

Tribunale di Milano Sez. lavoro, Sentenza 2 agosto 2011

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Ritiene questo giudice che il ricorso sia fondato e debba trovare accoglimento nei limiti di seguito indicati.

Preliminarmente non può che ritenersi infondata l'eccezione di carenza di giurisdizione svolta da parte resistente, con le conclusioni formulate in memoria di costituzione, non essendo in esame alcuna questione relativa all'accesso al lavoro mediante procedura concorsuale.

Nessun profilo di carenza di giurisdizione appare rilevabile in relazione alle domande svolte in causa.

Il ricorrente ha svolto domande aventi esclusivamente contenuto economico (alternativamente retributivo o risarcitorio) in conseguenza della lamentata violazione del principio di non discriminazione nell'esecuzione del rapporto lavorativo, ai sensi dell'*art. 6 D.Lgs. 368/2001* e della clausola 4.1 della *Direttiva 28.6.1999 99/70/CE* (accordo quadro UNICE - CEEP - CES 18.3.2009), e della violazione delle norme che regolano l'apposizione del termine e la successione dei contratti a tempo determinato di cui alla clausola 5.1 della citata *Direttiva* (in attuazione della quale è stato emanato il *D.Lgs. 368/2001*).

In particolare la domanda del ricorrente è espressamente diretta ad ottenere il pagamento delle differenze retributive sofferte in conseguenza del mancato riconoscimento dell'anzianità di servizio a far data dal 22.9.2003, anno scolastico 2003/2004.

Appaiono così non rilevanti le argomentazioni svolte dal Ministero resistente con riferimento al divieto di conversione dei rapporti posto dall'*art. 36 D.Lgs. 165/2001*, non essendo svolta in giudizio alcuna domanda di conversione del rapporto lavorativo e non essendo posta in discussione dal ricorrente l'operatività del disposto del citato art. 36, indicato al contrario in ricorso quale possibile fondamento del diritto al risarcimento del danno, per mancato percepimento delle differenze retributive, anche sotto il profilo della violazione del principio di cui alla clausola 5.1 *Direttiva 28.6.1999 99/70/CE* (accordo quadro UNICE - CEEP - CES 18.3.2009).

Non rilevante è conseguentemente anche ogni difesa del Ministero resistente con riguardo all'indennità risarcitoria di cui all'*art. 32 L. 183/2010*, cui non è fatto cenno in ricorso.

Nel merito sono pacifici i fatti di causa risultanti dalla documentazione prodotta da parte ricorrente, che ha prestato servizio per il Ministero resistente con mansioni e profilo di assistente tecnico in esecuzione di tredici contratti a termine succedutisi negli anni scolastici 2003/2004, 2004/2005, 2005/2006, 2006/2007, 2007/2008, 2008/2009, 2009/2010, 2010/2011 (v. doc. da 1 a 14 di parte ricorrente).

Il ricorrente ha svolto attività lavorativa alle dipendenze del Ministero dell'Istruzione, con mansioni di assistente tecnico secondo le previsioni del relativo CCNL (ed analogamente al personale assunto a tempo indeterminato), e lamenta il mancato computo degli incrementi retributivi per anzianità di servizio riconosciuti solo al personale in ruolo, con conseguente discriminazione - nel trattamento retributivo ed a parità di servizio - tra l'attività del personale già in ruolo e l'attività del personale assunto con contratti a termine.

Il trattamento retributivo meno favorevole dei dipendenti assunti con contratti a termine rispetto ai dipendenti in ruolo è riconosciuto dal Ministero dell'Istruzione.

Questo Tribunale non può non rilevare come l'*art. 6 D.Lgs. 368/2001* (principio di non discriminazione) costituisca attuazione della Direttiva Europea 1999/70/CE 28.6.1999, la cui clausola 4.1 è stata oggetto di diverse pronunce della Corte di Giustizia Europea, delle quali si deve avere considerazione nell'interpretazione e nell'applicazione del citato *art. 6 D.Lgs. 368/2001*.

La clausola 4.1 prescrive che, "per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive".

La Corte di Giustizia Europea (Corte di Giustizia 13 settembre 2007, De.Al. c. Osa. - Se.de., causa C - 307/05), ha, in particolare, ribadito "che risulta tanto dalla formulazione della direttiva 1999/70 e dall'accordo quadro, quanto dal loro sistema generale nonché dalla loro finalità, che le prescrizioni ivi enunciate possono applicarsi ai contratti e ai rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e con altri enti del settore pubblico (sentenze 4 luglio 2006, causa C-212/04, Ad. e a., 7 settembre 2006, causa C-53/04, Ma. e Sa., e causa C-180/04, Va.)", ricordando altresì che, "come emerge dalla clausola 1 dell'accordo quadro, lo scopo di questo è non solo di stabilire un quadro per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato, ma anche di garantire il rispetto del divieto di discriminazione per quanto riguardo il lavoro a tempo determinato".

La Corte di Giustizia ha espressamente affermato che "la riserva di cui all'art. 137, n. 5, CE, 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".

La medesima Corte - con la citata pronuncia C-307/05 - ha altresì stabilito che "la nozione di condizione di impiego di cui alla clausola 4 punto 1, dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa può servire da base ad una pretesa come quella in esame nella causa principale, che mira all'attribuzione, ad un lavoratore a tempo determinato, di scatti di anzianità che l'ordinamento nazionale riserva ai soli lavoratori a tempo indeterminato (...) la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa osta all'introduzione di 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 o da un contratto collettivo concluso tra i rappresentanti sindacali del personale e il datore di lavoro interessato".

Deve pertanto ritenersi che, nel caso in esame, non sussista alcun ragione obiettiva tale da giustificare una diversità di trattamento economico tra i dipendenti del Ministero dell'Istruzione assunti con contratto a termine ed i dipendenti del Ministero dell'Istruzione in ruolo.

In particolare appare discriminatorio - ai sensi della normativa sopra considerata - il trattamento retributivo sfavorevole applicato ai dipendenti del Ministero con contratto a termine, i quali, a parità di anzianità maturata nei periodi lavorati, non si vedono riconosciuta quest'ultima ai fini retributivi.

Come più volte affermato anche in altre pronunce di questo Tribunale, le circostanze oggettive che - sole - giustificerebbero una diversità di trattamento tra lavoratore a tempo indeterminato e lavoratore a tempo determinato, devono essere rinvenute in concreto nella specifica attività oggetto del rapporto di lavoro dedotto in causa (anche, eventualmente, in funzione di una finalità di politica sociale dello Stato), e non possono essere di per sé individuate come proprie di una tipologia contrattuale a tempo determinato, venendo altrimenti vanificato il divieto di discriminazione sancito dagli *art. 6 D.Lgs. 368/2001* e dalla citata clausola 4.1 (v. sentenze 4 luglio 2006, causa C-212/04, Ad. e a., 13 settembre 2007, causa C-307/05, De.Al.).

Non possono pertanto essere condivise le argomentazioni svolte al riguardo dal Ministero resistente, dirette a ricercare le "ragioni obiettive" nella mera disciplina normativa e regolamentare del settore scolastico e in generali esigenze di servizio di tale settore dell'amministrazione.

Il percepimento da parte del ricorrente, in esecuzione dei contratti a termine dedotti in giudizio, di una retribuzione inferiore rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato svolgenti identiche mansioni e con medesimo profilo, appare contrario al principio di non discriminazione di cui all'*art. 6 D.Lgs. 368/2001*.

Le conseguenze della ritenuta illegittimità dei contratti sotto tale profilo non possono che essere meramente risarcitorie, in quanto gli importi corrispondenti alle differenze retributive devono essere riconosciuti al ricorrente non in applicazione di specifiche previsioni contrattuali ma proprio quale risarcimento per la discriminazione subita per opera di tali illegittime previsioni contrattuali.

Appare conseguentemente fondata l'eccezione di prescrizione quinquennale svolta da parte resistente.

Deve inoltre evidenziarsi che la clausola 4.1 dell'Accordo Quadro UNICE-CEEP-CES - al contrario della clausola 5.1 - può trovare applicazione diretta nel nostro ordinamento, e, pertanto, le considerazioni sopra esposte trovano il proprio fondamento non solo nell'*art. 6 D.Lgs. 368/2001*, ma direttamente nel principio stabilito dalla citata clausola 4.1 (v. Sentenza CGCE 15.4.2008, C-268/06 Impact).

Deve in ogni caso escludersi nel caso l'applicabilità del disposto dell'*art. 9 co. 18 del recente D.L. 13.5.2011 n. 70* - con il quale è stato disposto che "*all'articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dopo il comma 4 è 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*" - stante l'irretroattività della norma ai sensi *dell'art. 11 preleggi*.

Essendo stata svolta la domanda risarcitoria del ricorrente con esplicito riferimento alle differenze retributive, le considerazioni sopra espresse potrebbero ritenersi assorbenti ogni ulteriore questione posta in ricorso, con riguardo alla dedotta violazione del principio di cui alla clausola 5.1 ed ai profili risarcitori di cui all'*art. 36 D.Lgs. 30.3.2001 n. 165*.

Stante la rilevanza della questione posta dal ricorrente appare peraltro opportuno esaminare la domanda anche sotto tale profilo.

Come noto l'art. 4 (supplenze) *L. 3.5.1999 n. 124* così stabilisce:
"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.

8. (omissis).

9. (omissis).

10. Il conferimento delle supplenze temporanee è consentito esclusivamente per il periodo di effettiva permanenza delle esigenze di servizio. La relativa retribuzione spetta limitatamente alla durata effettiva delle supplenze medesime.

11. Le disposizioni di cui ai precedenti commi si applicano anche al personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA). Per il conferimento delle supplenze al personale della terza qualifica di cui all'articolo 51 del contratto collettivo nazionale di lavoro del comparto "Scuola", pubblicato nel supplemento ordinario n. 109 alla Gazzetta Ufficiale n. 207 del 5 settembre 1995, si utilizzano le graduatorie dei concorsi provinciali per titoli di cui all'articolo 554 del testo unico.

12. Le disposizioni di cui ai precedenti commi si applicano altresì al personale docente ed ATA delle Accademie e dei Conservatori.

13. Restano ferme, per quanto riguarda il Conservatorio di musica di Bolzano, le norme particolari in materia di conferimento delle supplenze adottate in attuazione dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige.

14. Dalla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 5 sono abrogati gli articoli 272, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 581, 582, 585 e 586 del testo unico.

14-bis. 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*" (comma introdotto con *D.L. 134/09*).

Le ipotesi di contratti a termine sulla base delle disposizioni di cui all'*art.4 L. 3.5.1999 n. 124* sono pertanto distinguibili in:

- supplenze annuali per la copertura di posti vacanti in organico; "si utilizzano le graduatorie permanenti di cui all'articolo 401 del testo unico";

- supplenze temporanee sino al termine delle attività scolastiche per la copertura di posti non vacanti; "si utilizzano le graduatorie permanenti di cui all'articolo 401 del testo unico";

- altre supplenze temporanee di cui all'*art. 4 co. 3° L. 3.5.1999 n. 124* (per esempio: sostituzione personale assente); "si utilizzano le graduatorie di circolo o di istituto".

Il "regolamento per la disciplina del conferimento delle supplenze annuali e temporanee" cui al comma quinto del citato *art. 4 L. 124/1999*, è stato emanato con *D.M. 201/2000*, per il personale docente, e con *D.M. 430/2000* per il personale ATA.

In entrambi i regolamenti sono stati indicati il termine del 31 agosto per le supplenze annuali (*art. 4 co. 1° L. 124/1999*), il termine delle attività didattiche per le supplenze temporanee di cui all'*art. 4 co. 2° L. 124/1999*, ed il termine di permanenza delle esigenze di servizio per le supplenze temporanee di cui all'*art. 4 co. 3° L. 124/1999*.

I predetti regolamenti hanno previsto anche la possibilità di raggiungere l'orario pieno mediante la stipula di più rapporti di lavoro a tempo determinato.

Sulle modalità di funzionamento delle graduatorie è successivamente intervenuto il *D.M. 131/2007*.

La diffusione del fenomeno delle supplenze e la natura strutturale che lo stesso ha assunto nel tempo - con perdita della caratteristica della temporaneità - appaiono chiaramente percepite dal legislatore allorché, nel 2006, era stato posto l'obiettivo "... di dare adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico e di evitarne la ricostituzione, di stabilizzare e rendere più funzionali gli assetti scolastici" mediante "... la definizione di un piano triennale per l'assunzione a tempo indeterminato di personale docente per gli anni 2007-2009, da verificare annualmente, d'intesa con il Ministero dell'economia e delle finanze e con la Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica, circa la concreta fattibilità dello stesso, per complessive 150.000 unità" (*art. 1 co. 605 L. 296/1996*).

A sua volta l'art. 36 (Utilizzo di contratti di lavoro flessibile) *D.Lgs. 30.3.2001 n. 165* (come sostituito con *D.L. 25.6.2008 n. 112*) dispone come segue:

"1. Per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato seguendo le procedure di reclutamento previste dall'articolo 35.

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

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

4. Le amministrazioni pubbliche comunicano, nell'ambito del rapporto di cui al precedente comma 3, anche le informazioni concernenti l'utilizzo dei lavoratori socialmente utili.

5. In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si

terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'*articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286*.

5-bis. Le disposizioni previste dall'articolo 5, commi 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies del *decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368* si applicano esclusivamente al personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b), del presente decreto.

Il testo precedente dell'art. 36 - come sostituito dall'*art. 3 co. 79 L. 24.12.2007 n. 244* - era il seguente:

"1. Le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi, fatte salve le sostituzioni per maternità relativamente alle autonomie territoriali. Il provvedimento di assunzione deve contenere l'indicazione del nominativo della persona da sostituire.

2. In nessun caso è ammesso il rinnovo del contratto o l'utilizzo del medesimo lavoratore con altra tipologia contrattuale.

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

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

5. Le amministrazioni pubbliche trasmettono alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica e al Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della

Ragioneria generale dello Stato le convenzioni concernenti l'utilizzo dei lavoratori socialmente utili.

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

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

8. (omissis).

9. (omissis).

10. (omissis).

11. Le pubbliche amministrazioni possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di programmi o attività i cui oneri sono finanziati con fondi dell'Unione europea e del

Fondo per le aree sottoutilizzate, (omissis). L'utilizzazione dei lavoratori, con i quali si sono stipulati i contratti di cui al presente comma, per fini diversi determina responsabilità amministrativa del dirigente e del responsabile del progetto. La violazione delle presenti disposizioni è causa di nullità del provvedimento".

In precedenza l'originario art. 36 era già stato modificato con l'introduzione del seguente comma ad opera dell'*art. 4 co. 2° D.L. 10.1.2006 n. 4*:

"1-bis. Le amministrazioni possono attivare i contratti di cui al comma 1 solo per esigenze temporanee ed eccezionali e previo esperimento di procedure inerenti assegnazione di personale anche temporanea, nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione di contratti con le agenzie di cui all'*articolo 4, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, per la somministrazione a tempo determinato di personale, ovvero di esternalizzazione e appalto dei servizi. 1-ter. Le amministrazioni pubbliche trasmettono alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica e al Ministero dell'economia - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, le convenzioni concernenti l'utilizzo dei lavoratori socialmente utili."

Il testo originario dell'art. 36 (Forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale; art. 36 co. 7 ed 8 *D.Lgs. n. 29/1993*, sostituiti dall'*art. 17 D.Lgs. n. 546/1993* e successivamente dall'*art. 22 D.Lgs. n. 80/1998*) *D.Lgs. 30.3.2001 n. 165* era peraltro il seguente:

"1. Le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale di cui ai commi precedenti, si avvalgono delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa. I contratti collettivi

nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, in applicazione di quanto previsto dalla *legge 18 aprile 1962 n. 230*, dall'*articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56*, dall'*articolo 3 del decreto legge 30 ottobre 1984 n. 726*, convertito, con modificazioni, dalla *legge 19 dicembre 1984, n. 863*, dall'*articolo 16 del decreto legge 16 maggio 1994, n. 299*, convertito con modificazioni, dalla *legge 19 luglio 1994, n. 451*, dalla *legge 24 giugno 1997, n. 196*, nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina.

2. 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.

A sua volta l'*art. 70 co. 8 D.Lgs. 30.3.2001 n. 165* stabilisce 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".

In tale quadro normativo è intervenuto il *D.Lgs. 368/2001*, il quale costituisce attuazione della Direttiva Europea 1999/70/CE 28.6.1999, e deve pertanto trovare applicazione

nella scuola - nel rapporto tra legge generale e speciale - ove non incompatibile con la legislazione speciale.

Le disposizioni di cui all'art. 4 co. 1°, 2° e 3° L. 3.5.1999 n. 124, con la sola eccezione dei casi di ricorso al contratto a termine per esigenze sostitutive, appaiono conseguentemente prevedere ipotesi di apposizione del termine in fattispecie sostanzialmente acasuali.

Tali disposizioni - stante il disposto dell'art. 70 co. 8 D.Lgs. 165/2011 - non possono ritenersi potere avere attuazione in contrasto con la previsione di necessaria temporaneità di cui all'art. 36 D.Lgs. 165/2011.

La disposizione dell'art. 70 co. 8 D.Lgs. 165/2011, ove provvede a far salve "le procedure di reclutamento del personale della scuola di cui al *decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297* e successive modificazioni ed integrazioni", non vale a sottrarre i contratti a termine in ambito scolastico ai limiti generali posti dall'art. 36 del medesimo D.Lgs. in relazione al presupposto della temporaneità del ricorso a "forme contrattuali flessibili", dovendosi necessariamente distinguere tra procedure di selezione del personale (reclutamento) e tipologie contrattuali attraverso le quali viene instaurato il rapporto di lavoro all'esito delle procedure di selezione.

Il quadro normativo sopra ricordato porta a ritenere che il ricorso al rapporto di lavoro subordinato a termine nella scuola, non possa che avere - anch'esso - per presupposto la necessaria temporaneità.

Tale interpretazione delle norme ricordate appare imposta dalla necessità di seguire un'interpretazione conforme alle disposizioni di cui alla Direttiva Europea 1999/70/CE 28.6.1999.

In ordine alla necessaria temporaneità del ricorso ai contratti a termine nulla ha dedotto in ogni caso il Ministero resistente, dovendosi pertanto ritenere l'illegittimità della successione di contratti a termine dedotta da parte ricorrente.

Facendo necessariamente salva la legittimità degli eventuali contratti a termine stipulati per espresse esigenze sostitutive, la successione degli altri contratti a termine costituisce di per sé evidente manifestazione dell'assenza di temporaneità.

L'illegittimità dei contratti a termine per assenza del presupposto della temporaneità porta al riconoscimento del diritto al risarcimento del danno per il disposto dell'art. 36 D.Lgs. 165/2011; danno nel caso comunque esposto e richiesto dal ricorrente nella misura delle differenze retributive conseguenti al mancato computo dei relativi periodi di servizio ai fini dell'anzianità.

Le spese seguono la soccombenza di parte resistente e si liquidano come in dispositivo, con distrazione delle spese a favore dei difensori dichiaratisi antistatari.

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano in funzione di Giudice del lavoro definitivamente pronunciando, ed accertata l'illegittima apposizione del termine ai contratti per cui è causa, con esclusione di quelli stipulati per esigenze sostitutive con indicazione del nominativo del lavoratore sostituito:

- dichiara accertato il diritto del ricorrente al risarcimento del danno nella misura delle differenze retributive conseguenti al mancato computo dei relativi periodi di servizio ai fini dell'anzianità, a far data dai cinque anni anteriori al primo atto di interruzione del corso della prescrizione costituito dalla raccomandata 16.3.2009, oltre interessi legali e rivalutazione;
- condanna il Ministero resistente al risarcimento del danno in favore del ricorrente nella misura delle differenze retributive conseguenti al mancato computo dei relativi periodi di servizio ai fini dell'anzianità, a far data dai cinque anni anteriori al primo atto di interruzione del corso della prescrizione costituito dalla raccomandata 16.3.2009, oltre interessi legali e rivalutazione;
- condanna il Ministero dell'Istruzione resistente al pagamento, in favore del ricorrente, delle spese del giudizio che si liquidano in Euro 1.500,00 (di cui Euro 600,00 per diritti ed Euro 900,00 per onorari), oltre rimborso spese generali, IVA e CPA; con distrazione delle spese a favore dei difensori dei ricorrenti dichiaratisi antistatari;
- fissa in giorni sessanta il termine per il deposito della motivazione.