo organo giurisdizionale – di prevedere nell'ordinamento interno un meccanismo di reazione all'illecito del datore pubblico avente efficacia dissuasiva. Inoltre la successione di contratti a termine senza la

predeterminazione della data di definitiva costituzione del rapporto lede il bene della stabilità ed è, come tale, di per sé sola idonea a provocare un danno al lavoratore.

Sul piano sistematico la soluzione d'un meccanismo indennitario o risarcitorio forfettizzato non può dirsi estranea al nostro ordinamento. Alla norma dell'art. 18, quinto comma, l. 300/70 va affiancata quella del capoverso precedente, in cui il legislatore ha stabilito il valore minimo del risarcimento comunque dovuto, quando il lavoratore non abbia di fatto subito alcun depauperamento economico dal licenziamento illegittimo.

A maggiore ragione questa considerazione vale dopo l'entrata in vigore del disposto dell'art. 32, quinto comma, l. 183/2010. La norma non è applicabile al caso di specie, poiché essa è concepita per i "*casi di conversione del contratto*", ma offre utile argomento dalla constatazione che, proprio nella materia dell'illegittima imposizione del termine, il legislatore ha inteso predisporre un apparato sanzionatorio basato su un effetto economico predeterminato in minimi e massimi edittali. Non a caso esso è qualificato come "*indennità*" anziché come risarcimento.

Orbene, se l'art. 32, quinto comma, riconosce un indennizzo compreso tra 2,5 e 12 mensilità quando il lavoratore benefici della conversione del contratto in rapporto a tempo determinato, risulta proporzionato un risarcimento commisurato a 5 mensilità nell'ipotesi in cui conversione non possa esservi ed il rapporto, successivamente, sia stato stabilizzato. Questa soluzione si armonizza con quella adottata (nell'art. 18, quarto comma, dello Statuto) per la reintegra avvenuta senza perdita retributiva.

Pertanto, in accoglimento della domanda subordinata avanzata in ricorso, il Ministero resistente deve essere condannato a corrispondere alle parti ricorrenti un importo pari a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto.

Quanto alla posizione di [REDACTED], a prescindere da considerazioni sulle prospettive d'ingresso in ruolo, l'aspettativa di nuove assunzioni a tempo determinato è resa incerta sul piano giuridico dall'accertamento dell'illegittimità del rinnovo dei contratti, venuta dal presente giudizio, e, in linea di fatto, dalla riferita riduzione massiccia degli organici del personale scolastico.

La disposizione dell'art. 18, quinto comma, l. 300/70 determina, in particolare, il valore minimale del posto di lavoro per il caso in cui il lavoratore vi rinunci dopo la declaratoria dell'illegittimità del suo licenziamento. Per il giudizio di equivalenza intrinseco alla scelta legislativa e per la sua entità economica, la misura di quindici mensilità della retribuzione globale di fatto è dunque da ritenersi adeguata nel caso in esame agli scopi perseguiti dalla direttiva europea.

Un argomento a favore di questa soluzione si rinviene, come s'è detto, anche nel disposto dell'art. 32, quinto comma, l. 183/2010, pur non applicabile al caso di specie, in quanto concepita per i "*casi di conversione del contratto*".

Altri Tribunali hanno invece ritenuto di potere pervenire, in queste ipotesi, alla costituzione del rapporto a tempo indeterminato, valutando l'insussistenza di rimedi alternativi soddisfacenti alla stregua dei parametri dettati dalla Corte di giustizia [Trib. Siena 27 settembre 2010, *cit.*, e Trib. Livorno, 26 novembre 2010].

Questa conclusione non sembra tenere conto appieno delle indicazioni della giurisprudenza dell'Unione, poiché essa, da un lato, si astiene dall'avanzare valutazioni di preferenza per una o altra misura e, dall'altro, investe il giudice della ricerca nell'ambito del suo ordinamento interno. Da questi punti di vista non offre contributi decisivi neppure una più recente decisione, richiamata dalla difesa attrice nella discussione orale a sostegno della propria tesi [Corte giust. UE, 8 settembre 2011, causa c-177/2010, Rosado Santana]

Orbene, è proprio l'ordinamento nazionale a parificare il valore delle quindici mensilità di retribuzione a quello del posto di lavoro. Inoltre, poiché si tratta d'un risarcimento spettante indifferentemente al dipendente di soggetto privato o pubblico, il suo riconoscimento va esente da critiche su possibili effetti discriminatori.

Quanto alla sua rispondenza a criteri di effettività, se è vero, da un lato, che l'art. 18, quinto comma, lo prevede in conseguenza dell'esercizio dell'opzione, dunque d'una volontaria scelta del lavoratore, è anche vero che nella fattispecie in esame esso viene riconosciuto non a seguito d'un

licenziamento, bensì d'un evento – la risoluzione per scadenza del termine contrattuale – già previsto alla stipula e perciò non influente sulle aspettative soggettive di stabilità.

Relativamente recente è anche una pronuncia della Suprema Corte, che ha ammesso la conversione del rapporto di dipendenti (addetti al portierato) assunti a termine da ente pubblico (INAIL). La decisione è basata sulla peculiarità di tale rapporto, in ragione della mansione (vigilanza e custodia), della contrattazione collettiva applicabile (di natura privatistica) e della procedura di reclutamento (non selettiva) [Cass., sez. lav., 22 aprile 2010, n. 9555].

Non è necessario diffondersi in questo caso sulla pregnanza della motivazione. Ai fini della presente causa è sufficiente osservare come le singolarità rilevate dai giudici di legittimità non si attaglino ai rapporti del personale scolastico, se non per il fatto che anche il reclutamento dei supplenti non avviene su base concorsuale [cfr. Corte cost. 9 febbraio 2011, n. 41]. Si tratta di un'analogia secondaria, che non incide sulla natura del rapporto e sulla qualità delle parti.

La sentenza non offre per il resto spunti che giustifichino un mutamento d'indirizzo sul piano generale; essa stessa afferma che il divieto di cui all'art. 36 d. lgs 165/2001 "*trova applicazione per i rapporti con le pubbliche amministrazioni diversi da quelli di vigilanza e custodia*". Si ritiene che ciò valga a maggiore ragione nel caso in cui il legislatore abbia, col citato comma 14-bis dell'art. 4, introdotto un divieto specifico di conversione per il comparto di cui si discute.

Proprio muovendo da questa e da altre disposizioni recenti, il Tribunale di Napoli ha invece ritenuto di addivenire alla costituzione definitiva del rapporto [sent. 16 giugno 2011, causa Serse vs Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca]. Il suo rilievo di fondo è dato dal fatto che il legislatore, intervenendo ripetutamente e talvolta contestualmente sui decreti legislativi 165 e 368 del 2001, non ha mai coordinato il divieto contenuto nell'art. 36, quinto comma, del testo unico con le norme del secondo provvedimento, confermando indirettamente l'applicabilità di questo ai rapporti di lavoro contrattualizzati con la p.a.; l'inserimento del comma 14-bis avrebbe l'effetto d'impedire l'operazione di conversione ai soli contratti stipulati col Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca dal 2009 in poi.

E' fin troppo agevole obiettare a siffatta ricostruzione che proprio la salvezza della norma dell'art. 36, quinto comma, nel succedersi d'intervento modificativi dei predetti testi di legge (con, rispettivamente, d.l. 112/2008, legge 102/09, d.l. 134/09, legge 167/09, d.l. 134/2009, d.l. 225/10, legge 10/11 e d.l. 70/11), dà dimostrazione della volontà di conservare la specialità del regime del lavoro pubblico sotto questo profilo. L'unico tentativo di coordinamento tra i due testi legislativi risale all'art. 17 l. 102/2009: il comma 5-bis dimostra che il comma 4-bis, unica norma dell'art. 5 d. lgs 368 non richiamata, è applicabile ai rapporti con la p.a., ma fermo restando il divieto di conversione che anche quella (nuova) disposizione non ha intaccato.

Questa volontà di sottrarre il lavoro pubblico alla conseguenza della conversione del rapporto in caso di apposizione d'un termine illegittimo è rimarcata dall'art. 9, c. 18, d.l. 70/2011 (conv. in l. 106/2011), specificamente per il settore che interessa la controversia. Con tale intento già si armonizzava il divieto di cui al c. 14-bis dell'art. 4 l. 124/99. Esso è stato inserito nel corpo della disciplina sul reclutamento del personale supplente evidentemente non per offrire argomenti alla possibilità di convertire i relativi rapporti instaurati a termine fino ad allora, bensì per ribadire un divieto generale già presente nel testo unico sull'impiego pubblico e messo in discussione dalla contrastante giurisprudenza di merito sul tema.

Proprio la risolutezza dell'*incipit* dell'art. 36, quinto comma ("*in ogni caso..*"), ha del resto indotto la Suprema Corte ad affermare, con ben maggiore sintesi, che essa "*non consente eccezioni*"; di conseguenza, "*una domanda, relativa ad un rapporto di lavoro con una amministrazione pubblica, volta ad ottenere la conversione del rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato, non può trovare accoglimento*" [Cass., sez. lav., 15 giugno 2010, n. 14350, *cit.*].

In adesione a questa pronuncia, pertanto, va respinta la domanda di costituzione d'un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Va per converso accolta quella subordinata, talché il Ministero resistente deve essere condannato a corrispondere a [redacted] un importo pari a quindici mensilità della retribuzione globale di fatto.

La soluzione adottata rende superfluo l'esame dell'eccezione di prescrizione sollevata dall'Avvocatura rispetto ai crediti maturati nell'ipotesi di costituzione del rapporto a tempo indeterminato.

Vanno infine disattese le domande proposte da ██████████ e ██████████. Dai loro ricorsi risulta che ciascuna è stata assunta in una sola occasione con contratto stipulato ai sensi dell'art. 4, primo comma, l. 124/99. In tutte le altre occasioni ricorrevano le esigenze temporanee che giustificano l'applicazione della norma del capoverso successivo. Pertanto nei loro confronti il Ministero non è incorso nella violazione del disposto dell'art. 5, comma 4-bis, d. lgs 368/2001.

Ultimo aspetto da valutare concerne la compatibilità del diritto al risarcimento con la più recente disposizione del comma 4-bis dell'art. 10 d. lgs 368/2001 (inserito con l'art. 9, comma 18, del d.l. n. 70 del 2011, conv. in legge n. 106/11). Nel quadro delle ipotesi di esclusione e di specifica disciplina che tale art. 10 enuncia rispetto alla normativa generale sul lavoro a tempo determinato, *"stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui alla legge 3 maggio 1999, n. 124; 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"*.

L'intreccio di proposizioni nel dato normativo non ne agevola l'interpretazione. Per delineare il suo ambito di efficacia non può però che farsi un primo riferimento a quanto già *"stabilito dalle disposizioni di cui alla legge 3 maggio 1999, n. 124"*, poiché l'inserimento di questa premessa induce a ritenere che il legislatore abbia ravvisato in questa disciplina le ragioni della clausola di esclusione introdotta nel 2011. Come si è accennato, nella l. 124/99 e, in particolare, nel quadro delle norme sul reclutamento dei supplenti ve n'è una, l'art. 4, comma 14-bis, in tema di effetti dell'illegittimità del termine contrattuale. Essa, come detto, vieta la *trasformazione* dei contratti a tempo determinato in rapporti a tempo indeterminato. Vi sarebbe dunque da ritenere che l'esclusione operata con l'introduzione del comma 4-bis nell'art. 10 inerisca soltanto alle conseguenze predette, quali stabilite dal d. lgs 368/2001 in una pluralità d'ipotesi.

Questa lettura restrittiva si attaglia al carattere derogatorio della norma rispetto al regime generale dei contratti a termine e trova un riscontro ulteriore nel riferimento conclusivo all'art. 5, comma 4-bis, dello stesso d. lgs 368/2001. Non si vede infatti quale ragione avrebbe avuto il legislatore per escluderne l'applicazione se i rapporti dei supplenti scolastici fossero già stati sottratti all'integrale disciplina dello stesso decreto legislativo in forza del precetto contenuto nella proposizione precedente.

Si consideri infine l'inciso *"anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA"*. La funzione evidentemente estensiva dell'avverbio *"anche"* denota l'intento di comprendere tra le fattispecie negoziali escluse dall'applicazione del d. lgs 368/2001 tutti e soltanto i contratti adottati per esigenze non stabili o permanenti. Anche il legislatore, dunque, ha riconosciuto l'incompatibilità, col quadro normativo posto a tutela dei lavoratori, di termini apposti a contratti per ragioni non transitorie.

Per tutte le ragioni esposte la norma dell'art. art. 10, comma 4-bis, d. lgs 368/2001 non ha rilievo nella controversia, in cui è stato riconosciuto esclusivamente il diritto al risarcimento del danno determinato dalla successione di contratti a tempo determinato motivati da esigenze di carattere non temporaneo.

Sulla somma stabilita in sentenza si è chiesto applicarsi, a titolo di accessori, interessi legali e rivalutazione monetaria. Tuttavia con sentenza n. 82 del 27 marzo 2003 la Corte costituzionale ha confermato la legittimità della norma di cui all'art. 22, comma trentaseiesimo, l. 724/94, in forza della quale per i crediti di lavoro dei dipendenti pubblici competono soltanto gl'interessi legali e non anche la rivalutazione monetaria.

La domanda relativa agli accessori va dunque accolta soltanto entro i limiti predetti.

### C - Sul riconoscimento dell'anzianità di servizio per i periodi lavorati.

Il secondo nucleo di domande ha per oggetto il riconoscimento del diritto all'anzianità maturata, per il cumulo dei periodi lavorati in esecuzione dei contratti a tempo determinato stipulati in successione col Ministero convenuto, ed al trattamento economico più elevato che ne deriverebbe a ciascun lavoratore.

L'eccezione preliminare di prescrizione, sollevata dall'Avvocatura dello Stato per conto del Ministero, è parzialmente fondata.

Poiché vengono rivendicati crediti di natura retributiva, il loro termine di prescrizione è quinquennale. Non è stato depositato atto d'interruzione del corso di questo termine antecedente all'impugnazione ai sensi dell'art. 31 l. 183/2010. Essa risulta essere stata notificata alla controparte da parte di tutte le parti ricorrenti entro il 25.1.2011.

Sono pertanto estinti per prescrizione i crediti sorti fino a gennaio 2006.

A fondamento delle proprie domande, parte ricorrente ha addotto la piena equiparabilità della propria situazione a quella dei colleghi impiegati a tempo indeterminato negli stessi anni scolastici e lamenta pertanto che, a differenza loro, gli sia negato il diritto agli scatti retributivi di anzianità. Ai sensi dell'art. 79 CCNL di comparto, la progressione economica compete al personale scolastico con la maturazione dell'anzianità di servizio prestato. Ai dipendenti a tempo determinato è invece applicato con ogni contratto ancora il trattamento iniziale, valorizzandosi il fatto che essi non rientrino tra il personale di ruolo, così come prevedevano gli artt. 53 l. 312/80 e 526 d. lgs 297/94.

Stando alla tesi attrice, questa disparità di trattamento sarebbe però illegittima, poiché, nei periodi lavorati, non vi sarebbero ragioni od elementi di distinzione nelle posizioni del personale precario e di chi sia assunto a tempo indeterminato.

Il carattere discriminatorio del descritto regime è stato invece negato dal Ministero convenuto, sul presupposto dell'esistenza di ragioni oggettive che lo giustificerebbero e che risiederebbero nell'appartenenza o meno al ruolo del personale scolastico: non rientrandovi, i dipendenti a tempo determinato sarebbero inseriti in un diverso sistema di reclutamento, che valorizza comunque l'anzianità di servizio acquisita ed è finalizzato o all'assunzione definitiva o all'attribuzione d'incarichi di supplenza annuale e temporanea.

Alla luce delle contrapposte posizioni difensive il ricorso è da ritenersi fondato.

La disamina dei contratti stipulati tra le parti rende evidente come, cumulati tra loro, i rispettivi rapporti di lavoro si siano succeduti senza rilevante soluzione di continuità, sì da coprire pressoché integralmente ciascun anno scolastico. Durata e frequenza delle prestazioni non differiscono in fatto da quelle dell'omologo personale assunto a tempo indeterminato.

In proposito si consideri anche che, ai sensi dell'art. 11, comma 14, l. 124/99, *"il servizio di insegnamento non di ruolo prestato a decorrere dall'anno scolastico 1974-1975 è considerato come anno scolastico intero se ha avuto la durata di almeno 180 giorni oppure se il servizio sia stato prestato ininterrottamente dal 1° febbraio fino al termine delle operazioni di scrutinio finale"*.

La cosiddetta contrattualizzazione economica del rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti pubblici - oggi racchiusa negli artt. 2, terzo comma, e 45, primo comma d. lgs 165/2001 - ha conferito all'atto negoziale collettivo il carattere di fonte di normazione primaria del rapporto stesso; gli è così riconosciuta un'efficacia derogatoria, quanto all'ambito oggettivo di applicazione, delle norme di legge previgenti che riconoscessero emolumenti al personale diverso da quello di cui all'art. 3 dello stesso testo unico del 2001.

Si tratta di valutare se ed entro quali limiti questo sistema interno delle fonti possa disciplinare diversamente il regime economico dei dipendenti pubblici a termine da quello degli assunti a tempo indeterminato.

La difesa attrice ha invocato in proposito uno specifico precedente della Corte di Giustizia dell'Unione europea [Corte giust. 13 settembre 2007, causa c-307/05, *Del Cerro Alonso vs Osakidetza-Servicio Vasco de Salud*]. Essa si è espressa nella circostanza sulla compatibilità con la

clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro-europeo allegato alla direttiva 99/70, di una norma interna che esclude il personale sanitario a tempo determinato dagli scatti retributivi triennali riconosciuti invece ai dipendenti di ruolo a tempo indeterminato.

La clausola vieta l'applicazione di trattamenti deteriori per i lavoratori a termine, determinati dal *"solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive"*.

Dunque, pur se riferita ad una legislazione e ad un comparto lavorativo differenti, la concreta fattispecie esaminata nella sentenza del 13.9.2007 dei giudici europei è evidentemente del tutto analoga a quella in esame.

Si è detto in precedenza come la Corte europea si sia più volte pronunciata nel senso dell'applicabilità delle prescrizioni della direttiva 99/70 e dell'accordo quadro ai rapporti di lavoro con amministrazioni pubbliche. Il divieto contenuto nella clausola 4.1 è stato ritenuto incondizionato e sufficientemente preciso da non richiedere atti di trasposizione interna della direttiva, con la sola riserva relativa alle giustificazioni fondate su ragioni oggettive, le quali, tuttavia, sono soggette al sindacato giurisdizionale [Corte giust. *Impact*, p. 65 e 68].

Nella decisione del 13.9.2007, premesso che la direttiva 1999/70 trova applicazione verso tutti i lavoratori che forniscono prestazioni retribuite in un rapporto d'impiego a tempo determinato vincolante nei confronti del datore di lavoro (p. 28), la Corte dell'Unione ha escluso che, per la sua finalità protettiva, il principio di non discriminazione contenuto nell'accordo quadro – principio di diritto sociale comunitario – possa essere interpretato restrittivamente (p. 38).

Tale lettura è invece dovuta per le materie che l'art. 137, n. 5, Trattato CE riserva alla disciplina delle parti sociali dei singoli Stati membri e tra le quali è la "retribuzione", sicché questa norma *"non può impedire ad un lavoratore a tempo determinato di richiedere, in base al divieto di discriminazione, il beneficio di una condizione di impiego riservata ai soli lavoratori a tempo indeterminato, allorché proprio l'applicazione di tale principio comporta il pagamento di una differenza di retribuzione"* (p. 42).

In questo quadro il concetto di "condizioni di impiego" di cui alla citata clausola 4.1 va letta *"nel senso che essa può servire da fondamento ad una pretesa come quella .. che mira all'attribuzione, ad un lavoratore a tempo determinato, di scatti di anzianità che l'ordinamento interno riserva ai soli lavoratori a tempo indeterminato"* (p. 48).

Esaminando a questo punto la nozione di "ragioni oggettive" di cui alla clausola 4.1, la Corte ha richiamato la giurisprudenza formata sull'identica locuzione contenuta nella successiva clausola 5.1, lett. a) dell'accordo quadro, e posta a giustificazione del rinnovo di contratti o rapporti di lavoro a termine [cfr. in particolare, Corte giust., *Adeneler*]. Al pari di quest'ultima, anche la prima va riferita a circostanze *"precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare, in un simile contesto particolare, l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione.."* (p. 53-58). Tali requisiti non sono soddisfatti da una disposizione nazionale, generale ed astratta, di fonte legislativa o negoziale, che stabilisca la disparità di trattamento (p. 57).

Di conseguenza per la Corte dell'Unione la clausola 4.1 osta all'introduzione d'una disparità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato; giustificata dalla mera circostanza che essa sia prevista da una disposizione legislativa o regolamentare di uno Stato membro ovvero da un contratto collettivo concluso tra i rappresentanti sindacali del personale e del datore di lavoro interessato [più di recente, nello stesso senso, cfr. Corte giust. UE 8 settembre 2011, *Rosado Santana*, *cit.*].

Per le ragioni dianzi esposte la giurisprudenza della Corte di giustizia è fonte del diritto alla cui osservanza i giudici degli Stati membri sono tenuti. La decisione esaminata impedisce dunque di ravvisare nelle disposizioni legislative o collettive nazionali ragione sufficiente per derogare al divieto di discriminazione nei confronti della parte ricorrente, in quanto titolare di contratto a tempo determinato.

Il Ministero convenuto ritiene che la *ratio* del diverso trattamento economico del lavoratore a termine sia da ravvisarsi nella sua appartenenza al personale non di ruolo.

Ma la specificità del sistema di reclutamento e di assegnazione delle supplenze per questa categoria di lavoratori non ha correlazione logica con la negazione della progressione retributiva in funzione dell'anzianità di fatto maturata (cfr. gli artt. 399 segg. t.u., come modificato ex l. 124/99, e 4 della stessa l. 124/99). Non vi sono ostacoli razionali alla possibilità di ricostruire la carriera intera del personale assunto ripetutamente a termine, tenendo conto dei rapporti pregressi ed applicando gli scatti allo stesso modo di quanto avviene per il personale a tempo indeterminato.

V'è anzi un'intrinseca contraddizione nella tesi difensiva del Ministero che, da un lato, valorizza il tempo lavorato ai fini dell'eventuale immissione in ruolo dei dipendenti precari, ma, dall'altro, vi nega rilevanza sul piano economico.

S'impone pertanto una lettura della disciplina nazionale conforme alla norma europea così come interpretata dalla Corte di giustizia, per assicurarne la piena efficacia nella risoluzione della presente controversia.

Di conseguenza la disciplina interna e, in particolare, la clausola dell'art. 79 CCNL di comparto vanno intese nel senso di includere nella progressione professionale così prevista per il personale scolastico anche i lavoratori del settore che abbiano lavorato per l'Amministrazione con più contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione.

Si deve dichiarare in definitiva il diritto della parte ricorrente alla progressione professionale retributiva ed a percepire le differenze stipendiali maturate in ragione dell'anzianità di servizio. Di conseguenza il Ministero resistente deve essere condannato a corrispondere alla parte ricorrente le differenze stipendiali maturate cumulando tra loro i diversi periodi lavorati.

Sono dovuti altresì gli accessori, nei limiti dianzi già indicati.

\*\*\*

La parziale reiezione delle domande e la persistenza del contrasto giurisprudenziale sull'illegittimità del termine contrattuale e sulle sue conseguenze giustificano la valutazione della soccombenza del convenuto nella misura circoscritta al 50%, rispetto alla posizione di ~~Giuseppe Giampino~~ e ~~Giuseppe~~ ~~Esposito~~. Esso va condannato in questi limiti a rifondere costoro delle spese di lite, liquidate come da dispositivo in valore già da intendersi comprensivo della percentuale forfetaria (12,5%) prevista per spese generali.

Si compensa tra le parti la frazione residua delle spese.

Va disposta la distrazione in favore dei difensori, che si sono dichiarati anticipatori delle spese.

Va disposta infine la compensazione integrale relativamente alla posizione delle altre parti ricorrenti, in considerazione della relativa novità delle questioni trattate e degli interessi da loro azionati in giudizio.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, respinta ogni diversa e ulteriore domanda,

- a) dichiara il diritto delle parti ricorrenti alla progressione professionale, in conseguenza della stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato, e per l'effetto dichiara tenuto e condanna il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, in persona del Ministro *pro-tempore*, a corrispondere loro le differenze retributive, maturate dall'1.2.2006, in ragione della complessiva anzianità di servizio in misura maggiorata degli interessi legali dalle singole scadenze e fino al saldo;
- b) dichiara l'illegittimità dei termini apposti ai contratti stipulati da ~~Giuseppe Giampino~~ e ~~Giuseppe~~ ~~Esposito~~, rispettivamente dall'1.9.2008 e dall'1.9.2006 e, per l'effetto, dichiara tenuto e conseguentemente condanna il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, in persona del Ministro *pro-tempore*, a risarcire loro il danno nella misura di quindici

3 mensilità, per giunta, e di cinque mensilità, per [redacted], della retribuzione globale di fatto, con gli interessi legali dalla data della presente sentenza e fino al saldo;

- c) respinge le domande per la conversione del rapporto a tempo indeterminato delle parti ricorrenti di cui al capo b);
- d) respinge le domande delle altre parti ricorrenti relative all'accertamento dell'illegittimità del termine apposto ai loro contratti di lavoro;
- e) condanna il Ministero convenuto a rifondere [redacted] e [redacted] delle spese del giudizio nella misura del 50%, misura liquidata in complessivi € 2.050,00, oltre a IVA e .cpa, con distrazione a favore degli avv. P. Galli e G. Pieri, compensando tra le parti la frazione-residua;
- f) compensa integralmente le spese del giudizio tra tutte le altre parti.

Genova, 10 novembre 2011

IL GIUDICE  
Dr. ~~Marcello~~ BASILICO

si dà atto della comunicazione della presente sentenza, letta in udienza, e del conseguente deposito.  
Genova, 10.11.2011

Il Cancelliere

