

## **Tribunale di Milano Sez. lavoro, Sentenza 1 agosto 2011**

### **Svolgimento del processo**

Con ricorso depositato il 7 giugno 2011, Ca.Co. conveniva in giudizio avanti al Tribunale di Milano - Sezione Lavoro - il Ministero della Pubblica Istruzione, dell'Università e della Ricerca E l'Ufficio Scolastico Regionale per la Lombardia impugnando i sei contratti di lavoro a tempo determinato stipulati con il convenuto, per lo svolgimento dell'attività di docente, tra il 2.10.2007 e il 30.6.2011 e chiedendo al Tribunale di:

- accertare e dichiarare l'illegittima apposizione del termine e la conseguente nullità parziale dei contratti stipulati tra le parti;
- per l'effetto, di accertare e dichiarare che il primo contratto stipulato *inter partes* si è convertito in contratto di lavoro a tempo indeterminato dalla data del 2.10.2007, ovvero dalla decorrenza degli altri contratti stipulati tra le parti e, conseguentemente, di accertare e dichiarare il proprio diritto a riprendere il posto di lavoro precedentemente occupato, condannando il convenuto a reinserirla in servizio nello stesso posto di lavoro per lo svolgimento delle stesse mansioni di docente svolte durante la vigenza dei rapporti di lavoro a tempo determinato ivi impugnati, oltre che al pagamento delle retribuzioni globali di fatto maturate dalla data di messa in mora sino all'effettiva ripresa dell'attività lavorativa, con rivalutazione e interessi come per legge;
- di condannare il convenuto al pagamento dell'indennità prevista dall'art. 32 legge 183/2011 in misura pari a 12 mensilità ovvero, avuto riguardo ai criteri previsti dall'*art. 8 legge*

604/1966, nella diversa misura maggiore o minore ritenuta di giustizia e comunque non inferiore a 2,5 mensilità.

In via subordinata, la ricorrente domandava di condannare il convenuto al pagamento del risarcimento del danno in base alla previsione di cui all'*art. 36 D.Lgs. 165/2001*, così come modificato dall'*art. 4, co. 2, D.L. 4/2006*, convertito con modificazioni dalla *legge 80/2006*, pari a cinque mensilità di retribuzione globale di fatto per ciascun anno lavorato ovvero nella maggiore o minor somma che sarà ritenuta di giustizia.

In ogni caso, Ca.Co. chiedeva di condannare il convenuto al pagamento delle differenze retributive tra quanto percepito in forza dei contratti a tempo determinato impugnati e quanto avrebbe dovuto percepire se fosse stata correttamente collocata nei gradoni stipendiali previsti dalla successione dei C.C.N.L. del Comparto Scuola in base all'anzianità di servizio maturata.

Con vittoria di spese, diritti e onorari.

A fondamento della propria domanda, parte ricorrente deduceva la violazione della disciplina nazionale e comunitaria in tema di rapporti di lavoro a tempo determinato, eccependo in particolare, quanto alle previsioni di cui al *D.Lgs. 368/2001*, la mancata indicazione delle ragioni oggettive poste a giustificazione dell'apposizione del termine, la mancanza del requisito della temporaneità, la violazione delle disposizioni in materia di successione di contratti a termine, e la violazione del divieto di discriminazione.

Si costituiva ritualmente in giudizio la parte convenuta, eccependo l'infondatezza in fatto e in diritto delle domande di cui al ricorso e chiedendo il rigetto delle avversarie pretese.

Con vittoria di spese, diritti e onorari

Esperito inutilmente il tentativo di conciliazione e ritenuta la causa matura per la decisione senza necessità di istruzione probatoria, all'udienza dell'1 agosto 2011, il Giudice invitava le parti alla discussione all'esito della quale decideva come da dispositivo pubblicamente letto, riservando il deposito della motivazione a 5 giorni, ai sensi *dell'art. 429 c.p.c.* così come modificato dalla *legge 133/2008*.

### **Motivi della decisione**

Il ricorso deve essere accolto nei limiti e per le ragioni di seguito precisate.

In primo luogo, deve essere evidenziata l'infondatezza delle eccezioni di nullità del ricorso e di difetto di giurisdizione formulate dalla parte convenuta.

Quanto all'eccezione di difetto di giurisdizione, va rilevato che le regole previste dall'*art. 68 D.Lgs. 29/1993*, come sostituito dall'*art. 29 D.Lgs. 80/1998* (oggi trasfuso nell'*art. 63 D.Lgs. 165/2001*), prevedono l'attribuzione alla giurisdizione del Giudice Ordinario di tutte le controversie concernenti ogni fase del rapporto di lavoro, incluse le controversie inerenti all'assunzione, giacché la riserva ivi prevista - in via residuale - alla giurisdizione amministrativa (art. 68, co. 4, oggi art. 63) concerne esclusivamente le procedure concorsuali, strumentali alla costituzione del rapporto con la Pubblica Amministrazione, che si sviluppano sino all'approvazione della graduatoria dei vincitori e degli eventuali idonei.

Priva di pregio risulta essere anche l'eccezione di nullità del ricorso per indeterminatezza delle ragioni poste a fondamento delle domande proposte in quanto, dal corpo dell'atto, risultano desumibili tutti gli elementi di fatto e diritto necessari alla delimitazione del petitum e della relativa causa petendi.

Infine, deve essere dichiarato il difetto di legittimazione passiva del convenuto Ufficio Scolastico Regionale per la Lombardia, che non ha giuridica autonomia rispetto al convenuto Ministero.

Ciò posto, per quanto concerne l'inquadramento normativo della materia oggetto di giudizio, due sono le questioni che debbono essere preliminarmente affrontate.

Da un lato, sotto un profilo di ordine generale, deve essere individuata la disciplina applicabile ai rapporti di lavoro a tempo determinato con la Pubblica Amministrazione; dall'altro, a livello più specifico, debbono essere delineate le eventuali peculiarità della materia afferente alla gestione dell'attività scolastica.

Per quel che attiene il primo profilo, si ritiene che la normativa applicabile sia quella di cui al *D.Lgs. 368/2001* e all'*art. 36 D.Lgs. 165/2001*.

Al momento dell'emanazione del *Decreto Legislativo 368/2001*, nel pubblico impiego contrattualizzato era già vigente l'*art. 36 D.Lgs. 29/1993*, confluito a seguito di una serie di modifiche nell'*art. 36 D.Lgs. 165/2001*, norma che già prevedeva forme di assunzione flessibili, tra cui lo stesso contratto a tempo determinato, e che disciplinava specificamente l'aspetto sanzionato rito per il caso dell'illegittimo ricorso a tale fattispecie contrattuale, prevedendo espressamente che, "in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di

recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave" (art. 36, co. 8).

Con l'art. 3 della Legge Finanziaria 244/2007, il Legislatore aveva sostanzialmente qualificato il contratto di lavoro a tempo determinato quale strumento straordinario nel campo del pubblico impiego, in quanto destinato a soddisfare esclusivamente esigenze temporanee ed eccezionali.

Nuove modifiche alla disciplina furono introdotte con l'art. 49 D.L. 112/2008, convertito dalla legge 133/2008, e con l'art. 17 D.L. 78/2009: interventi volti a ribadire il divieto assoluto di conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, e la previsione in favore del lavoratore di un "diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative".

Circa la compatibilità e, ancor prima, la sopravvivenza dell'art. 36 D.Lgs. 165/2001 a fronte dell'emanazione della disciplina generale di cui al Decreto Legislativo 368/2001, non v'è ragione di dubitare.

Vero che l'art. 11 del D.Lgs. 368/2001 ha previsto che "dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo sono abrogate la legge 18 aprile 1962, n. 230, e successive modificazioni, l'articolo 8 - bis della legge 25 marzo 1983, n. 79, l'articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, nonché tutte le disposizioni di legge che sono comunque incompatibili e non sono espressamente richiamate nel presente decreto legislativo".

Non si ritiene, tuttavia, che tale norma possa aver comportato l'abrogazione dell'art. 36 D.Lgs. 165/2001 per tre ordini di ragioni.

In primo luogo, l'*art. 36 D.Lgs. 165/2001* costituisce *lex specialis* e, come tale, è insuscettibile di essere sostituita da una legge generale successiva qual è il *Decreto Legislativo 368/2001*.

In secondo luogo, successivamente all'emanazione del *Decreto Legislativo 368/2001*, il Legislatore è intervenuto in sostituzione e modifica dell'*art. 36 D.Lgs. 165/2001*, operazione che non può che muovere dal presupposto della sua perdurante vigenza.

Infine, circostanza che appare di maggior rilievo, non vi è nessun elemento che consenta di affermare che la disciplina di cui all'*art. 36 D.Lgs. 165/2001* sia incompatibile con le previsioni di cui al *D.Lgs. 368/2001*.

Se è vero che l'*art. 36 D.Lgs. 165/2001* vieta nel pubblico impiego la conversione del contratto di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, è parimenti vero che tale previsione non si pone in contrasto con la Direttiva 1999/70 CE del quale il *D.Lgs. 368/2001* è diretta attuazione.

La Direttiva, infatti, nel considerare la successione dei contratti a tempo determinato una potenziale forma di abuso in danno dei lavoratori, e nell'imporre agli Stati Membri di adottare misure atte a impedirne l'abuso e a garantire la salvaguardia del principio inerente all'eccezionalità del contratto a termine rispetto alla regola generale del contratto a tempo indeterminato, non ha poi imposto ai Legislatori nazionali una specifica forma di tutela e, senza dubbio, non ha imposto quale unico possibile strumento di dissuasione/sanzione quello della conversione del contratto in contratto a tempo indeterminato.

È, questa, una considerazione che trova conferma nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Con la sentenza Ad. la Corte ha affermato che "l'accordo quadro non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come non stabilisce nemmeno le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi. Tuttavia esso impone agli Stati membri di adottare almeno una delle misure elencate nella clausola 5, punto 1, lett. a) - c), dell'accordo quadro, che sono dirette a prevenire efficacemente l'utilizzazione abusiva di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi. Inoltre gli Stati membri sono tenuti, nell'ambito della libertà che viene loro lasciata dall'art. 249, terzo comma, Ce, a scegliere le forme e i mezzi più idonei al fine di garantire l'efficacia pratica delle direttive (v. sentenze 8 aprile 1976, causa 48/75, Ro., Racc. pag. 497, punto 75, e 12 settembre 1996, cause riunite C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 e C-157/95, Ga. e a., Racc. pag. 1-4345, punto 14).

Pertanto, quando, come nel caso di specie, il diritto comunitario non prevede sanzioni specifiche neppure nel caso in cui sono stati comunque accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte ad una siffatta situazione, misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma anche sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro" (Grande Sezione, 4 luglio 2006, causa C-212/04, pt. 91 - 94).

Con la sentenza Ma. - Sa., la Corte ha poi precisato che, "vero è che la clausola 5, punto 2, dell'accordo quadro non riconosce esplicitamente la stessa facoltà agli Stati membri per ciò che riguarda la fissazione delle condizioni alle quali i contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione debbano essere considerati come conclusi per una durata indeterminata. Tuttavia, dal momento che tale disposizione non

stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come non stabilisce nemmeno le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi (sentenza Ad. e a., cit., punto 91), essa lascia agli Stati membri un certo margine di discrezionalità in materia. Ne consegue che la clausola 5 dell'accordo quadro non osta, in quanto tale, a che uno Stato membro riservi un destino differente al ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione a seconda che tali contratti siano stati conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato o con un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico. Tuttavia, come risulta dal punto 105 della citata sentenza Ad. e a., affinché una normativa nazionale, come quella controversa nella causa principale, che vieta, nel solo settore pubblico, la trasformazione in contratto di lavoro a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato, possa essere considerata conforme all'accordo quadro, l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato deve prevedere, in tale settore, un'altra misura effettiva per evitare, ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato stipulati in successione. Per quanto riguarda quest'ultima condizione, occorre ricordare che la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro impone agli Stati membri l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure enumerate in tale disposizione e dirette a prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, qualora il diritto nazionale non preveda già misure equivalenti. Inoltre quando, come nel caso di specie, il diritto comunitario non prevede sanzioni specifiche nel caso in cui siano stati comunque accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte ad una siffatta situazione, misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo



quadro (sentenza Ad. e a., cit., punto 94)" (Corte di Giustizia, 7 settembre 2006, causa C-53/04, pt. 46-51).

Recentemente, con l'ordinanza Affatato, la Corte ha infine ribadito che "la clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, siglato il 18 marzo 1999, che compare in allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretata nel senso che: essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui all'*art. 36, quinto comma, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*, recante norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, la quale, nell'ipotesi di abuso derivante dal ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione da un datore di lavoro del settore pubblico, vieta che questi ultimi siano convertiti in un contratto di lavoro a tempo indeterminato quando l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato prevede, nel settore interessato, altre misure effettive per evitare, ed eventualmente sanzionare, il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato stipulati in successione. Spetta tuttavia al giudice del rinvio accertare se le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva delle pertinenti disposizioni di diritto interno configurino uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare il ricorso abusivo da parte della pubblica amministrazione a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione; essa, in quanto tale, non è in alcun modo atta a pregiudicare le strutture fondamentali, politiche e costituzionali, né le funzioni essenziali dello Stato membro di cui è causa, ai sensi dell'*art. 4, n. 2, TUE*" (Corte di Giustizia, 1 ottobre 2010, causa C - 3/2010, dispositivo).

Orbene, poiché nella previsione di cui all'*art. 36 D.Lgs. 165/2001* il divieto di conversione del rapporto si accompagna all'espressa previsione di un diritto al risarcimento del danno

per il lavoratore leso dall'illegittimo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato, astrattamente considerata, e interpretata in conformità ai principi di equivalenza e non discriminazione che permeano l'ordinamento comunitario (e che debbono, pertanto, essere trasfusi nell'ordinamento nazionale), la norma risulta del tutto compatibile con il disposto dell'ordinamento comunitario e con la normativa nazionale che vi ha dato attuazione.

D'altronde, lo stesso art. 36 richiama principi di ispirazione comunitaria atteso che, nel legittimare il ricorso a forme di lavoro flessibili, fa espressamente riferimento ai canoni di eccezionalità e temporaneità.

Ciò detto, quanto ai rapporti fra i due impianti normativi, non può revocarsi in dubbio che il *D.Lgs. 368/2001* debba trovare applicazione anche nel settore pubblico, in quanto si pone quale unica regolamentazione della materia sotto il profilo strettamente precettivo.

Nella disciplina del pubblico impiego, infatti, non si rinviene alcuna norma dedicata all'individuazione delle condizioni in base alle quali può essere apposto un termine al contratto di lavoro, delle situazioni a fronte delle quali detto termine possa essere ritenuto legittimo, delle condizioni in presenza delle quali possa essere considerata lecita la successione di più contratti a termine.

Ne consegue che, sotto il profilo prettamente precettivo, non può che trovare applicazione il *Decreto Legislativo 368/2001*.

La norma speciale si limita a disciplinare l'aspetto sanzionatorio, prevedendo che, "in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le

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

Tale impostazione trova una duplice conferma nell'ordinamento.

Da un lato, lo stesso *art. 36, co. 2, D.Lgs. 368/2001* prevede espressamente che "i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della somministrazione di lavoro ed il lavoro accessorio di cui alla lettera d), del comma 1, dell'*articolo 70 del decreto legislativo n. 276/2003*, e successive modificazioni ed integrazioni, in applicazione di quanto previsto dal *decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368*".

Dall'altro, recentemente, il Legislatore è intervenuto con l'*art. 9 D.L. 70/2011* prevedendo che "all'*articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368*, dopo il comma 4 e' aggiunto il seguente: "4 - bis. 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'espressa esclusione introdotta con la norma appena richiamata assurge a conferma indiretta del fatto che, sino all'entrata in vigore della stessa, il *D.Lgs. 368/2001* trovava applicazione nell'ambito del pubblico impiego e, quindi, anche nella materia che qui ci occupa.

Posta questa necessaria premessa circa il quadro normativo generale, si rileva che *l'art. 70, co. 8, D.Lgs. 165/2001* stabilisce che "le disposizioni del presente decreto si applicano al personale della scuola. Restano ferme le disposizioni di cui all'*art. 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".

La materia trova una specifica disciplina nell'*art. 4 legge 124/1999*, che prevede che "alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero, e semprechè 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. 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. Nei casi diversi da quelli previsti ai commi 1 e 2 si provvede con supplenze temporanee"".

La legge, anteriore al *Decreto Legislativo 368/2001*, pare con lo stesso compatibile, ponendosi rispetto ad esso in rapporto di specialità quanto alla tipizzazione di specifiche causali legittimanti l'apposizione del termine, e risultando del tutto conforme alla Direttiva 1999/70 Ce nella parte in cui prevede specifiche ragioni oggettive e normativamente individuate per la stipula dei contratti di lavoro a tempo determinato.

Ciascuna delle ragioni contemplate dalla norma in commento, inoltre, si presenta come intrinsecamente temporanea.

Senza altro temporanea è la prima ipotesi - relativa alle cosiddette supplenze annuali su organico di diritto - che consente e giustifica la copertura di cattedre e posti di insegnamento vacanti e disponibili prevedibilmente per l'intero anno scolastico, ma solo in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo.

Medesima considerazione vale per le due successive ipotesi - relative alle supplenze annuali su organico di fatto, con scadenza al 30 giugno, e alle altre supplenze temporanee, conferite per ogni altra necessità - che ammettono la copertura con rapporti di lavoro a termine di cattedre e posti di insegnamento non vacanti, ma che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico, ovvero che risultino comunque temporaneamente scoperti.

Per quanto ivi non espressamente previsto, la disciplina in parola non può che ritenersi integrata da quella generale di cui al *Decreto Legislativo 368/2001*.

Sono, queste, considerazioni assorbenti di ogni ulteriore e diverso rilievo formulato dalle parti nei rispettivi atti.

Nel merito deve osservarsi quanto segue.

L'odierna ricorrente ha svolto continuativamente attività di docenza in favore del Ministero convenuto dal 2.10.2007 al 30.6.2011, in forza di sei contratti di lavoro a tempo determinato stipulati per ragioni di supplenza, talvolta annuali, talvolta temporanee sino al termine delle attività didattiche (cfr. docc. 1, fascicolo ricorrente).

Più nello specifico, Ca.Co. ha lavorato:

- dal 2.10.2007 al 30.6.2008
- dal 9.9.2010 al 30.6.2011, con due distinti contratti della medesima durata presso il Circolo Didattico F.Ca. di Milano;
- dal 10.9.2008 al 30.6.2009 presso l'Istituto Comprensivo Narcisi di Milano;
- dal 14.9.2009 al 30.6.2010;
- dal 9.9.2010 al 30.6.2011 presso il Circolo Didattico Na.Sa. di Milano.

Orbene, secondo i principi generali e le previsioni di cui al *Decreto Legislativo 368/2001*, a fronte di specifica contestazione, è esclusivo onere del datore di lavoro fornire la prova in giudizio dell'effettiva sussistenza delle ragioni poste a

giustificazione dell'apposizione del termine e, più nello specifico, della sussistenza del requisito della temporaneità.

Tale onere non è stato soddisfatto poiché, costituendosi, il convenuto ha sviluppato a propria difesa unicamente argomentazioni in diritto, omettendo totalmente di svolgere qualsivoglia deduzione in fatto utile a costituire prova dell'effettiva sussistenza delle ragioni giustificatrici l'apposizione del termine e, più nello specifico, della necessità di garantire l'erogazione del servizio scolastico ed educativo nei plessi scolastici presso i quali la ricorrente è stata di volta in volta assegnata in forza dei contratti per cui è causa.

L'onere probatorio di cui si discute, non soltanto riguardava l'esigenza in concreto di provvedere alla copertura di una specifica cattedra, in uno specifico periodo o per l'intero anno scolastico, ma anche, nelle ipotesi di cui all'*art. 4, co. 1, legge 124/1999*, l'effettivo successivo espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo.

A fronte di tale carenza e dell'assenza di prova circa la concreta sussistenza delle esigenze di natura temporanea tipizzate nella *legge 124/1999*, non può che concludersi per la declaratoria di nullità del termine apposto a tutti i contratti di lavoro per cui è causa.

Circa le conseguenze del suddetto accertamento, si osserva quanto segue.

La domanda svolta in via principale dalla parte ricorrente, al fine di ottenere la conversione del rapporto di lavoro in rapporto di lavoro a tempo indeterminato e il pagamento dell'indennità di cui all'*art. 32, co. 5, legge 83/2010* non può in alcun modo essere accolta.

Sotto un profilo generale, osta a una simile conseguenza il principio fondamentale del nostro ordinamento per cui "agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge" (art. 97, co. 3, Costituzione), principio che ha poi trovato in materia un'espressa affermazione del Legislatore, tanto all'*art. 36, co. 5, D.Lgs. 165/2001* nella parte in cui stabilisce che, "in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni", quanto all'*art. 4, co. 14 bis, legge 124/1999*, così come introdotto dal *D.L. 134/2009*, ("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").

Circa la compatibilità della suddetta previsione con le prescrizioni di cui alla Direttiva 1999/70 Ce e, più in generale, circa la legittimità della differenziazione dell'apparato sanzionatorio previsto nell'ambito del rapporto di lavoro privato e quello previsto nell'ambito del rapporto di lavoro pubblico, si è già avuto modo di dire.

Ferma, dunque, la legittimità della norma nazionale che vieta in modo assoluto, nel solo settore pubblico, la conversione in contratto di lavoro a tempo indeterminato di contratti di lavoro a tempo determinato, deve ora comprendersi quale debba essere - in concreto - l'effetto dell'applicazione della previsione di cui all'*art. 36, co. 5, D.Lgs. 165/2001* che cristallizza la tutela riconosciuta al lavoratore nel "diritto al risarcimento del danno



derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative".

Non avendo il Legislatore disciplinato espressamente la liquidazione del danno, lo stesso non potrà che essere riconosciuto e liquidato in conformità ai principi che, tanto nell'ordinamento comunitario, quanto nell'ordinamento nazionale, disciplinano la materia.

In primo luogo, la misura prevista nel pubblico impiego deve trovare un'applicazione idonea a garantire ai pubblici dipendenti una tutela equivalente a quella garantita agli impiegati privati, nel rispetto del principio della parità di trattamento e del divieto di discriminazione.

Peraltro, se è vero che l'ordinamento nazionale non conosce il cosiddetto diritto privato punitivo, è altrettanto vero che nel caso di specie, affinché l'*art. 36, co. 5, D.Lgs. 165/2001* possa essere considerato conforme alla disciplina comunitaria, dovrà darsi attuazione al regime ivi previsto in modo tale da garantire, oltre che il ristoro del danno cagionato con l'illegittima precarietà della situazione lavorativa, anche un efficace effetto dissuasivo/sanzionatorio rispetto al ricorso abusivo alla fattispecie del contratto di lavoro a tempo determinato.

In sostanza dovrà tenersi conto, non soltanto del concetto di danno proprio dell'ordinamento nazionale, ma altresì della nozione di danno a livello comunitario e delle connotazioni che il risarcimento deve avere secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia: effettiva efficacia dissuasiva; conseguenze di favore equiparabili rispetto al settore privato (principio di equivalenza); agevole tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).

La Corte di Giustizia, d'altronde, è stata estremamente chiara nel sancire che l'Accordo Quadro sul lavoro a tempo

determinato del 18.3.1999 non osta, in linea di principio, a una normativa che esclude, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte della Pubblica Amministrazione, che questi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, solo qualora tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata a evitare e, se del caso, a sanzionare, un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico.

Più che di ristoro in senso tecnico, quindi, il risarcimento di cui all'*art. 36, co. 5, D.Lgs. 165/2001* dovrebbe essere interpretato quale trattamento forfettario di stampo sostanzialmente indennitario (Tribunale di Foggia, 17 ottobre 2008; Corte d'Appello Milano, 14 marzo 2006).

Ciò posto, nel silenzio del Legislatore e al fine di garantire, da un lato, il rispetto dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento, dall'altro, l'efficacia preventiva della norma, deve guardarsi all'ordinamento per individuare se vi sia una norma che disciplina una situazione che possa essere considerata equivalente e che, pertanto, possa essere ivi attratta quale parametro cui dare applicazione in via di equità al fine di commisurare il risarcimento spettante alla parte ricorrente.

Giova a questo riguardo evidenziare come un filone giurisprudenziale abbia ritenuto di poter fare riferimento al parametro normativo fornito dall'*art. 18 S.L.*

Tale impostazione muove dall'affermazione che la norma sopra citata sarebbe l'unico istituto attraverso il quale il Legislatore avrebbe monetizzato il valore del posto di lavoro assistito dalla cosiddetta stabilità reale, quale sarebbe quello alle dipendenze della Pubblica Amministrazione.

E' un orientamento che non pare condivisibile poiché muove da un presupposto, il diritto al posto di lavoro in regime di stabilità, che nel caso di specie non ricorre.

Tanto si afferma in quanto, da un lato, come sopra evidenziato, l'ordinamento espressamente vieta la conversione del rapporto di lavoro in rapporto di lavoro a tempo indeterminato e in quanto, dall'altro, non vi è alcun elemento che consenta di affermare che la parte ricorrente sia in possesso dei requisiti che le avrebbero consentito l'accesso a un impiego a tempo indeterminato (al riguardo, nulla d'altronde viene dedotto dalla parte attrice).

Un recente orientamento sviluppatosi a seguito dell'entrata in vigore della *legge 183/2010* ha invece ritenuto di poter fare riferimento alla previsione di cui all'art. 32, co. 5, nella parte in cui stabilisce che nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'*articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604*.

Anche tale impostazione non pare condivisibile, poiché anche essa poggia su un presupposto, il diritto alla conversione del contratto a tempo determinato (alla quale il Legislatore affianca, non sostituisce, l'indennizzo monetario) che nel caso di specie non ricorre.

In sostanza, poiché la norma testualmente ancora la corresponsione dell'indennità ai casi di conversione del contratto, questa disposizione non può trovare applicazione diretta in tutti i casi in cui, alla declaratoria di illegittimità del termine apposto, comunque non - possa conseguire la conversione del contratto a termine in rapporto di lavoro a

tempo indeterminato e, quindi, a tutti i casi in cui si ritiene applicabile l'*art. 36 D.Lgs. 165/2001*.

Al fine di individuare quale possa essere nell'ordinamento interno il parametro per liquidare - nel pieno rispetto dei principi comunitari e nazionali - il risarcimento previsto dall'*art. 36, co. 5, D.Lgs. 165/2001*, si ritiene che debba farsi riferimento alla norma che disciplina l'ipotesi della perdita del posto di lavoro in conseguenza dell'illegittimo comportamento del datore di lavoro, ma che non riconosce al lavoratore, come accade nella materia che qui ci impegna, il diritto a riottenere il posto di lavoro (sia esso per reintegrazione, ovvero per conversione).

Ci si riferisce, segnatamente, alla previsione di cui all'*art. 8 legge 604/1966*, una previsione che si ritiene che possa utilmente assurgere a parametro in via equitativa, poiché contempla un minimo e un massimo di indennizzo (da 2,5 a 14 mensilità) che consente di adeguare il risarcimento alla complessiva durata dei rapporti a termine, garantendo in tal modo un effettivo ristoro anche di rapporti che si siano di fatto protratti per molti anni.

Nel dare applicazione in via equitativa alla suddetta norma, pare opportuno precisare come non ci si possa ritenere vincolati ai limiti dalla stessa previsti (riconoscimento di un'indennità pari a 10 mensilità a fronte di un'anzianità di servizio pari a 10 anni, e a 14 mensilità per un'anzianità di servizio superiore a vent'anni), e ciò per due ordini di ragioni.

In primo luogo, la norma muove dal presupposto di un datore di lavoro con un requisito dimensionale inferiore a 15 dipendenti per unità produttiva, requisito che senz'altro non ricorre ove il datore di lavoro sia la Pubblica Amministrazione.

In secondo luogo, la norma è destinata trovare applicazione nei casi di rapporto di lavoro a tempo indeterminato, condizione

che nel caso di specie, con tutta evidenza, non può in alcun modo essere soddisfatta.

È pertanto facendo applicazione della forbice prevista dall'*art. 8 legge 604/1966* (da 2,5 a 14 mensilità) e dei criteri di quantificazione che gli sono propri che dovrà essere commisurato il risarcimento del danno spettante all'odierna ricorrente.

In considerazione del fatto che Ca.Co. ha prestatato la propria attività lavorativa in favore del Ministero Della Pubblica Istruzione, dell'Università e della Ricerca - Ufficio Scolastico Regionale per la Lombardia per cinque anni, in forza di sei contratti di lavoro a tempo determinato, si ritiene equo riconoscerle un risarcimento pari a 4 mensilità dell'ultima retribuzione percepita, oltre interessi di legge.

Parte ricorrente ha chiesto, poi, di condannare il convenuto al pagamento delle differenze retributive tra quanto percepito in forza dei contratti a tempo determinato impugnati e quanto avrebbe dovuto percepire se fosse stata correttamente collocata nei gradoni stipendiali previsti dalla successione dei C.C.N.L. del Comparto Scuola in base all'anzianità di servizio maturata.

La domanda deve essere accolta.

La questione attiene all'interpretazione della nozione di "condizioni di impiego" di cui alla clausola 4, pt. 1, dell'Accordo Quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato (stipulato il 18 marzo 1999) e, più in particolare, alla possibilità di porre detta previsione a fondamento della pretesa di attribuire a un lavoratore a tempo determinato scatti di anzianità che l'ordinamento riserva ai soli lavoratori a tempo indeterminato.

Questione affine è stata affrontata dalla Corte di Giustizia nella causa C-307/05, decisa con sentenza del 13 settembre 2007, nella quale la Corte ha osservato che "risulta tanto dalla formulazione della direttiva 1999/70 e dell'accordo quadro, quanto dal loro sistema generale nonché dalla loro finalità, che le prescrizioni ivi enunciate sono applicabili ai contratti e ai rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e con altri enti del settore pubblico" (sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04, Ad., cfr. anche causa C-53/04, Ma. e Sa., e causa C-180/04, Va.).

In riferimento ai principi di cui all'Accordo Quadro, parte ricorrente afferma che il mancato riconoscimento dell'anzianità maturata in forza dei contratti a tempo determinato, a differenza di quanto accade nei rapporti a tempo indeterminato, comporta la violazione dell'*art. 6 D.Lgs. 368/2001* (che della *Direttiva 1999/70/CE*, relativa all'Accordo Quadro sopra menzionato, è attuazione), nella parte in cui prevede che "al prestatore di lavoro con contratto a tempo determinato spettano le ferie, la gratifica natalizia... e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili,... sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine".

La questione principale del presente giudizio concerne dunque l'interpretazione della nozione di "ragioni oggettive", ossia, la definizione di quelle condizioni che, secondo la clausola 4, pt. 1, dell'Accordo Quadro possono legittimare un trattamento diverso dei lavoratori a tempo determinato rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato.

Secondo l'assunto attoreo, tale discriminazione si concretizzerebbe nel mancato riconoscimento degli scatti di anzianità ai lavoratori con contratto a tempo determinato.

Orbene, lo scatto di anzianità ha la funzione di parametrare il trattamento retributivo alla progressiva acquisizione di una maggior professionalità e competenza del lavoratore. Esso, in sostanza, tiene conto della maturazione della sempre più ampia esperienza che ciascun docente consegue in forza del protratto svolgimento della propria prestazione.

La questione della progressione economica conseguente all'anzianità di servizio non risulta disciplinata dalla normativa sui contratti a termine e la ragione è oltremodo evidente: per loro stessa natura, detti contratti sono destinati a regolamentare situazioni contingenti e limitate nel tempo, e non possono in alcun modo essere impiegati per regolamentare con continuità e stabilità un rapporto di lavoro.

D'altronde - si è detto - è principio consolidato del nostro ordinamento, così come dell'ordinamento comunitario, quello inerente all'eccezionalità del contratto a termine rispetto alla regola generale del contratto a tempo indeterminato.

L'ordinamento, peraltro, non conosce nessun elemento che possa portare a un sovvertimento di detto principio laddove il datore di lavoro sia un soggetto pubblico, e nulla che consenta alle Amministrazioni di impiegare tale strumento con modalità atte a stravolgere la specificità di questa fattispecie contrattuale.

Il fatto che anche nel pubblico impiego il rapporto di lavoro a tempo determinato rappresenti l'eccezione, e non la regola, è considerazione che può agevolmente trarsi da quanto previsto dal *D.Lgs. 165/2001*.

All'art. 36, co. 1, infatti, si stabilisce che "per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato", e il successivo

comma terzo evidenzia l'esigenza di evitare abusi nell'utilizzo delle diverse forme di lavoro flessibile.

Il Legislatore, pertanto, non avrebbe avuto ragione alcuna di prevedere e disciplinare le conseguenze di un costante e reiterato succedersi di più contratti a tempo determinato, atteso che una situazione di tal genere, lungi dal porre rimedio a una contingente esigenza dell'amministrazione, avrebbe concretizzato un illegittimo ricorso a tale strumento contrattuale.

Nel panorama dei rapporti interprivatistici, l'abuso trova una rigorosa ed esplicita sanzione nella stessa disciplina dei contratti a tempo determinato. In particolare, è espressamente prevista la sanzione della nullità del termine e la trasformazione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato (con ogni conseguenza che ne deriva anche sotto il profilo economico); per i rapporti di pubblico impiego, invece, come sopra evidenziato, tale eventualità è formalmente esclusa dall'art. 36, co. 2, D. Lgs. 165/2001.

Il differente approccio normativo appena richiamato, tuttavia, non può in alcun modo andare a detrimento del lavoratore a tempo determinato, pubblico dipendente, in tutte quelle ipotesi in cui, nonostante l'identità della situazione sostanziale, si configurino ingiustificate disparità di trattamento.

Incombe sulle Pubbliche Amministrazioni l'obbligo di operare nel rispetto del principio di legalità e di agire quindi, non soltanto conformemente ai principi propri dell'ordinamento interno, ma anche in piena coerenza con i principi promananti dall'ordinamento comunitario.

Del tutto prive di pregio risultano essere le eccezioni sollevate in merito all'impossibilità di considerare il rapporto di lavoro nella sua interezza, in quanto fondato su singoli contratti a



termine. È oltremodo evidente che tale assunto cerca di superare una palese violazione sostanziale con l'adozione di una prospettiva rigidamente formale, che confligge con la ratio sottesa alla disciplina in parola e con consolidati principi giuridici.

Parimenti, non appare ragionevole giustificare il trattamento differenziato in considerazione dei differenti obblighi che incombono sui docenti di ruolo, nella misura in cui questi stessi obblighi siano la diretta conseguenza di un'assunzione a tempo indeterminato e contropartita della stabilità dell'impiego.

Vero è che in nessun modo la pretesa avanzata in giudizio potrebbe trovare accoglimento ove fosse tesa a conseguire vantaggi o utilità superiori a quelle godute dai docenti a tempo indeterminato, o comunque ove vi fosse la richiesta di vedersi riconosciuto un diritto in assenza delle condizioni che ne giustificano l'affermazione.

La domanda ivi azionata può trovare accoglimento esclusivamente nella misura in cui, rilevata la sussistenza di una situazione sostanzialmente equiparabile a quella dei lavoratori a tempo indeterminato, e rilevata altresì una differenziazione nel trattamento dei dipendenti assunti a termine, si constati l'assenza di qualsivoglia ragione atta a giustificare tale disparità.

Nel caso di specie, la progressiva reiterazione di rapporti di lavoro a tempo determinato ha di fatto realizzato un contesto del tutto identico, sotto il profilo dello sviluppo della professionalità, a quello tipico di un rapporto a tempo indeterminato.

Non v'è dubbio, infatti, che l'odierna ricorrente abbia prestato la propria attività senza soluzione di continuità e che lo abbia fatto sempre svolgendo mansioni corrispondenti al profilo di docente. Conseguentemente, non può revocarsi in dubbio che

la stessa abbia nel tempo acquisito un'esperienza del tutto identica, sotto il profilo qualitativo e quantitativo, a quella maturata dai colleghi di pari anzianità, legati all'amministrazione da un rapporto a tempo indeterminato.

La disparità di trattamento sin qui riservata alla parte attrice non risulta legittimata da alcuna ragione obiettiva, né in altro modo giustificabile. Così considerata, invero, essa risulta integrare una palese violazione della norma imperativa di cui all'*art. 6 D.Lgs. 368/2001*.

Può e deve quindi essere accolta la domanda relativa al risarcimento del danno subito per il pregresso mancato riconoscimento dell'adeguamento retributivo.

Più nello specifico, la posizione dell'odierna ricorrente risulta del tutto analoga a quella dei colleghi con rapporto a tempo indeterminato quantomeno a partire dall'anno scolastico 2008/2009. Relativamente all'anno scolastico antecedente, infatti, la docente ha iniziato a prestare la propria attività lavorativa soltanto ad anno scolastico già avviato e senza coprirlo integralmente.

Per questi motivi, deve essere dichiarato il diritto di Ca.Co. al risarcimento del danno patito, consistente nella mancata percezione negli anni passati delle retribuzioni di volta in volta adeguate alla corrispondente anzianità: risarcimento, quindi, che dovrà essere quantificato in misura pari alla differenza tra la retribuzione percepita, dal 10.9.2008, e quella che la ricorrente avrebbe percepito in considerazione della maggiore anzianità e professionalità di volta in volta raggiunta.

Ne consegue la condanna del convenuto al pagamento di quanto sopra.

A questo riguardo va rilevato, in primo luogo, che nessun problema di prescrizione può nel caso di specie configurarsi.

Sotto tale profilo si richiama espressamente, ai sensi *dell'art. 118 disp. att. c.p.c.*, quanto deciso dalla Corte di Appello di Milano con sentenza 11 maggio 2011, n. 388, in merito al fatto che in tale fattispecie il termine prescrizione applicabile è quello ordinario di 10 anni, nel caso di specie ampiamente rispettato.

A mero titolo esaustivo, pare anche opportuno evidenziare che il diritto al risarcimento spetta anche per i rapporti antecedenti all'entrata in vigore del *Decreto Legislativo 368/2001*, in quanto atto di recepimento della *Direttiva 1999/70/CE*, promulgato dal Legislatore italiano in ritardo rispetto ai termini di cui all'art. 2 della Direttiva medesima.

A fronte dell'inadempimento del Legislatore nazionale, d'altronde, la clausola 4.1 dell'accordo non può che trovare applicazione diretta, in quanto previsione che la Corte di Giustizia, nella causa C-268/06, sentenza del 15 aprile 2008, ha espressamente dichiarato *self - executing*: "la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro appare, sotto il profilo del suo contenuto, incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale".

Posto che la suddetta somma viene liquidata a titolo di risarcimento, dovranno essere corrisposti esclusivamente gli interessi maturandi dalla sentenza al saldo effettivo.

In considerazione del parziale accoglimento del ricorso, debbono essere compensate per un terzo le spese di lite tra le parti.

La condanna al pagamento delle restanti spese di lite segue la soccombenza e, pertanto, il Ministero dell'Istruzione,

dell'Università e della Ricerca deve essere condannato al pagamento delle stesse liquidate come in dispositivo.

La sentenza è provvisoriamente esecutiva ex *art. 431 c.p.c.* Stante la complessità della controversia, visto *l'art. 429 c.p.c.*, si riserva la motivazione a 5 giorni.

### **P.Q.M.**

il Giudice del Lavoro, definitivamente pronunciando,

accerta e dichiara la nullità dei termini apposti a tutti i contratti per cui è causa. Per l'effetto, condanna il convenuto a risarcire alla ricorrente il conseguente danno determinato in 4 mensilità dell'ultima retribuzione percepita, oltre interessi come per legge.

Condanna il convenuto a risarcire alla ricorrente il danno subito a causa del mancato riconoscimento dell'anzianità di servizio, con decorrenza dal 10.9.2008, in misura pari alla differenza tra la retribuzione percepita e quella che la ricorrente avrebbe percepito in considerazione della maggiore anzianità e professionalità di volta in volta raggiunta. Rietta per il resto il ricorso.

Compensa per un terzo le spese di lite tra le parti.

Condanna parte convenuta alla rifusione delle restanti spese di lite che liquida

in complessivi Euro 1.200,00 oltre I.V.A. e C.P.A. da distrarsi in favore dell'Avv. Ne., Avv. Mo. e Avv. Ri..

Sentenza provvisoriamente esecutiva.

Riserva a 5 giorni il deposito della motivazione.