



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**TRIBUNALE ORDINARIO DI NAPOLI
- SEZIONE LAVORO -**

Il Giudice Unico di Napoli in funzione di giudice del lavoro dr. Francesca Spena ha pronunciato all'udienza del 20.3.2015 la seguente

SENTENZA

Nella causa iscritta al n. 51385 R.G. 2011
Vertente

SCIALLA DANIELA , rapp.ta e dif. dall'Avv. Massimo Ambron e Avv. Paolo Ambron

RICORRENTE

E

MINISTERO dell'ISTRUZIONE, della UNIVERSITA' e della RICERCA, in persona del legale rapp.te p.t.,rapp.to e difeso ex lege dall'Avv. Paolo Del Vecchio della Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli

RESISTENTE

Oggetto: illegittimità apposizione del termine, conversione e risarcimento dei danni.
Diritto alla ricostruzione della carriera

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Per parte ricorrente:

Accertamento della illegittimità della reiterazione dei contratti a termine e condanna del Ministero della Istruzione alla riqualificazione dei rapporti di lavoro a termine in rapporto a tempo indeterminato oltre al risarcimento del danno, nella misura delle retribuzioni non percepite nei periodi di interruzione dei contratti a termine ; in via gradata condanna al solo risarcimento del danno, da quantificare in via equitativa, anche in applicazione analogica dell'art. 18 L. 300/70.

Accertamento del diritto al riconoscimento della anzianità di servizio maturata in forza dei contratti a termine ai fini della progressione economica in fasce e degli scatti di anzianità ; condanna del Ministero della Istruzione al pagamento delle differenze di retribuzione maturate, da quantificare in separato giudizio.

Vittoria di spese, con attribuzione.



Per il Ministero resistente:

Rigetto della domanda. Prescrizione del diritto al risarcimento del danno.

MOTIVI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con ricorso del 14.12.2011 la parte ricorrente in epigrafe, premesso di essere docente inserita nelle graduatorie ad esaurimento della Provincia di Napoli e di essere stata dipendente del Ministero della Istruzione in forza di plurimi contratti a termine intercorsi in ciascuno degli anni scolastici dall'anno 2006 all'anno 2010, per periodi meglio specificati nell'atto, prevalentemente conclusi fino al termine delle attività didattiche (e nell'anno scolastico 2007/08 fino al 31 agosto 2008), ha agito nei confronti del Ministero della Istruzione per sentire accertare la illegittimità del termine di durata apposto ai contratti, con la conseguente condanna dell'amministrazione alla riqualificazione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato ed al risarcimento del danno.

In via gradata ha chiesto emettersi la sola condanna al risarcimento del danno.

Contestualmente ha proposto domanda di riconoscimento del periodo di servizio prestato a termine sia ai fini della collocazione nella face retributive che per il riconoscimento degli scatti biennali- ex art. 53 L. 312/1980- con condanna generica del Ministero al pagamento delle differenze di retribuzione a tale titolo maturate.

Ha dedotto quale ragione di illegittimità dei contratti a termine il superamento del termine complessivo di impiego dei 36 mesi.

Sotto il profilo del riconoscimento di anzianità ha fatto richiamo al principio di non discriminazione del lavoratore a termine, di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro recepito dalla direttiva europea 70/1999.

Il Ministero ha contestato il fondamento in punto di diritto della domanda evocando la conformità dei contratti alla disciplina speciale prevista dalla legislazione di settore (TU 297/1994 e legge 124/99). Ha eccepito la prescrizione del diritto al risarcimento del danno.

Le due domande, di dichiarazione di illegittimità dei contratti a termine e di riconoscimento della anzianità di servizio, devono essere separatamente esaminate, venendo in rilievo principi diversi.

Preliminarmente deve essere disattesa la eccezione di prescrizione, in quanto il Ministero, costituito tardivamente (in data 14 giugno 2012 rispetto alla udienza di discussione del 22 giugno 2012) è decaduto dalla facoltà di proporre eccezioni.



Quanto alla domanda inerente la illegittimità della apposizione del termine, per chiarezza espositiva occorre prendere le mosse dalla disciplina di reclutamento a termine del personale nel settore scolastico dello Stato, che è fissata tanto per il personale docente che per il personale ATA dall'art. 4 legge 124/1999, che ha espressamente abrogato (comma 14) le corrispondenti disposizioni del testo unico in materia di istruzione (D.L.vo 297/94) .

La attuazione dell'art. 4 è stata demandata (comma 5) ad un regolamento del Ministro della Pubblica Istruzione.

La normativa regolamentare è contenuta :

- nel D.M. 25 maggio 2000, n. 201, poi sostituito dal D.M. del 13 giugno 2007, per il personale docente ed educativo
- nel DM 13 dicembre 2000, n. 430 per il personale amministrativo, tecnico ed ausiliario.

L' art. 4 L. 124/1999, ai primi tre commi- (formulati con riferimento al personale docente ma applicabili al personale ATA per il rinvio contenuto al successivo comma undicesimo) - testualmente, dispone:

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 sempreche' ai posti medesimi non sia stato gia' 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. "

Vengono dunque distinte tre tipologie di contratto a termine:

- 1) supplenza annuale (*id. est.* fino al 31 agosto, termine dell'anno scolastico) : per la copertura di posti vacanti in pianta organica entro la data del 31 dicembre, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali di assunzione in ruolo
- 2) supplenza temporanea fino al termine delle attività didattiche (*id est.* 30 giugno) : per la copertura di posti **NON** vacanti ma di fatto disponibili entro la stessa data del 31 dicembre.
- 3) supplenza temporanea:



per tutti gli altri casi ovvero per i posti- siano essi vacanti che disponibili solo in via di fatto- rimasti scoperti dopo il 31 dicembre

I criteri in base ai quali sono conferite le supplenze sono precisati dai successivi commi 6 e 7, i quali stabiliscono, quale criterio generale per la normativa regolamentare, che:

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.

Le graduatorie permanenti di cui all'art. 401 TU Istruzione, richiamate dal comma 6, derivano dalla trasformazione di precedenti graduatorie di concorso.

Nelle graduatorie permanenti, divise in tre fasce, sono iscritti i docenti provvisti di abilitazione all'insegnamento.

Le graduatorie sono strutturate su base provinciale e vengono aggiornate ogni tre anni per quanto riguarda i titoli e le posizioni degli iscritti; dall'anno 2008 sono chiuse all'inserimento di nuovi nominativi, in quanto la legge 296/06 (art. 1, comma 605, lett. e) ha trasformato le graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento. Non sono dunque previsti nuovi inserimenti mentre i docenti già iscritti possono aggiornare titoli e posizione ogni 3 anni.

Il conferimento della supplenza, in tali casi, è effettuato dall'Ufficio Scolastico Territoriale.

Le graduatorie richiamate dal comma 7, di Circolo (per la scuola materna ed elementare) e di Istituto (per la scuola secondaria) sono tenute dai singoli enti scolastici; in tal caso la supplenza è conferita dal dirigente della istituzione scolastica. Sono anch' esse articolate in tre fasce:

-la I FASCIA, comprende i docenti iscritti nella I, II, o III fascia delle Graduatorie ad esaurimento

-la II FASCIA, comprende i docenti abilitati ma non iscritti nelle Graduatorie a esaurimento

-la III FASCIA comprende i docenti non abilitati ma in possesso del titolo di studio valido per l'accesso all'insegnamento.

Le graduatorie di II e III fascia hanno validità biennale, per quelle di prima fascia la validità temporale è pari a quella della corrispondente graduatoria ad esaurimento.

Tale sistema deve essere coordinato con quello previsto dal D.lvo 297/1994 per le assunzioni del personale scolastico a tempo indeterminato.



Per i docenti ed il personale educativo l'accesso ai ruoli avviene per il 50 per cento dei posti mediante concorso per titoli ed esami - ovvero attingendo dalle graduatorie di merito del concorso (D. Lgs. n. 297 del 1994, art. 399)- e, per il restante 50 per cento, attingendo dalle graduatorie permanenti (D.Lgs. n. 297 del 1994, art. 401) : sistema *cd. del doppio canale*.

Il descritto quadro normativo secondo un parte della giurisprudenza di merito, che ha ricevuto avallo nell'unico precedente di legittimità sul tema (Cassazione civile sez. lav. 20 giugno 2012 n. 10127) costituisce un "*corpus speciale autonomo*" ovvero un sistema organico disciplinante compiutamente la materia del reclutamento a termine del personale scolastico sicchè non troverebbe applicazione il D.Lgs. n. 368 del 2001, contenente la disciplina comune del contratto di lavoro a termine .

Il legislatore è intervenuto nel dibattito in corso, che ha dato luogo ad un ampio contenzioso nazionale, inserendo nell'art. 10 del D.L.vo 368/2001- (articolo che disciplina i casi di esclusioni e di deroghe) - un comma 4 bis .

Con la prima parte del predetto comma 4 bis, inserita dall'articolo 9, comma 18, del D.L. 70/ 2011 ha disposto:

4. bis. Stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui all'articolo 40, comma 1, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, all'articolo 4, comma 14-bis, della legge 3 maggio 1999, n. 124, e all'articolo 6, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessita' 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

La modifica legislativa ha dunque previsto nella scuola statale tanto la inapplicabilità "*in ogni caso*" del termine di durata massima totale di 36 mesi relativo ai contratti a termine successivi (fissato dall'art. 5 co. 4 bis) che la esenzione dall'intero *corpus* normativo del decreto legislativo 368/2001.

Successivamente, con l'articolo 4, comma 11, del D.L. 101/2013, ha aggiunto, in fine, un ulteriore periodo, con il quale viene estesa la medesima disciplina di esclusione alle scuole degli enti locali .

In sostanza, la esigenza di assicurare il diritto alla istruzione costituirebbe nella intenzione del legislatore la ragione oggettiva che giustifica il rinnovo dei contratti a termine, in ragione dei vincoli alle assunzioni di personale della scuola contenuti nelle disposizioni normative richiamate .

Gli interpreti che già facevano leva sulla specialità della normativa sulle assunzioni a termine nella scuola hanno ritenuto di rinvenire nelle disposizioni del 2011 la mera



enucleazione di un principio già contenuto nel sistema, con la conseguenza della portata interpretativa e retroattiva della norma.

Così, Cass. Sez. lav. 20 giugno 2012 n. 10127: *“Trattasi, invero, di esplicitazione di un principio che, in quanto già enucleabile, alla stregua di quanto in precedenza rimarcato, dal precedente sistema, non ha comportato alcuna innovazione e risponde, piuttosto, all'esigenza, avvertita dal legislatore, di ribadire, a fronte del proliferare di controversie sulla illegittimità delle assunzioni a termine nel settore in parola, di una regola iuris già insita nella legislazione concernente la c.d. privatizzazione del pubblico impiego”*.

Tale sistema è stato dagli interpreti (e dallo stesso precedente di legittimità) in vari sensi giustificato.

Da un parte, si è posto l'accento sulla conformità della normativa ad interessi costituzionali, quali il diritto alla istruzione, il contenimento della spesa pubblica e persino la migliore formazione scolastica del personale in vista di una successiva immissione in ruolo.

Dall'altra, si è evidenziata la esistenza di un ragione oggettiva di giustificazione del termine, che è stata individuata nella variabilità del fabbisogno annuale di personale in ragione delle fluttuazioni della popolazione scolastica per fenomeni demografici, migratori nonché per la imprevedibilità delle scelte degli studenti relativamente all'indirizzo di istruzione.

Da ultimo, si è posto l'accento anche sulla specialità del sistema di reclutamento del personale docente statale, in virtù del quale poiché l'accesso ai ruoli avviene per la metà dei posti attingendo alle graduatorie permanenti, il conferimento dell'incarico di supplenza- specie quello annuale- sarebbe il veicolo attraverso il quale l'incaricato si assicura l'assunzione a tempo indeterminato; infatti man mano che gli vengono assegnati detti incarichi, la sua collocazione in graduatoria avanza e, quindi, gli permette l'incremento del punteggio cui è correlata l'immissione in ruolo (ex art. 399 del T.U. di cui al D.Lgs. n. 297 del 1994).

Inevitabile il dubbio circa la conformità del sistema così ricostruito alla normativa europea ed, in particolare, alla clausola 5 dell'accordo quadro recepito dalla direttiva 1999/70, che impone agli stati della Unione Europea la adozione di una o più misure, tra quelle previste nella lettere da a) a c) della stessa clausola, atte a prevenire ed, eventualmente, a sanzionare l'abuso del contratto a termine.

Si legge in Cassazione 10127/2012 che l'art. 4 L. 124/99 *“ nel consentire la stipula di contratti a tempo determinato in relazione alla oggettiva necessità di far fronte, con riferimento al singolo istituto scolastico - e, quindi, al caso specifico-, alla copertura dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre, ovvero alla copertura dei posti di insegnamento non vacanti che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre, ovvero ancora ad altre necessità quale quella di sostituire personale assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro, riferendosi a circostanze precise e concrete*



caratterizzanti la particolare attività scolastica costituisce "norma equivalente" alle misure di cui alla clausola 5 n. 1, lett. da A) a C) dell'accordo quadro".

La richiamata opzione ermeneutica è destinata ad essere rivisitata a seguito della recente, nota pronuncia della Corte di Giustizia della UE (sentenza 26 novembre 2014, Mascolo+ altri / Ministero dell'Istruzione e Comune di Napoli); il giudice europeo ha infatti ritenuto che la normativa nazionale statale, così interpretata, non risulterebbe prevedere alcuna misura di prevenzione del ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, in violazione della clausola dell' articolo 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a termine .

Il diritto dell'Unione europea , ha osservato la Corte, impone agli Stati membri di adottare in caso di successione dei contratti a termine almeno una della misure indicate dalla clausola 5 ovvero:

-lettera a): *ragioni obiettive* per la giustificazione del rinnovo;

-lettera b): *durata massima* totale dei contratti a termine successivi;

-lettera c) : *numero* dei rinnovi.

Orbene, esclusa la applicazione del termine di durata massima di cui all'art. 5 co. 4 bis D.Lvo 368/2001 (lettera b) e non essendovi alcuna previsione del numero di rinnovi (lettera c) , resterebbe da verificare se il regime dei rinnovi possa essere giustificato da *ragioni obiettive* (lettera a) .

Tali ragioni obiettive non sono state rinvenute dal giudice europeo nella normativa italiana delle supplenze della scuola statale nella ipotesi della successione di contratti a termine su posti vacanti e disponibili, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale (art. 4, comma 1, L.124/99).

La Corte di Giustizia ha rilevato che seppure in punto di principio il rinnovo dei contratti a termine in attesa dell' esito di dette procedure concorsuali possa essere giustificato da ragioni oggettive, la normativa italiana nella sua applicazione non è conforme alla clausola 5, in quanto in essa non vi è alcuna certezza riguardo alla data di indizione della procedura concorsuale .

Essa dunque consente -di fatto- di soddisfare esigenze permanenti e durevoli delle scuole statali, derivanti dalla mancanza strutturale di personale di ruolo.

Il percorso argomentativo seguito dalla Corte, sebbene riferito all'ipotesi specifica della supplenza annuale (per la copertura di posti vacanti), orienta l'interprete anche in riferimento alle altre ipotesi di supplenza.

Si osserva infatti che il giudice europeo ha fatto giustizia:

- tanto dell'argomento secondo cui la tutela del lavoratore a termine sarebbe in qualche modo recessiva rispetto all'interesse a garantire il servizio di istruzione (in quanto corrispondente ad un diritto costituzionale del cittadino);

- sia dell'argomento secondo cui nel settore pubblico un ampliamento della flessibilità dell' impiego potrebbe essere giustificato da esigenze di finanza pubblica.



Si legge al punto 110 della sentenza :

“A tale riguardo va ricordato che sebbene considerazioni di bilancio possano costituire il fondamento delle scelte di politica sociale di uno Stato membro e possano influenzare la natura ovvero la portata delle misure che esso intende adottare, esse non costituiscono tuttavia, di per sé, un obiettivo perseguito da tale politica e, pertanto, non possono giustificare l’assenza di qualsiasi misura di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato ai sensi della clausola 5 punto 1 dell’accordo quadro”.

Sicchè la attenzione deve essere focalizzata- (in assenza della previsione di termini di durata massima totale dei contratti o di limiti al numero dei loro rinnovi) - esclusivamente sulla presenza o meno di “ragioni oggettive” per la giustificazione del rinnovo.

Sul punto il giudice europeo nella sua attività interpretativa/ normativa ha altresì affermato **che il rinnovo dei contratti a termine per rispondere ad una “ragione oggettiva”** ai sensi della clausola 5 punto 1 lettera a) dell’accordo quadro **deve servire a soddisfare esigenze di carattere provvisorio.**

Si legge ai punti 100 e 101 della sentenza:

“100. Orbene, come la Corte ha già dichiarato in numerose occasioni, il rinnovo di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, non è giustificato ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell’accordo quadro. Infatti, un utilizzo siffatto dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato è direttamente in contrasto con la premessa sulla quale si fonda tale accordo quadro, vale a dire il fatto che i contratti di lavoro a tempo indeterminato costituiscono la forma comune dei rapporti di lavoro, anche se i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell’impiego in alcuni settori o per determinate occupazioni e attività (sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punti 36 e 37 nonché giurisprudenza ivi citata)

101 L’osservanza della clausola 5, punto 1, lettera a), dell’accordo quadro richiede quindi che si verifichi concretamente che il rinnovo di successivi contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato miri a soddisfare esigenze provvisorie, e che una disposizione nazionale quale l’articolo 4, comma 1, della legge n. 124/1999, letta in combinato disposto con l’articolo 1 del decreto n. 131/2007 non sia utilizzata, di fatto, per soddisfare esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro in materia di personale (v., in tal senso, sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punto 39 e giurisprudenza ivi citata)”.

La normativa statale sul conferimento delle supplenze su posti disponibili di fatto fino al termine dell’attività didattica (art. 4 co. 2 L. 124/99), che viene in considerazione nella fattispecie di causa, si presta a considerazioni analoghe.



A tale riguardo appare necessario chiarire che la ipotesi di cui al comma due dell'art. 4, qui in esame (**posti di insegnamento non vacanti che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre**) viene utilizzata dal Ministero :

- 1) per la copertura **degli unici posti che effettivamente non sono vacanti** ovvero nelle ipotesi in cui il docente titolare si trovi in assegnazione provvisoria presso un altro istituto o sia assente per altra causa fino al termine delle attività didattiche .
- 2) più in generale, per la copertura di posti del cd. “*organico di fatto*”.

Il punto sub 2) necessita di specifico approfondimento.

Il Ministero della istruzione distingue, nel settore della scuola, un “*organico di diritto*” ed “*organico di fatto*”; tale differenza è stata valorizzata in molti precedenti giudiziari per sostenere la legittimità del rinnovo dei contratti a termine .

Gli organici del personale docente vengono formati ogni anno dal MIUR dopo il 31 gennaio (termine di chiusura delle iscrizioni per l'anno scolastico successivo) ed in ragione del numero delle iscrizioni ricevute; sulla base delle iscrizioni si determina dunque la pianta organica del personale docente o *organico di diritto*.

La norma di riferimento è l'art. 22 della legge 448/2001 (legge finanziaria 2002) a tenore della quale il Ministro della Istruzione, dell'Università e della Ricerca con proprio decreto, emanato con il concerto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, provvede sulla base del numero degli alunni iscritti e dei curricula relativi ad ogni ordine e grado di scuola, alla determinazione della consistenza complessiva degli organici del personale docente ed alla sua partizione su base regionale.

Nell' ambito di ciascuna regione il dirigente dell'ufficio scolastico regionale, su proposta dei dirigenti delle singole istituzioni scolastiche, provvede a definire le dotazioni organiche, nel limite dell'organico regionale assegnato con il decreto ministeriale.

Detta pianta organica viene tuttavia aggiornata prima della apertura delle scuole, in quanto si verificano variazioni del numero dei docenti occorrenti nei singoli istituti; ciò in ragione degli alunni ripetenti, dell'eventuale mancato seguito alla iscrizione o di altre circostanze sopravvenute: posti che derivano dalla formazione di nuove classi autorizzate, dalle richieste di ore di sostegno per i diversamente abili, da attività aggiuntive autorizzate in ritardo o anche che si liberano ogni anno per lo spostamento del personale docente.

Nel mese di luglio si determina, dunque, l'*organico di fatto* ovvero quello **definitivo**; annualmente il Ministero emana una circolare avente ad oggetto l' “*adeguamento della situazione di fatto all'organico di diritto*”, in base alla quale assume docenti su posti vacanti in organico di fatto .

I docenti che coprono detti posti vacanti in *organico di fatto* sono tutti precari; ad essi sono date in assegnazione cattedre *fino al termine delle attività didattiche* (art. 4 co.2).

In altri termini:



- i posti vacanti e previsti in *organico di diritto* sono coperti con supplenze fino al 31 agosto (ex art. 4 co. 1)
- i posti vacanti e previsti in *organico di fatto* sono coperti con supplenze fino al 30 giugno (ex art. 4 co.2)

Tale chiarimento aiuta a comprendere come la distinzione organico di diritto/organico di fatto (più semplicemente: organico provvisorio, fino al mese di luglio /organico definitivo, a luglio) riguardi in ogni caso le necessità di personale ovvero il fabbisogno organico.

Si tratta di due organici paralleli, di cui il primo risponde ad una programmazione fatta in base alle iscrizioni, il secondo alle esigenze aggiornate al momento dell'inizio delle lezioni.

La distinzione *organico di diritto/organico di fatto* deve trovare la sua legittimazione - sotto il profilo europeo qui in esame - o in un regime di tendenziale corrispondenza nel medio termine (in un arco di osservazione di qualche anno) tra il contingente dell'*organico di diritto* e quello dell'*organico di fatto* o, quanto meno, in una sensibile variazione nel corso dei vari anni scolastici dei dati di scostamento in aumento dell'*organico "di fatto"* rispetto all'*organico "di diritto"*; solo in presenza di questi presupposti l'*organico di fatto* esprimerebbe una esigenza **temporanea** di personale soprannumerario (rispetto all'*organico di diritto*), in quanto destinata ad essere riassorbita o, comunque, non previamente programmabile, per la sua variabilità.

Sarebbe invero ingiustificata la assunzione di personale a tempo indeterminato destinato a risultare in tempi medio/brevi esuberante .

Si vedano i punti 94- 95 della sentenza della Corte di Giustizia:

"Inoltre, va rilevato che, ..., l'insegnamento è correlato a un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione della Repubblica italiana che impone a tale Stato l'obbligo di organizzare il servizio scolastico in modo da garantire un adeguamento costante tra il numero di docenti e il numero di scolari. Orbene, non si può negare che tale adeguamento dipenda da un insieme di fattori, taluni dei quali possono, in una certa misura, essere difficilmente controllabili o prevedibili, quali, in particolare, i flussi migratori esterni ed interni o le scelte di indirizzi scolastici da parte degli scolari.

Si deve ammettere che fattori del genere attestano, nel settore dell'insegnamento di cui trattasi nei procedimenti principali, un'esigenza particolare di flessibilità che, conformemente alla giurisprudenza ricordata al punto 70 della presente sentenza, è idonea, in tale specifico settore, a giustificare oggettivamente, alla luce della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, il ricorso a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato per rispondere in maniera adeguata alla domanda scolastica ed evitare di esporre lo Stato, quale datore di lavoro in tale settore, al rischio di dover immettere in ruolo un numero di docenti



significativamente superiore a quello effettivamente necessario per adempiere i propri obblighi in materia."

Tali presupposti di legittimità del contratto a termine- sotto il profilo della transitorietà della ragione oggettiva giustificativa del rinnovo (*id est*: variabilità in punto di fatto della esigenza espressa dall'organico elaborato prima dell'inizio delle lezioni)- non sono stati dimostrati dal MIUR, sul quale incombeva il relativo onere probatorio.

Invero- in conformità alla consolidata giurisprudenza formatasi sul tema della distribuzione dell'onere della prova nelle controversie sulla legittimità del contratto a termine nonché in applicazione del principio della “vicinanza della prova” - incombeva al MIUR la indicazione dei dati numerici dell'organico di fatto nel periodo di causa, a dimostrazione della sua transitorietà.

Va aggiunto, comunque, che da un lato le dimensioni del contenzioso giudiziario sullo specifico tema dei contratti a termine su organico di fatto dall'altro la emanazione annuale di una circolare ministeriale per il necessario adeguamento dell'organico di diritto alle esigenze di fatto depongono piuttosto nel senso della inadeguatezza della programmazione degli organici “*di diritto*” a garantire il regolare inizio delle lezioni.

Non è compito di questo Tribunale verificare perché ciò accada – (se per la esigenza di rispettare in sede di determinazione degli organici di diritto i vincoli imposti dalle leggi di contenimento della spesa o, semplicemente, per la impossibilità di determinare nei primi mesi dell'anno il reale fabbisogno di personale docente)-; ciò che rileva è la esigenza “reale” di personale, quale espressa dall'organico di fatto ed il suo carattere NON TRANSITORIO, dimostrato dalla reiterazione dei contratti a termine su organico di fatto .

Il personale assunto, anche in questo caso, va a ricoprire dei veri e propri vuoti di organico, non sostituendo nessun titolare.

Soltanto in senso giuridico/ formale può allora parlarsi di cattedre **NON VACANTI** , come richiede l'art. 4 co. 2 cioè nel senso che le relative cattedre non sono previste nell'*organico di diritto*.

In senso sostanziale, sotto il profilo del fabbisogno organico REALE, esse costituiscono cattedre **VACANTI** , cioè :

- Prive di titolare
- Necessarie a soddisfare un fabbisogno organico stabile

La individuazione ai fini della stipula dei contratti a termine di un organico *di fatto* non trova peraltro copertura nella legge 124/99 né nel regolamento attuativo (DM 131/2007).

Il co. 1 dell'art. 4 prevede, anzi, che la vacanza dei posti possa verificarsi fino al 31 dicembre; una interpretazione aderente al dato letterale vorrebbe, dunque, che gli organici che lo stesso Ministero dell'Istruzione determina *di fatto* nel mese di



luglio/agosto- (per consentire l'inizio dell'anno scolastico nel mese di settembre)- abbiano la stessa valenza degli organici *di diritto*, fissati tra gennaio e maggio .
Né sono giustificati distinguo sulla base della richiamata sentenza della Corte di Giustizia ; la pronunzia – nell'indicare l'abuso del contratto a termine con riferimento alle cattedre “*vacanti e disponibili*” - non ha preso affatto in esame la distinzione tra “*organico di diritto*” ed “*organico di fatto*”, ma si è riferita al semplice fatto che tali cattedre risultino **effettivamente vacanti**.

Una normativa fondata su una *ragione oggettiva* di rinnovo meramente formale -(la costituzione di una dotazione organica giuridicamente definita *di mero fatto*)- non prevede alcuna regola sostanziale atta ad assicurare che il rinnovo del contratto su *organico di fatto* risponda alla temporaneità della occasione di lavoro.

Vi è da aggiungere che nelle assunzioni a termine ex art. 4 co.2 propriamente *sostitutive* (di cui sopra, sub 1)- ovvero relative a cattedre assegnate ad un titolare assente- non è stato mai operato un collegamento specifico-(**che anche in questa sede, infatti, il Ministero non ha neppure allegato**) - tra il numero dei docenti titolari che non sono disponibili in servizio in un istituto scolastico ed il numero dei contratti a termine sottoscritti in loro sostituzione.

Nei fatti la norma ha consentito l'utilizzo della parte ricorrente per far fronte ad esigenze durevoli del datore di lavoro, nella fattispecie per più di quattro anni scolastici consecutivi.

Il giudice nazionale, per come indicato dalla Corte Europea, non può allora arrestarsi al rilievo di *ragioni oggettive* meramente formali (*id est*: consistenti nel sol fatto che una legge consenta il rinnovo).

La strada che il giudice nazionale deve percorrere a fronte della pronunzia di non conformità della normativa interna, così interpretata, alla direttiva europea è obbligata nel senso della previa verifica di una possibilità di interpretazione conforme al diritto dell'Unione.

Qualora tale verifica si concludesse negativamente questo Tribunale non potrebbe che investire la Corte Costituzionale della questione di legittimità della legge 124/99 per violazione degli impegni costituzionali connessi alla appartenenza alla Unione Europea (artt.10-117 C).

Non potrebbe invece procedere ad una disapplicazione diretta della legge, pur venendo in causa un rapporto cd. *verticale* (tra il singolo e lo Stato tenuto ad attuare la direttiva), in quanto la clausola 5 dell'accordo quadro non è di immediata applicazione, perché non è sufficientemente precisa (*self-executing*).

Tanto è evidente nel fatto che essa rimette agli Stati membri la individuazione di quali misure adottare e quante (“*una o più*”) tra quelle antielusive da essa indicate.



Una interpretazione conforme al diritto della Unione appare tuttavia praticabile e coincide con quella sostenuta da quanti si erano, già in passato, espressi nel senso della applicabilità del D.Lvo 368/2001- emanato in attuazione della direttiva europea sui contratti a termine- anche alle assunzioni del personale scolastico (nei limiti di compatibilità con la disciplina speciale) .

Del resto che il dibattito sul punto fosse vivace è confermato dalla necessità avvertita dal legislatore di intervenire con il DL 70/2011, onde affermarne espressamente la inapplicabilità.

Da tale opzione ermeneutica discende che il DL 70/2011, art. 9 co. 18, non è norma interpretativa ma innovativa del sistema sicchè non ha applicazione retroattiva.

Non è materia di questo giudizio, dunque, verificare la portata del suddetto art. 9 co. 18 né scrutarne la conformità all' articolo 117 della Costituzione, semplicemente perché esso non si applica ai contratti a termine conclusi prima della sua entrata in vigore (14 maggio 2011).

Milita a sostegno della proposta opzione della applicabilità al settore scolastico della disciplina comune dei contratti di lavoro a termine la considerazione che i rapporti di lavoro pubblico privatizzati sono soggetti, a tenore dell'art. 2 co 2 D.Lvo TU 165/2001, alle leggi sul rapporto di lavoro subordinato dell'impresa "salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto".

Nel corpo del D. Lvo 165/2001 non si rinviene alcuna espressa esclusione della applicazione della disciplina comune sul lavoro a termine; anzi l'art. 36 del D.Lvo 165/2001 , relativo alle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale, conteneva, già nel testo storico, espresso richiamo alle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa.

Tale applicabilità, con eccezioni, è stata oggi affermata e disciplinata espressamente con l'aggiunta del comma 5-ter all'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001, ad opera dell'art. 4 del d.l. 31 agosto 2013, n. 101.

Nella fattispecie di causa, dalla ritenuta applicabilità del D.Lo 368/2001 deriva la illegittimità dei contratti a termine conclusi dalla ricorrente .

Appare infatti fondata la censura relativa al superamento del periodo di impiego di 36 mesi.

Rilevata la illegittimità dei contratti a termine, deve tuttavia affermarsi la impossibilità della costituzione tra le parti di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, in quanto a ciò osta la speciale disciplina del lavoro pubblico prevista dall'art. 36 D.l.vo 165/2001 (la cui formulazione è rimasta invariata nelle modifiche legislative del testo storico, variando unicamente la collocazione nel corpo dell'articolo) a tenore della quale :

In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non puo' comportare la costituzione di rapporti



di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilita' e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative.

Nel settore della scuola il DL 25 settembre 2009 nr. 134 ha da ultimo aggiunto all'art. 4 della L. n. 124/1999, il comma 14 bis , stabilendosi che:

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

La Corte di cassazione (Cassazione civile sez. lav. 392/2012 ; 15 giugno 2010 n. 14350) ha più volte affermato:

- che in materia di pubblico impiego un rapporto di lavoro a tempo determinato non è suscettibile di conversione in uno a tempo indeterminato, stante il divieto posto dall'art. 36 del d.lg. n. 165 del 2001, il cui disposto è stato ritenuto legittimo dalla Corte cost. (sent. n. 98 del 2003) e non è stato modificato dal d.lg. 6 settembre 2001 n. 368, contenente la regolamentazione dell'intera disciplina del lavoro a tempo determinato.

- che, in caso di violazione di norme poste a tutela dei diritti del lavoratore, in capo a quest'ultimo, precluso il diritto alla trasformazione del rapporto, residua soltanto la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni subiti.

Tanto perché il meccanismo della conversione contrasterebbe con il principio costituzionale per il quale l'instaurazione del rapporto di impiego con le pubbliche amministrazioni deve avvenire mediante concorso, principio posto a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione di cui al primo comma dell'art. 97 Cost.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è ripetutamente pronunciata sulla compatibilità della normativa nazionale con i principi della direttiva, da ultimo con la sentenza 26 novembre 2014, sopra citata, ai punti 77-80, affermando che la clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella dell'art. 36 d.lg. n. 165 del 2001, 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, tuttavia, l'ordinamento giuridico interno dello Stato preveda, nel settore interessato, altre misure effettive per evitare, ed eventualmente sanzionare, il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato stipulati in successione.

Spetta al giudice del rinvio accertare se le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva delle pertinenti disposizioni del diritto interno configurino uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare il ricorso abusivo da parte



della p.a. a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione.

Già nella sentenza del 4 luglio 2006, relativa al caso Adeneler+ 17 e concernente il diritto greco, la Corte di Giustizia aveva chiarito che non esiste un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti a termine successivi, precisando come quando il diritto comunitario non prevede sanzioni specifiche per l'ipotesi in cui siano accertati abusi, il legislatore nazionale deve adottare misure adeguate al riguardo, che debbono avere il carattere della proporzionalità e della effettività, sì da dissuadere dalla violazione (principio di **effettività**).

Le normative di attuazione devono, inoltre, rispettare il principio della **equivalenza** ovvero non essere meno favorevoli di quelle che disciplinano nel diritto interno situazioni analoghe.

Analoghi i principi affermati dalla Corte di Giustizia con le sentenze del 7 settembre 2006, casi Vassallo / Marrosu e Sardino, in riferimento alla nostra legislazione, nonché con la sentenza 23 aprile 2009, Angelidaki e altri e con le ordinanze Vassilakis e altri 24 aprile 2009, Koukou e 23 novembre 2009, Lagoudakis.

La Corte di Giustizia ha dunque sempre espressamente affermato che la previsione da parte del legislatore nazionale, per il settore pubblico, della esclusione della conversione dei contratti a termine, diversamente dal settore privato, non è contraria alla direttiva europea, a condizione del rispetto dei principi di equivalenza e di effettività della tutela, che deve essere verificato dal giudice nazionale.

Il principio della equivalenza delle tutele, chiaramente indicato dalla Corte di Giustizia, impone che nel momento in cui si sia verificata la violazione delle disposizioni di legge anche le conseguenze previste a livello sanzionatorio debbano avere efficacia equivalente nel settore pubblico e nel settore privato.

Si legge nei punti 45-46 della sentenza Affatato :

45 Del resto, quando, come nel caso di specie, il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche nel caso in cui siano stati comunque accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare 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 (cite sentenze Adeneler e a., punto 94; Marrosu e Sardino, punto 51; Vassallo, punto 36, e Angelidaki e a., punto 158, nonché citate ordinanze Vassilakis e a., punto 125, e Koukou, punto 64).

46 Benché, in mancanza di una disciplina dell'Unione in materia, le modalità di attuazione di siffatte norme attengano all'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, esse non devono essere tuttavia meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente



impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)

Tanto premesso, deve preliminarmente convenirsi sul rilievo che in linea generale nel nostro ordinamento la misura del risarcimento del danno è intesa come misura di riparazione di una perdita effettiva e non come pena privata ovvero misura sanzionatoria della violazione di legge.

Tuttavia il regime della prova del danno non deve essere tanto rigoroso da rendere eccessivamente difficile- se non praticamente impossibile- la tutela del diritto (principio di effettività della tutela) .

Orbene, il sostenere che l'abuso del contratto a termine nel pubblico impiego non reca in sé danno al lavoratore- in quanto il dipendente, non essendo assunto per concorso, non avrebbe mai potuto avere alternativamente accesso all' impiego "di ruolo"- rischia di rendere eccessivamente difficile la dimostrazione del danno, in contrasto con il principio di effettività.

Ragionare in tal senso consentirebbe, per paradosso, di ritenere addirittura vantaggioso per il lavoratore l'utilizzo abusivo del contratto a termine, quale unica possibile forma di impiego non- concorsuale.

Verrebbe conseguentemente meno anche la effettività della sanzione e la sua dissuasività.

La Corte di legittimità non ha ancora assunto una posizione consolidata sulla questione della sanzione che dovrebbe conseguire alla illegittima apposizione del termine ed in particolare sulla natura della responsabilità, sugli oneri allegatori e probatori del lavoratore, sui criteri per la quantificazione del danno.

Sul punto vi sono stati interventi contraddittori.

Nella sentenza del 13 gennaio 2012 n. 392, ad esempio, la Corte non dubita dell'astratta configurabilità del danno, ma sul fronte della prova in concreto del danno-conseguenza esclude la possibilità di configurare un danno in re ipsa .

In Cass. 23.12.2014 nr. 27363 trovasi ancora affermato: *“deve rilevarsi che seppure la disciplina comunitaria impedisca di rendere eccessivamente difficoltoso al lavoratore illegittimamente assunto a termine da una pubblica amministrazione il diritto ad ottenere il risarcimento dei danni, nella fattispecie difetta, assorbentemente, la prova, anche presuntiva, del danno in tesi subito, doendosi chiarire che anche in caso di illegittima assunzione a termine da parte di una pubblica amministrazione, il danno non può comunque ritenersi in re ipsa, ma provato, secondo i principi sull'onere probatorio e dunque anche per presunzioni gravi, precise e concordanti..”*

Di segno contrario appaiono invece altre sentenze.

Nell'arresto del 21 agosto 2013 n. 19371 la Suprema Corte ribadisce il divieto di conversione ma accoglie il motivo di impugnazione sul mancato riconoscimento del



diritto al risarcimento del danno, liquidando d'ufficio l'indennità forfettizzata ex art. 32, quinto comma, l. n. 183 del 2010, di cui sottolinea la natura di "penale ex lege" a carico del datore di lavoro.

Nella sentenza del 2 dicembre 2013 n. 26951 la Corte di Cassazione ha confermato la legittimità di una pronuncia che aveva riconosciuto un risarcimento del danno in misura di dieci mensilità di retribuzione, in conseguenza della illegittima apposizione del termine ad un rapporto di pubblico impiego, pur senza esprimersi in ordine alla natura di tale risarcimento ed alle problematiche probatorie ad esso connesse; ritenendo corretto "il principio secondo cui il lavoratore che sia stato assunto illegittimamente, ha diritto ad essere risarcito per effetto della violazione delle norme imperative in materia" pare avallare tuttavia la tesi che sia sufficiente la violazione per dar luogo al risarcimento.

Da ultimo, nella sentenza del 30.12.2014 nr. 24781 si trova affermato :

"fermo restando che 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, salva l'applicazione di ogni responsabilità e sanzione — l'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, nella parte in cui prevede "il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative", deve essere interpretato nel senso che la nozione di danno applicabile nella specie deve essere quella di "danno comunitario".

*In altri termini, si deve trattare di un risarcimento conforme ai canoni di adeguatezza,effettività, proporzionalità e dissuasività rispetto al ricorso abusivo alla stipulazione da parte della PA di contratti a termine, **configurabile come una sorta di sanzione ex lege a carico del datore di lavoro** — che può provare l'esistenza di eventuali ripercussioni negative evitabili dall'interessato che possono essere escluse — mentre l'interessato deve limitarsi a provare l'illegittima stipulazione di più contratti a termine sulla base di esigenze "falsamente indicate come straordinarie e temporanee" essendo esonerato dalla costituzione in mora del datore di lavoro e dalla prova di un danno effettivamente subito (senza riguardo, quindi, ad eventuale aliunde perceptum)".*

Per la prima volta nella pronuncia del 30.12.2014 il giudice di legittimità pare pronunziarsi esplicitamente nel senso che il danno derivante dalla violazione della norma comunitaria ha carattere **sanzionatorio** e non carattere ripristinatorio, differenziandosi per questo aspetto dalla nozione di *risarcimento* intesa come *riparazione per equivalente* di un danno effettivo, da allegare e provare in concreto .

A tale orientamento questo giudice presta convinta adesione, sul rilievo della necessità, ai termini della normativa europea, di sanzionare l'eventuale accertato utilizzo abusivo di una successione di contratti a termine, ripetutamente affermata dalla Corte di Giustizia.



Negli stessi termini si era del resto espresso in precedenti pronunzie (sentenza del 2.12.2011 nel proc. n. 53205/2010):

“Il risarcimento del danno ex art. 36 D.lvo 165/2001 deve pertanto interpretarsi, alla luce della normativa europea, come misura non solo riparatoria ,in caso di allegazione di danni specifici, ma anche come misura sanzionatoria dell’abuso del contratto a termine, che deve essere equivalente a quella, prevista nel settore privato, della conversione del rapporto di lavoro a termine in lavoro a tempo indeterminato.

Il criterio di equivalenza, all’interno della normativa nazionale, deve essere rinvenuto nell’art. 8 L. 604/1966 secondo cui la alternativa alla assunzione del lavoratore a tempo indeterminato è il risarcimento del danno nella misura compresa tra 2,5 e 6 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto.

E’ la legge stessa cioè a quantificare nell’anzidetto numero di mensilità il danno equivalente alla (mancata) costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato”.

Il criterio di cui all’art. 8 L. 604/66, utilizzato nella suddetta pronunzia, è quello stesso proposto da Cass. nr. 24781/2014:

“si ritiene opportuno, anche al fine di assicurare un migliore recepimento, in ambito nazionale, della giurisprudenza della CGUE in argomento, di indicare come criterio tendenziale da utilizzare — da parte del giudice del merito — come parametro per la liquidazione del suddetto danno da perdita del lavoro quello indicato dall’art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, apparendo, invece, da un lato, ingiustificato e riduttivo, il ricorso in via analogica al sistema indennitario onnicomprensivo previsto dalla L. n. 183 del 2010, art. 32 che riguarda la diversa ipotesi di conversione del contratto a tempo determinato nel lavoro privato e dall’altro improprio il criterio previsto dall’art. 18 St. lav., anch’esso applicabile ad una fattispecie che non ha alcuna attinenza con il lavoro pubblico (arg. ex: Cass. 21 agosto 2013,n. 19371; Cass. 8 settembre 2014, n. 18855; Cass. 10 settembre 2014, n. 191122)”

Deve tuttavia rimeditarsi la soluzione già seguita nel precedente citato seppure avallata dalla giurisprudenza di legittimità.

Nell’impiego privato l’art. 32 co. 5 della L 183/2010 prevede, nei casi di accertata illegittimità del termine apposto del contratto di lavoro, tanto la prosecuzione/trasformazione del rapporto di lavoro in rapporto a tempo indeterminato che il risarcimento del danno subito dal lavoratore, stabilendo che :

“ Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un' indennita' onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilita' dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604” .



Una sanzione equivalente nel rapporto di lavoro pubblico deve dunque tenere conto:

- da una parte della componente relativa alla “*conversione del contratto*”
- dall'altra della componente della indennità omnicomprensiva.

1) Sotto il primo profilo il mezzo più appropriato, stante il divieto di conversione di cui all'art. 36 D.lvo 365/2001, va rinvenuto all'interno dell'art. 18 L. 300/1970 (invece che nell'art. 8 L.604/66), in quanto norma:

- relativa a datori di lavoro che, in relazione al requisito dimensionale, possono essere comparabili ad una pubblica amministrazione
- applicabile alle pubbliche amministrazioni, a prescindere dal numero dei dipendenti (art. 51 cpv. d. lgs 165/2001).

Il campo di applicazione dell'art. 8 L. 604/66 è invece riservato:

- a datori di lavoro di piccole dimensioni, nell'impiego privato
- ovvero a datori di lavoro altrimenti esclusi dall'applicazione dell'art 18 L. 300/70.

Difetta, pertanto, il requisito della equivalenza delle situazioni .

Ai sensi dell'art. 18 (commi tre e quattro del testo introdotto dalla legge 92/2012), la indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro è pari a **15 mensilità** dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Il ricorso all'art. 18 si giustifica nei soli limiti della quantificazione ex lege del valore forfettizzato del diritto alla stabilità dell'impiego/prosecuzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato presso un datore di lavoro pubblico.

2) Quanto al profilo risarcitorio, non si ravvisano invece ostacoli alla quantificazione del risarcimento negli stessi termini indicati nell'art. 32 co. 5 legge 183/2010. Va anzi sottolineato che anche tale norma prevede un meccanismo forfettizzato di liquidazione che prescinde dalla nozione tradizionale di danno “*effettivo*”, in quanto presume una misura minima del danno e fissa parametri di quantificazione (quelli dell'art. 8 L. 604/66) che prescindono dalla perdita patrimoniale concreta del lavoratore, in quanto hanno riguardo a dati oggettivi (le dimensioni dell'impresa e la anzianità di servizio del lavoratore) o- quando si riferiscono a dati soggettivi (comportamento e condizioni delle parti)- pongono sullo stesso piano le diverse posizioni del datore di lavoro e del lavoratore- danneggiato.

Sicché il danno comunitario ai sensi dell'art. 36 D.lvo 165/2001 può essere individuato sommando alle 15 mensilità sostitutive della reintegra -di cui all'art. 18 L. 300/70- la indennità di cui all'art. 32 L. 183/2010.

Nella fattispecie di causa in ragione del periodo di servizio prestato appare congruo liquidare la indennità nella misura di **4 mensilità** dell'ultima retribuzione globale di fatto.



Quanto agli accessori , non trova applicazione la disciplina di cui all'articolo 22, comma 36, della legge 23 dicembre 1994, n. 724 relativa “agli emolumenti di natura retributiva, pensionistica ed assistenziale” dei pubblici dipendenti laddove la attuale condanna ha carattere risarcitorio.

Deve piuttosto considerarsi che i meccanismi forfettari di liquidazione adottati prevedono una quantificazione del danno già attualizzata alla data della sentenza.

Per il periodo successivo alla sentenza sono dovuti gli interessi legali, secondo la disciplina comune delle obbligazioni di valuta.

Resta da esaminare la diversa questione del riconoscimento del periodo di servizio prestato a termine ai fini retributivi.

Oggetto di giudizio è il riconoscimento

- sia della progressione per fasce, prevista dai CCNL di comparto succedutisi nel tempo
- che degli aumenti biennali (scatti), previsti dalla L. 312/80 .

La normativa di riferimento è l'art. 526, comma 1, d.lvo 297/94 (TU della scuola), in virtù del quale:

“Al personale docente ed educativo non di ruolo spetta il trattamento economico iniziale previsto per il corrispondente personale docente di ruolo”

sicchè non è prevista per i docenti a tempo determinato alcuna forma di progressione economica in forza dell'esperienza acquisita.

Tale disposizione- a giudizio del Tribunale- deve essere disapplicata, perché contrastante con quanto stabilito dalla clausola 4 - punti 1 e 4- dell'Accordo Quadro, attuato con la Direttiva CE 1999/70, nei predetti termini:

- punto 1 : *«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»*
- punto 4: *“I criteri del periodo di anzianità di servizio relativi a particolari condizioni di lavoro dovranno essere gli stessi sia per i lavoratori a tempo determinato sia per quelli a tempo indeterminato, eccetto quando criteri diversi in materia di periodo di anzianità siano giustificati da motivazioni oggettive”*



La predetta clausola trova applicazione in via diretta nella fattispecie di causa, in ragione:

- del suo contenuto incondizionato e sufficientemente preciso (cd. *self-executing*)
- della applicabilità diretta delle direttive dettagliate nei rapporti giuridici intercorrenti tra un privato e la pubblica amministrazione (rapporti cd. verticali).

La Corte di Giustizia CE nel pronunciarsi nella materia ora in discussione con le sentenze 13/9/2007 n. 307 Del Cerro Alonso e con la sentenza n.444 del 22/12/2010 Gavieiro-Torres), ha del resto precisato che :

la clausola, punto 1, dell'accordo quadro esclude in generale ed in termini non equivoci qualsiasi disparità di trattamento non obiettivamente giustificata nei confronti dei lavoratori a tempo determinato per quanto riguarda le condizioni di impiego. Il suo contenuto appare quindi sufficientemente preciso affinché possa essere invocato da un singolo ed applicato dal giudice...(punto 78 sent. Gavieiro-Torres); ...si deve rammentare che gli amministrati qualora siano in grado di far valere una direttiva nei confronti dello Stato, possono farlo indipendentemente dalla veste nella quale questo agisce , come datore di lavoro o come pubblica autorità ... ”.(punto 82 sentenza Gavieiro).

Quanto alla concreta applicazione della richiamata normativa europea occorre richiamare la interpretazione- (che nel diritto europeo è essa stessa fonte di diritto)- espressa in plurime sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione ed, in particolare, nelle sentenze 307/07 Del Cerro Alonso, 444/10 Gavieiro Torres ; 302-305/11 del 18/10/2012 Valenza + altri/ AGCM.

La Corte di Giustizia UE (sent. 13.9.2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*)- richiamata la propria precedente giurisprudenza, secondo cui le prescrizioni dell'Accordo Quadro e della Direttiva sono applicabili anche ai contratti e ai rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le Amministrazioni e con altri enti del settore pubblico (v. sent. 4.7.2006, C-212/04, *Adeneler* e altre)- ha precisato che cosa debba intendersi per “*condizioni di impiego*” ai sensi della clausola 4 dell'Accordo Quadro, precisando che la riserva di cui all'art. 137, n. 5, del Trattato UE (che esclude la materia della retribuzione dalle competenze delle istituzioni comunitarie) 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.

Affrontando, poi, lo specifico argomento della spettanza degli scatti di anzianità al personale assunto a termine dalle pubbliche Amministrazioni, di ruolo o non di ruolo, la CGUE ha affermato:



“La mera circostanza che un impiego sia qualificato come ‘di ruolo’ in base all’ordinamento interno e presenti taluni aspetti caratterizzanti il pubblico impiego dello Stato membro interessato è priva di rilevanza sotto questo aspetto, a pena di rimettere seriamente in questione l’efficacia pratica della direttiva 1999/70 e quella dell’Accordo Quadro nonché la loro applicazione uniforme negli Stati membri, riservando a questi ultimi la possibilità di escludere, a loro discrezione, talune categorie di persone dal beneficio della tutela voluta da tali strumenti comunitari”.

La Corte di Giustizia ha inoltre chiarito che la nozione di “ragioni oggettive” che, secondo la clausola 4, punto 1, dell’Accordo Quadro, possono giustificare la deroga al principio di non discriminazione in materia di periodi di anzianità, *“non autorizza a giustificare una differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato per il fatto che quest’ultima sia prevista da una norma interna generale ed astratta, quale una legge o un contratto collettivo”*, ma solo quando *“la disparità di trattamento in causa sia giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti, che contraddistinguono il rapporto di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s’inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l’obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria”*.

In conclusione, secondo la CGUE, la nozione di “condizioni di impiego” di cui alla clausola 4, punto 1, dell’Accordo Quadro *“dev’essere interpretata nel senso che essa può servire da fondamento ad una pretesa ... che mira ad attribuire ad un lavoratore a tempo determinato scatti di anzianità che l’ordinamento interno riserva ai soli lavoratori a tempo indeterminato”*.

Tali principi sono stati ribaditi nelle pronunzie successivamente rese (*ex plurimis*: sent. 22.12.2010, nei procedimenti riuniti C-444/09, Gavieiro Gavieiro e C-456/09, Iglesias Torres; sent. 8.9.2011, C-177/10, Rosado Santana; sentenza 18/10/2012 Valenza + altri/ GCM.)

Il Tribunale deve dunque applicare, attesa la superiorità nella gerarchia delle fonti, la norma comunitaria in esame.

Le due domande- per la attribuzione della progressione in fasce e per il riconoscimento degli aumenti biennali- vanno separatamente esaminate.

LA PROGRESSIONE ECONOMICA DI CUI AI CC.NN. LL.

Sul primo punto si osserva che è pacifico tra le parti che ai ricorrenti è stata applicata



la disciplina dettata dai vari CCNL del comparto Scuola succedutisi nel tempo senza alcun riconoscimento dell'anzianità di servizio laddove al personale docente di ruolo compete una progressione economica in relazione alla maturazione delle fasce di anzianità di servizio.

L'oggettiva disparità di trattamento che sussiste, sotto il profilo retributivo, tra i docenti a tempo determinato ed i docenti a tempo indeterminato potrebbe ritenersi giustificata, ai sensi della Direttiva 1999/70/CE, soltanto ove fosse dimostrata l'esistenza di "ragioni oggettive", che tuttavia – secondo quanto precisato dalla Corte di Giustizia – non possono consistere né nel carattere temporaneo del rapporto di lavoro, né nel fatto che il datore di lavoro è una pubblica Amministrazione, né, infine, nel fatto che il trattamento deteriore dei lavoratori a termine sia previsto da una norma interna generale ed astratta, quale una legge o un contratto collettivo.

Non potrebbe farsi leva, in proposito, sulle diverse modalità di selezione, in quanto non avvenuta per i docenti a termine per pubblico concorso, che non hanno alcuna correlazione logica con la negazione della progressione retributiva in funzione dell'anzianità di servizio maturata.

Tale giudizio trova recente conferma nella ordinanza della Corte di Giustizia U.E. 4 settembre 2014, in causa n. C-152/14, nella quale si trova affermato che la direttiva comunitaria sui contratti a termine osta ad una normativa nazionale **che escluda totalmente il computo di periodi di lavoro a tempo determinato nell'anzianità di servizio del medesimo lavoratore** al momento della sua assunzione a tempo indeterminato per le medesime mansioni, effettuato a seguito di una specifica procedura di stabilizzazione del rapporto di lavoro.

Il caso esaminato riguardava dipendenti a tempo determinato dell'Autorità italiana per l'energia elettrica e il gas (AEEG), i quali, per effetto di una specifica procedura di stabilizzazione (comunque rispettosa dell'art. 97 Cost.), erano stati assunti a tempo indeterminato dall'Autorità, ma senza riconoscimento dell'anzianità pregressa.

La Corte, pur affermando che l'obiettivo di evitare discriminazioni alla rovescia rispetto ai dipendenti assunti con regolare pubblico concorso potrebbe giustificare una qualche diversità di trattamento quanto all'anzianità di servizio, valuta negativamente la totale esclusione da quest'ultima dei periodi precedenti a termine (con ciò ribadendo quanto già affermato con l'ordinanza Bertazzi, in causa C-393/11 e nella sentenza Valenza e c., in cause da C-302 a C-305/11).

Per completezza di motivazione occorre precisare, comunque, che la mancanza di "ragioni oggettive" idonee a giustificare l'esaminata disparità di trattamento ricorre soltanto quando il docente a tempo determinato abbia operato in ragione di più contratti a termine susseguitisi senza rilevante soluzione di continuità e di durata almeno annuale o comunque tale da coprire pressoché integralmente ciascun anno scolastico: soltanto in questo caso, infatti, la natura, la durata e la frequenza delle prestazioni lavorative (nonché la maturazione dell'esperienza professionale) non



differiscono, in fatto, da quelle del personale docente assunto a tempo indeterminato, con conseguente sostanziale identità di situazioni.

Lo stesso non accade, invece, quando il docente a tempo determinato sia stato assunto soltanto per periodi brevi e con rilevante soluzione di continuità tra una assunzione e l'altra.

I principi qui affermati valgono, dunque, soltanto con riferimento alle supplenze annuali o alle supplenze a queste equiparabili, quali sono quelle conferite all'odierna parte ricorrente.

Da quanto esposto consegue che alla ricorrente va riconosciuto il diritto alla attribuzione del trattamento economico delle fasce di anzianità.

GLI SCATTI DI ANZIANITA'

Diverse considerazioni valgono in merito al diritto agli scatti di anzianità.

Al riguardo si precisa che la legge 312/1980 (*"nuovo assetto retributivo-funzionale del personale civile e militare dello Stato"*) per il personale della scuola immesso stabilmente in ruolo prevedeva, all'art. 50, lo stipendio annuo lordo iniziale stabilito per ciascuna delle otto qualifiche funzionali di inquadramento e riconosceva una progressione economica legata all'anzianità di servizio, stabilendo che

“Al compimento di tre, sei, dieci, quindici e venti anni di servizio senza demerito nella qualifica di appartenenza sono attribuite altre classi di stipendio con un aumento costante del 16 per cento dello stipendio iniziale di livello. Nel periodo di permanenza in ciascuna classe di stipendio, compresa l'ultima, sono corrisposti aumenti di stipendio in ragione del 2,50 per cento dello stipendio previsto per la classe stessa per ogni biennio di servizio prestato senza demerito. Gli aumenti biennali di stipendio maturati in ciascuna classe sono riassorbibili al conseguimento della classe di stipendio successiva.”

L'art. 53 disciplinava, invece, il trattamento economico del personale non di ruolo, docente e non docente, richiamando al comma 1

“lo stipendio iniziale del personale di ruolo di corrispondente qualifica”

ed aggiungendo, al comma 3, che

“Al personale di cui al presente articolo, con nomina da parte del Provveditore agli studi od altro organo in base a disposizioni speciali, escluse in ogni caso le supplenze, sono attribuiti aumenti periodici per ogni biennio di servizio prestato a partire dal 1° giugno 1977 in ragione del 2,50 per cento calcolati sulla base dello stipendio iniziale.”



Una diversa progressione veniva stabilita per i docenti di religione per i quali, al comma 6, veniva prevista, dopo quattro anni di insegnamento

“una progressione economica di carriera con classi di stipendio corrispondenti all'ottanta per cento di quelle attribuite ai docenti laureati di ruolo, con l'obbligatorietà di costituzione e accettazione di posto orario con trattamento cattedra”.

Già il tenore testuale della norma dell'articolo 53 co. 3, che esclude espressamente le supplenze, rende evidente la inapplicabilità della stessa al personale della scuola assunto a tempo determinato, a prescindere dalla durata della supplenza (sul punto assolutamente costante la giurisprudenza amministrativa) essendo la disposizione finalizzata a disciplinare il trattamento economico dei docenti e del personale non educativo della scuola non immessi stabilmente nei ruoli ma, comunque, legati alla amministrazione da rapporto di impiego a tempo indeterminato.

Nella recente sentenza 146/2013 (pronuncia dichiarativa della inammissibilità della questione sollevata dalla Corte di Appello di Firenze, che aveva ipotizzato una disparità di trattamento tra i supplenti assunti ai sensi dell'art.4 della legge 124/1999 ed i docenti non di ruolo assunti a tempo indeterminato) la Corte Costituzionale ha compiuto un'articolata ricostruzione del quadro normativo; dalla stessa emerge che al momento della contrattualizzazione del rapporto con il personale della amministrazione scolastica ai docenti di ruolo era attribuito il trattamento di cui all'articolo 50 L. 312/80 mentre il trattamento previsto dall'art. 53 della stessa legge era vigente ed efficace solo relativamente:

- ai docenti di religione
- ad alcune particolari categorie di insegnanti che **sebbene non immesse nei ruoli, prestavano attività sulla base** non di supplenze temporanee o annuali, bensì in forza **di contratti a tempo indeterminato** (docenti incaricati). Tale ultima categoria era stata soppressa dalle leggi 392/1981 e 270/1982, con le quali era stato previsto che le vacanze di organico sarebbero state coperte unicamente con supplenze annuali conferite dal Provveditore agli Studi, non ricomprese nella previsione del richiamato art. 53.

Nei CCNL poi succedutisi, per tutto il personale, sia esso a tempo determinato o indeterminato, sparisce ogni riferimento agli scatti biennali di anzianità, giacché nell'art. 63 CCNL 1994/1997 lo stipendio tabellare viene indicato come comprensivo “della retribuzione individuale di anzianità” (e nell'allegato A all'art. 71 del d.lgs 165/2001 al punto VI lett. h risulta espressamente indicato fra le norme abrogate l'art. 50 della legge 312/1980 che, come si è visto, riconosceva ai docenti di ruolo gli scatti biennali) .

A partire dal CCNL 1998/2001, la struttura della retribuzione del personale a tempo



indeterminato è stata modificata con la previsione, contenuta nell'art. 16, di un sistema di progressione professionale per posizioni stipendiali, attribuite sulla base del servizio prestato e secondo la seguente sequenza: 0/2; 3/8; 9/14; 15/20; 21/27; 28/34; 35 ed oltre.

È sparito, quindi, definitivamente ogni richiamo non solo agli scatti biennali (venuti già meno con la prima tornata contrattuale) ma anche alla retribuzione individuale di anzianità.

In sintesi, dall'esame della normativa di legge e di contratto alle quali sopra si è fatto riferimento emerge che il sistema retributivo previsto per il personale di ruolo della scuola dall'art. 50 della legge 312/1980, fondato su classi stipendiali progressive e su maggiorazioni biennali del 2,50%, è stato integralmente sostituito dalla nuova disciplina contrattuale, che prevede posizioni stipendiali per fasce di anzianità

È evidente, quindi, l'infondatezza della prospettata disparità di trattamento, la quale non sussiste in fatto quanto agli scatti di anzianità rispetto ai docenti di ruolo.

E' evidente infatti che sulla base della clausola 4 non può certo essere rivendicato un trattamento retributivo di miglior favore rispetto ai docenti assunti a tempo indeterminato, i quali, come si è già detto, non percepiscono gli scatti biennali, rilevando per gli stessi la anzianità solo ai fini della attribuzione delle posizioni stipendiali secondo la sequenza sopra indicata.

Rispetto ai docenti di religione, poi, la disparità di trattamento è stata esclusa dalla Corte Costituzionale (sentenza 146/2003) che, dopo avere confermato la inapplicabilità ai supplenti della scuola dell'art. 53 della legge 312/1980 (inapplicabilità che è stata assunta a presupposto della pronuncia), ha evidenziato la assoluta peculiarità del rapporto intercorrente con detti docenti, tale da giustificare il riconoscimento di una progressione economica legata alla anzianità di servizio che non è riconosciuta agli assunti a tempo determinato.

Conclusivamente deve essere affermato il diritto della ricorrente a vedersi riconosciuta l'anzianità lavorativa maturata in forza dei contratti a termine sottoscritti ai soli fini della progressione economica attribuita dai CCNL ai docenti di ruolo e non anche per la attribuzione degli scatti ex art. 53 L. 312/1980.

Il Ministero deve essere condannato al pagamento delle differenze retributive maturate, maggiorate di interessi.

Le spese di giudizio si compensano per la novità e complessità delle questioni trattate

PQM

Il Tribunale di Napoli, definitivamente pronunciando respinta ogni diversa istanza, deduzione, eccezione, così provvede:



-Accoglie parzialmente la domanda e per l'effetto condanna il Ministero della Istruzione al risarcimento del danno in favore di parte ricorrente nella misura di 19 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto oltre interessi legali dalla data della presente pronunzia al saldo.

-Accerta il diritto della parte ricorrente a vedersi riconosciuta l'anzianità lavorativa maturata in forza del servizio prestato a termine ai fini della progressione economica attribuita dai CCNL ai docenti di ruolo, nei termini di cui in motivazione. Condanna il Ministero resistente il pagamento delle differenze retributive maturate a detto titolo, maggiorate di interessi, da quantificare in separato giudizio.

Compensa le spese .

Così deciso in Napoli, 20.3.2015

IL GL

