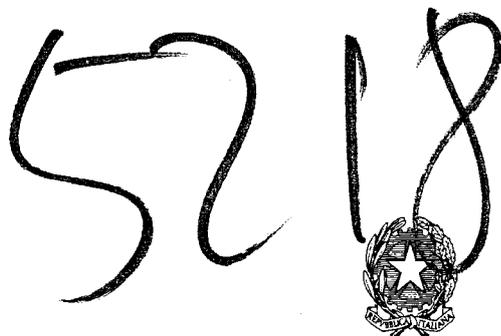


N° 3048/11 R.G.
N° 5217 CRON.
ASSEGNATA A SENTENZA
IL 3.11.11

LAVORO



TRIBUNALE DI MILANO
SEZIONE LAVORO
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Giudice dr.ssa Maria Rosaria Cuomo all'udienza del 3.11.2011 ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 3048/2011 reg.gen.sez.lavoro, e vertente

TRA

....., elettivamente domiciliato a Milano, via Sant'Antonio Zaccaria n. 1, presso lo studio dell'avv. Alberto Panigada, rappresentato e difeso dagli avv.ti Pietro Monelli, e Stefania Isola in virtù di mandato a margine del ricorso introduttivo

Ricorrente

E

Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro in carica, elettivamente domiciliato a Milano, via Freguglia n.1, presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato che lo rappresenta e difende

Convenuto

Svolgimento del Processo

Con ricorso depositato in data 28.2.2011 la parte ricorrente conveniva in giudizio avanti al Tribunale di Milano - Sezione Lavoro, il Ministero della Pubblica Istruzione, dell'Università, per sentire accertare e dichiarare l'illegittima apposizione del termine ai contratti stipulati tra le parti e la conseguente nullità parziale dei stessi e, per l'effetto, accertare e dichiarare che il primo contratto si è convertito in contratto di

lavoro a tempo indeterminato dalla data della stipula, ovvero dalla decorrenza degli altri contratti stipulati. In subordine, nell'ipotesi di mancata conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, condannare il Ministero al risarcimento del danno nella misura della retribuzione dalla messa in mora o da altra data ritenuta di giustizia, o nella misura di € 5.000,00 per ogni anno di lavoro svolto e pari complessivamente ad € 50.000,00 o nell'ammontare ritenuto di giustizia.

A fondamento della propria domanda, parte ricorrente deduceva la violazione della disciplina nazionale e comunitaria in tema di rapporti di lavoro a tempo determinato.

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

Non essendovi margini conciliativi, non essendo necessaria attività istruttoria, sulle conclusioni delle parti, la causa veniva decisa come da dispositivo di cui si dava lettura.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente prive di fondamento sono le eccezioni di nullità del ricorso e di difetto di giurisdizione formulate dalla parte convenuta.

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

Quanto all'eccezione di nullità del ricorso, va evidenziato che le ragioni in fatto ed in diritto sono sufficientemente argomentate.

Nel merito il ricorso è fondato nei termini di seguito precisati.



Va innanzitutto precisato come nel settore scolastico sia applicabile il d.lgs n. 368/2001.

L'assunzione a tempo determinato nel settore della scuola è disciplinata dalla L. 3.5.1999 n. 124 che all'art. 4, stabilisce che "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 semprechè ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo, si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo.*

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".*

Il comma 14 bis del predetto art. 4, aggiunto dall'art. 1, comma 1, del DL 25.9.1999 n. 134, prevede inoltre "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".

L' art. 1, comma 605, lett. c) della legge 296 del 2006, cui si fa riferimento, concerne un «piano triennale per l'assunzione a tempo indeterminato di personale docente per gli anni 2007-2009, da verificare annualmente [...], circa la concreta fattibilità dello

stesso, per complessive 150.000 unità, al fine di dare adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico e di evitarne la ricostituzione, di stabilizzare e rendere più funzionali gli assetti scolastici, di attivare azioni tese ad abbassare l'età media del personale docente».

Orbene, queste norme hanno carattere speciale sia rispetto a quelle relative al pubblico impiego - decreto legislativo n. 165/2001 (norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni)- sia rispetto a quelle generali sui contratti a termine -decreto legislativo n. 368/2001 (disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato)-, e non sono state né abrogate né modificate dall'art. 36, comma 1, del D.lgs 165/2001 che ha espressamente esteso ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni l'applicazione della normativa generale in materia di contratti di lavoro a termine (d.lgs n. 368/2001) -“ *Le pubbliche amministrazione nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale di cui ai commi precedenti, si avvalgono delle forme contrattuali flessibili di assunzione ed impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa*”.-

Infatti, lo stesso art. 70, comma 8, del d.lgs. 165/2001, dopo aver stabilito che “*le disposizioni del presente decreto si applicano al personale della scuola*” precisa che “*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*”.

Alla luce di detta norma non vi è alcun dubbio che al personale della scuola si applichi interamente il d.lgs 165/01, compreso quindi l'art. 36 che vieta la conversione del contratto a tempo indeterminato -“*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*”.

Tale divieto è peraltro conforme al dettato costituzionale in materia di assunzione nella pubblica amministrazione.

Infatti, l'art. 97, co. 3, Cost. stabilisce che *“agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge”*.

Accesso nel settore delle scuole mediante concorso confermato anche dall'art. 399 del D.Lgs. 16-04-1994, n. 297 che stabilisce che *“1. L'accesso ai ruoli del personale docente della scuola materna, elementare e secondaria, ivi compresi i licei artistici e gli istituti d'arte, ha luogo, per il 50 per cento dei posti a tal fine annualmente assegnabili, mediante concorsi per titoli ed esami e, per il restante 50 per cento, attingendo alle graduatorie permanenti di cui all'articolo 401.*

2. Nel caso in cui la graduatoria di un concorso per titoli ed esami sia esaurita e rimangano posti ad esso assegnati, questi vanno ad aggiungersi a quelli assegnati alla corrispondente graduatoria permanente. Detti posti vanno reintegrati in occasione della procedura concorsuale successiva.(...)”.

Né l'art. 36 d.lgs. n. 165/2001, nel vietare nel pubblico impiego la conversione del contratto di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, si pone in contrasto con la direttiva del Consiglio dell'Unione Europea 28.6.199 n. 70, emanata in attuazione dell'accordo quadro sui contratti a termine del 18.3.1999.

Tale Direttiva, infatti, nel ritenere che la successione dei contratti a tempo determinato possa integrare una potenziale forma di abuso in danno dei lavoratori, e nell'imporre agli Stati Membri di adottare misure atte a impedirne l'abuso, non ha imposto ai Legislatori nazionali una specifica forma di tutela nè tantomeno ha imposto quale unico possibile strumento di dissuasione/sanzione quello della conversione del contratto in contratto a tempo indeterminato.

Tale conclusione trova conferma nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Con la sentenza Adelener la Corte ha affermato che *“l'accordo quadro non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come non stabilisce nemmeno le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi. Tuttavia esso impone agli Stati membri di adottare almeno una delle misure elencate nella clausola 5, punto 1, lett. a)-c), dell'accordo quadro, che sono dirette a prevenire efficacemente l'utilizzazione abusiva di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi. Inoltre gli Stati membri sono tenuti, nell'ambito della libertà*

che viene loro lasciata dall'art. 249, terzo comma, CE, a scegliere le forme e i mezzi più idonei al fine di garantire l'efficacia pratica delle direttive (v. sentenze 8 aprile 1976, causa 48/75, Royer, Racc. pag. 497, punto 75, e 12 settembre 1996, cause riunite C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 e C-157/95, Gallotti e a., Racc. pag. I-4345, punto 14). Pertanto, quando, come nel caso di specie, il diritto comunitario non prevede sanzioni specifiche neppure nel caso in cui sono stati comunque accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte ad una siffatta situazione, misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma anche sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro" (Grande Sezione, 4 luglio 2006, causa C-212/04, pt. 91-94).

Con la sentenza Marrosu-Sardino, la Corte ha poi precisato che, "vero è che la clausola 5, punto 2, dell'accordo quadro non riconosce esplicitamente la stessa facoltà agli Stati membri per ciò che riguarda la fissazione delle condizioni alle quali i contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione debbano essere considerati come conclusi per una durata indeterminata. Tuttavia, dal momento che tale disposizione non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come non stabilisce nemmeno le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi (sentenza Adeneler e a., cit., punto 91), essa lascia agli Stati membri un certo margine di discrezionalità in materia. Ne consegue che la clausola 5 dell'accordo quadro non osta, in quanto tale, a che uno Stato membro riservi un destino differente al ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione a seconda che tali contratti siano stati conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato o con un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico. Tuttavia, come risulta dal punto 105 della citata sentenza Adeneler, affinché una normativa nazionale, come quella controversa nella causa principale, che vieta, nel solo settore pubblico, la trasformazione in contratto di lavoro a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato, possa essere considerata conforme all'accordo quadro, l'ordinamento giuridico



interno dello Stato membro interessato deve prevedere, in tale settore, un'altra misura effettiva per evitare, ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato stipulati in successione. Per quanto riguarda quest'ultima condizione, occorre ricordare che la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro impone agli Stati membri l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure enumerate in tale disposizione e dirette a prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, qualora il diritto nazionale non preveda già misure equivalenti. Inoltre quando, come nel caso di specie, il diritto comunitario non prevede sanzioni specifiche nel caso in cui siano stati comunque accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte ad una siffatta situazione, misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro (sentenza *Adeneler e a.*, cit., punto 94)" (Corte di Giustizia, 7 settembre 2006, causa C-53/04, pt. 46-51).

Recentemente, con l'ordinanza Affatato, la Corte ha infine ribadito che "la clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, siglato il 18 marzo 1999, che compare in allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretata nel senso che: essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui all'art. 36, quinto comma, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, recante norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, la quale, nell'ipotesi di abuso derivante dal ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione da un datore di lavoro del settore pubblico, vieta che questi ultimi siano convertiti in un contratto di lavoro a tempo indeterminato quando l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato prevede, nel settore interessato, altre misure effettive per evitare, ed eventualmente sanzionare, il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato stipulati in successione. Spetta tuttavia al giudice del rinvio accertare se le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva delle pertinenti disposizioni di diritto interno configurino uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare il ricorso abusivo da parte

della pubblica amministrazione a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione; essa, in quanto tale, non è in alcun modo atta a pregiudicare le strutture fondamentali, politiche e costituzionali, né le funzioni essenziali dello Stato membro di cui è causa, ai sensi dell'art. 4, n. 2, TUE" (Corte di Giustizia, 1 ottobre 2010, causa C-3/2010, dispositivo).

Alla luce dei predetti canoni, si deve, quindi, ritenere compatibile con il disposto dell'ordinamento comunitario e con la normativa nazionale che vi ha dato attuazione la previsione dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/01 che, nei casi di illegittimo utilizzo di un contratto a termine nel settore pubblicistico, esclude la conversione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato, facendo salvo però il risarcimento del danno *"purchè liquidato secondo criteri che lo rendano proporzionato e sufficientemente dissuasivo e non meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario"*.

Ulteriore conferma dell'applicabilità generale al pubblico impiego del d.lgs 368/01, eccetto che per la conversione e per il limite dei trentasei mesi di cui all'art. 5, co. 4bis, si riscontra nell' art. 36, co. 2, D. Lgs. 368/2001 e nell'art. 9 D.L. 70/2011.

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

L'art. 9 D.L. 70/2011 prevede 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”.

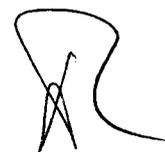
L'espressa esclusione, a decorrere dal 13.5.2011, introdotta con l'art. 4bis del d.lgs n. 368/2001 conferma che, sino all'entrata in vigore della stessa (13.5.2011), il D. Lgs. 368/2001 trovava applicazione nell'ambito del pubblico impiego e, quindi, anche nella materia che qui ci occupa.

In definitiva la legge 124/99, anteriore al Decreto Legislativo 368/2001, pare con lo stesso compatibile, ponendosi rispetto ad esso in rapporto di specialità quanto alla tipizzazione di specifiche causali legittimanti l'apposizione del termine, e risultando del tutto conforme alla Direttiva 1999/70 CE, del quale il d.lgs n. 368/2001 è diretta attuazione, nella parte in cui prevede specifiche ragioni oggettive e normativamente individuate per la stipula dei contratti di lavoro a tempo determinato.

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

Senz'altro temporanea è la prima ipotesi - relativa alle cosiddette supplenze annuali su *organico di diritto*, ossia quei posti che risultano effettivamente vacanti entro la data del dicembre e che rimarranno prevedibilmente scoperti per l'intero anno. Per cui in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali, si procede al conferimento di *supplenze annuali*, con la stipulazione di contratti a termine in scadenza al 31 agosto, allorché non sia possibile provvedere con il personale di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante utilizzazione del personale in soprannumero, se non vi sia stato assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo (art. 4, comma 1, L. 3 maggio 1999, n.124.

Medesima considerazione vale per le due successive ipotesi relative: alle supplenze annuali su *organico di fatto*, con scadenza al 30 giugno, cioè, al termine dell'attività didattica (art. 4, comma 2, L. 3 maggio 1999, n. 194). I posti con esse coperti non sono tecnicamente vacanti, ma si rendono di fatto disponibili. Ciò può avvenire, ad esempio, per un aumento imprevisto della popolazione scolastica nel singolo istituto, la cui pianta organica resti tuttavia immutata, oppure per l'aumento del numero di classi, dovuto a motivi contingenti, ad esempio di carattere logistico; e alle altre supplenze



temporanee, conferite per ogni altra necessità (art. 4, comma 3, L. 3 maggio 1999, n. 194), come la sostituzione di personale assente o la copertura di posti resisi disponibili, per qualsivoglia ragione, soltanto dopo il 31 dicembre, e destinate a terminare non appena venga meno l'esigenza per cui sono state disposte.

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

Con riferimento alla posizione della odierna parte ricorrente, si rileva che la stessa ha svolto in maniera continuativa l'attività di docenza in favore del Ministero convenuto dall'1.9.2011 al 30.6.2011, in forza di contratti di lavoro a tempo determinato stipulati per ragioni di supplenza, talvolta annuali, talvolta temporanee sino al termine delle attività didattiche (cfr. docc.allegati al ricorso).

Orbene, considerato che alla supplenze del settore scolastico è applicabile il d.lgs n. 368/2001, consegue che ai fini della validità dei contratti sono necessari la forma scritta *ad substantiam* e la "specificazione" delle esigenze temporanee che costituiscono la causale giustificatrice dell'apposizione del termine a pena di nullità dello stesso.

Infatti, non è condivisibile la tesi secondo la quale l'art. 4 della legge n. 124/99 conterrebbe già delle causali stabilite *ex lege* per il settore scolastico, data l'applicabilità generale al pubblico impiego del d.lgs. n. 368/01 - eccetto che per la "conversione" e per il limite dei trentasei mesi di cui all'art. 5, co. 4 *bis* -.

Conseguentemente, deve applicarsi la regola della "specificazione" della causale di cui all'art. 1. Causale, che secondo la Corte di Cassazione, deve essere sufficientemente specificata quando sia dettagliata e immodificabile, in modo che sia "oggettivizzata" nei suoi requisiti e non variabile unilateralmente, cosicché, nel corso di un processo in cui ne fosse posta in discussione la fondatezza, ne sia possibile controllarne la sua effettività (cfr., ad es., Cass. n. 1576 e n. 1577 del 2010).

Alla luce di tale principio, risulta in maniera chiara che i contratti allegati in causa non contengano alcuna vera specificazione della causale, facendo solo un generico riferimento a supplenze "*fino alla nomina dell'avente diritto*" o "*fino al termine delle attività didattiche*" (cfr. i contratti allegati al ricorso), senza alcuna precisazione di

quali siano state *le esigenze temporanee concrete e fattuali* che abbiano determinato l'amministrazione a stipulare il contratto a termine.

Tutti i contratti menzionati in causa, perciò, debbono essere considerati illegittimi.

Indipendentemente dal dato formale, va evidenziato che comunque è onere della resistente dimostrare la corrispondenza alla legge di ciascuno di detti negozi, che però nel caso in esame non è stato assolto. La parte convenuta ha sviluppato a propria difesa unicamente argomentazioni in diritto, omettendo totalmente di svolgere qualsivoglia deduzione in fatto utile a costituire prova dell'effettiva sussistenza delle ragioni giustificatrici l'apposizione del termine e, più nello specifico, della necessità di garantire l'erogazione del servizio scolastico ed educativo nei plessi scolastici presso i quali la parte ricorrente è stata di volta in volta assegnata in forza dei contratti per cui è causa.

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

In particolare, con riferimento ai posti in "organico di diritto" l'Amministrazione può conferire le supplenze solo nell'attesa di un concorso (che si deve evidentemente prevedere in tempi ragionevolmente brevi), con esigenze di servizio di carattere temporaneo che debbono essere dimostrate in giudizio dal Ministero nella loro "effettiva permanenza".

Ugualmente, il Ministero dovrebbe dimostrare le proprie esigenze temporanee per le assunzioni in "organico di fatto" e negli altri casi di *supplenze temporanee, conferite per ogni altra necessità* (art. 4, comma 3, L. 3 maggio 1999, n. 194).

In definitiva, essendo richiesta per ciascuna tipologia di assunzione a termine prova delle esigenze temporanee del datore di lavoro, va osservato come nel caso in esame la parte resistente non ha, invece, offerto alcuna dimostrazione di carattere fattuale (né per le assunzioni in organico di diritto né per quelle in organico di fatto) che i contratti a tempo determinato in oggetto siano stati stipulati per una delle esigenze concrete di cui all' art. 4 della legge n. 124/99 e delle restanti analoghe norme richiamate.



Né può ritenersi che l'Amministrazione abbia offerto prova della sussistenza dell'esigenza di cui al comma 1 dell'art. 4 cit., ossia di una supplenza in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali, non avendo dato alcuna prova concreta che il posto vacante che la parte attorea occupava sia stato poi oggetto di un concorso per l'assunzione a tempo indeterminato.

Nè si potrebbe considerare come prova sufficiente l' "immissione in ruolo" che si avrebbe annualmente ai sensi della legge n. 143/04 e dei decreti ministeriali citati dalla resistente, atteso che la Suprema Corte ha chiarito che *"in tema di reclutamento del personale docente della scuola materna, elementare e secondaria, l'art. 399 del d.lgs. n. 297 del 1994, come sostituito dall'art. 1 della legge n. 124 del 1999, nel prevedere che l'accesso dei docenti nei ruoli della scuola avviene attribuendo metà dei posti disponibili ai vincitori di appositi concorsi per titoli ed esami, mentre la restante metà viene coperta attingendo alle graduatorie permanenti (...) si riferisce esclusivamente ai "posti annualmente assegnabili" e non alla totalità dei posti vacanti, dovendosi ritenere che detta interpretazione sia l'unica compatibile con il principio costituzionale del buon andamento dell'Amministrazione di cui all'art. 97 Cost., attesa la necessità per l'amministrazione competente di effettuare una scelta discrezionale in ordine ai posti da coprire in relazione alla concreta situazione esistente al momento dell'immissione in ruolo. Ne consegue che, ai fini dell'assegnazione del posto in base alla graduatoria vigente, non è sufficiente che lo stesso sia vacante, ma è altresì necessaria l'emanazione, da parte dell'Amministrazione scolastica, di un provvedimento che ne decida la copertura"* (cfr. Cass. Sez. lavoro, sent. n. 11132 del 07-05-2010; Cass. Sez. lavoro, sent. n. 27600 del 29-12-2006; Cass. Sez. lavoro, sent. n. 21298 del 03-10-2006).

Ciò significa che di regola, non tutti i posti vacanti e coperti con rapporto a termine sono poi assegnati tramite immissione in ruolo a tempo indeterminato, ma solo alcuni e secondo le determinazioni della p.a., non essendovi, quindi, nel caso in esame, alcun elemento per ritenere che tra quelli oggetto di concorsi successivi per "immissione in ruolo" vi fossero quelli assegnati alla parte ricorrente.



E' chiaro poi che le esigenze di bilancio richiamate anche dalla Suprema Corte non possano consentire alla pubblica amministrazione di derogare i presupposti di legittimità in materia di contratti a termine che derivano da norme imperative.

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

Non essendo possibile la conversione del contratto in una fattispecie a tempo indeterminato per il dettato dell'art. 36 del dlgs. n. 165/01, si deve fare applicazione del comma 5 della stessa norma che stabilisce che *"il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative"*.

Quanto al risarcimento, fra le varie ipotesi prospettate in giurisprudenza (risarcimento ex art. 18 S.L., ex art. 8, l. 604/1966, ex art. 32, comma 5, della legge 183/2010) appare più adeguata quella ex art. 32, comma 5, cit., che dispone che *"il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604."*

Ciò perché trattasi di norma dettata proprio per l'ipotesi di illegittimità del contratto a termine, anche se nel caso in esame non è possibile, come visto, la conversione in contratto a tempo indeterminato.

Nella specie, visto il rilevante numero di contratti a termine reiterati (8) e di anni di precariato trascorsi da parte ricorrente (4 anni), pare equo liquidare 7 mensilità, oltre interessi legali fino al soddisfo.

Si tratta di un diritto la cui insorgenza non è regolata dall'art. 2948 c.c., come ha inteso il MIUR eccependo la prescrizione.

In ragione della parziale soccombenza le spese processuali vanno compensate per metà, mentre l'altra metà pari ad € 1.200,00 oltre accessori va posta a carico del Ministero, con distrazione in favore dei difensori antistatari.

P.Q.M.

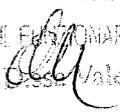
Il Tribunale di Milano, definitivamente pronunciando in funzione di giudice del lavoro sulla domanda proposta, con ricorso depositato in data 28.2.2011, da nei confronti del Ministero della Pubblica Istruzione, in persona del legale rapp.te p.t., ogni diversa domanda od eccezione reietta e/o disattesa, così provvede: dichiara la nullità dei termini apposti ai contratti a termine stipulati tra le parti. Condanna il Ministero al risarcimento del danno nella misura di 7 mensilità. Compensa per metà le spese di lite e pone l'altra metà pari ad € 1.200,00, oltre accessori a carico del Ministero, da distrarsi in favore dei difensori antistatari. Indica in giorni 60 il termine per il deposito della motivazione. Milano, 3 novembre 2011.

Il Giudice
dr.ssa Maria Rosaria Cuomo



Depositato nella Cancelleria della Sez. Lavoro
del Tribunale Ordinario di Milano

OGGI 29 NOV 2011

IL CANCELLIERE
E FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

dr.ssa Valeria Molinari