



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE DI ROMA

III Sezione Lavoro

Il giudice del lavoro, dott.ssa Maria Giulia Cosentino, ha pronunciato e pubblicato, mediante lettura integrale all'udienza del 1° febbraio 2012, ex art. 429 c.p.c., la seguente

SENTENZA

Nella causa recante il n. 31330/2011 R.A.C.C. e vertente

TRA

[REDACTED]
elettivamente domiciliata in Roma, via Gorizia n. 52, presso lo studio dell'Avv. Marco Tavernese che la rappresenta e difende come da delega a margine del ricorso

ricorrente

E

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA – UFFICIO SCOLATICO REGIONALE PER IL LAZIO, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, domiciliato presso i propri Uffici di Roma, Via Pianciani n. 32, rappresentato e difeso dai propri dipendenti ai sensi dell'art. 417-*bis* c.p.c.

resistente

OGGETTO: illegittimità dell'apposizione del termine al contratto di lavoro

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso ex art. 414 c.p.c., [redacted] docente di scuola superiore, ha esposto di avere stipulato plurimi e successivi contratti di lavoro a tempo determinato con il Ministero resistente (di seguito anche: MIUR), Ufficio Scolastico Regionale per il Lazio, tra il 2006 e il 2011.

Ha dedotto che tali stipule abbiano costituito un mero *escamotage* per evitare la stabilizzazione del rapporto di lavoro del personale scolastico, per sopperire ad esigenze lavorative non transitorie, e senza l'indicazione delle esigenze e delle ragioni che avrebbero giustificato l'apposizione del termine, ai sensi del D.Lgs. n. 368/2001.

Ha dunque chiesto la conversione dei contratti di lavoro in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, o, in subordine, il diritto al risarcimento del danno patito, nonché alla percezione dell'indennità di cui all'art. 32, comma 5 della l.n. 183/2010.

Il Ministero convenuto si è costituito in giudizio con memoria del 18.1.2012 chiedendo il rigetto del ricorso per la sua infondatezza.

All'udienza odierna, ritenendo la causa sufficientemente istruita, all'esito della discussione delle parti il giudice si è ritirato in camera di consiglio.

MOTIVI DELLA DECISIONE

-1-

Va pregiudizialmente confermata la giurisdizione del giudice ordinario rispetto alla domanda volta alla costituzione d'un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Dal combinato disposto dell'art. 63, primo e quarto comma, d. lgs 165/2001, infatti, potrebbe trarsi un criterio di riparto della giurisdizione, tra giudice ordinario e giudice amministrativo, basato sulla "*nascita del rapporto*", rispetto al quale la stipula del relativo contratto assume valore costitutivo. All'a.g.o. spetterebbe pertanto la cognizione sulle controversie relative al rapporto di lavoro in atto; il giudice amministrativo avrebbe invece giurisdizione su quelle afferenti a fatti antecedenti a questo e, come nel caso in esame, volte alla sua instaurazione.

La tesi non convince.

Secondo la prevalente dottrina, anche dopo la riforma attuata col d. lgs 80/98, intervenuta sull'assetto con cui si era concepita inizialmente la devoluzione al giudice ordinario del cd. pubblico impiego, il riparto di giurisdizione nel settore è da ritenersi basato su un criterio distintivo sostanzialmente per materia. Le norme contenute nell'art. 68 d. lgs 165/2001 (già art. 29 d. lgs 80/98) sarebbero espressione di questa soluzione: la disposizione del terzo comma, in particolare, enuncia le specifiche materie sottratte alla, ormai generale, cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

Questa condivisibile opinione ha come corollario l'esclusione della rilevanza, ai fini del riparto di giurisdizione nel settore, del criterio fondato sulla posizione giuridica soggettiva tutelata. Agendo su un piano paritetico e con atti di gestione d'un rapporto contrattualizzato, la pubblica amministrazione non adotta provvedimenti dotati di autoritatività e, come tali, idonei a degradare il diritto soggettivo in interesse legittimo [tra le altre, cfr. Cass., sez. un., 6 luglio 2006, n. 15342; 17 aprile 2003, n. 6220; 17 luglio 2001, n. 9650; 24 febbraio 2000, n. 41].

E' pur vero che la dicotomia atti gestionali/atti organizzativi - posta dall'art. 2 d. lgs 165/2001 e richiamata dall'art. 63, primo comma, nella locuzione agli "*atti amministrativi presupposti*" - si pone in parallelo con le situazioni giuridiche che i rispettivi destinatari possano vantare. Ma in tutti questi casi la soluzione sulla questione di giurisdizione consegue all'individuazione, tramite l'indagine sul *petitum* sostanziale introdotto con la domanda, della tipologia del comportamento della p.a.; in questa operazione logico-interpretativa la distinzione diritto soggettivo/interesse legittimo resta sullo sfondo ed è generalmente evocata a riscontro della coerenza sistematica della conclusione cui si è pervenuti [cfr., ad es., Cass., sez. lav., 28 giugno 2006, n. 14849]. Ciò che rileva, in definitiva, non è la discrezionalità o, meglio, l'ampiezza della valutazione rimessa alla p.a., ma è l'inerenza della controversia al rapporto di lavoro [così Cass., sez. un., ord. 18 aprile 2003, n. 6348, e 14 febbraio 2007, n. 3188].

Seguendo il percorso tracciato da queste premesse, non si può negare che la causa introdotta con la richiesta di conversione del rapporto da tempo determinato a tempo indeterminato inerisca al rapporto di lavoro e faccia questione di condotte del Ministero di diretta gestione di questo rapporto medesimo. Con questa domanda si è fatto valere il diritto all'assunzione, materia espressamente riservata dall'art. 63, primo comma, alla giurisdizione del giudice ordinario.

Per altro verso tale domanda non comporta l'accertamento di diritti fondati su "procedure concorsuali per l'assunzione", che è l'unica materia sottratta a tale giurisdizione dal quarto comma dello stesso art. 3. E', quest'ultima, norma che introduce un'eccezione alla regola generale di devoluzione del contenzioso di settore al giudice ordinario. Pertanto non ammette una lettura estensiva (oltre che contrastante col tenore letterale di altra norma).

D'altro canto, l'orientamento ormai consolidato che, applicando tale disposizione, fissa il discrimine tra controversie rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo e controversie rimesse al giudice ordinario ancora la propria interpretazione al presupposto dell'esistenza d'una procedura concorsuale indetto dalla p.a. [per tutte, Cass., sez. un., ord. 26 febbraio 2004 n. 3948; Cass., sez. un., 25 maggio 2010, n. 12764]. Ma, quando questa non vi sia o si sia esaurita, l'azione dell'ente pubblico va ricondotta all'ambito privatistico, espressione di potere negoziale esercitato in veste di datore di lavoro, da valutarsi dunque alla stregua dei principi civilistici in ordine all'inadempimento delle obbligazioni [così Cass., sez. un., 6 luglio 2006, n. 15342].

-2-

Nel merito, la domanda è fondata e, pertanto deve essere accolta con le precisazioni che seguono già ampiamente sviluppate da altro giudice di questo Tribunale del lavoro (dott. Luna) nelle sentenze del 28.4.2011 e del 17.5.2011, cui dunque in questa sede si fa, in punto di diritto, convinto e pressoché integrale riferimento.

La disciplina di legge delle assunzioni a tempo determinato nel settore della scuola si rinviene tuttora nell'art. 4 della legge 3 maggio 1999, n. 124 i cui primi tre commi recitano testualmente:

«1. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero, e sempreché ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo, si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo.

2. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento non vacanti che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico si provvede mediante il conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche. Si provvede parimenti al conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche per la copertura delle ore di insegnamento che non concorrono a costituire cattedre o posti orario.

3. Nei casi diversi da quelli previsti ai commi 1 e 2 si provvede con supplenze temporanee».

Per individuare le persone che sono chiamate ad assumere incarichi di supplenza l'Amministrazione attinge ad una graduatoria permanente su base provinciale (art. 4, comma 6 cit. l. n. 124/1999 che richiama l'art. 401 del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado, approvato con decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297; le graduatorie permanenti sono divenute "ad esaurimento" per effetto della disposizione di cui all'art. 1, comma 605, lett. c della legge n. 296 del 2006).

Di recente il legislatore è intervenuto sulla materia, aggiungendo al citato art. 4 l. n. 124/1999, il comma 14-bis, per affermare espressamente che «*l 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*» (art. 1 d.l. 25.9.2009, n. 134, convertito in legge dalla legge 24.11.2009, n. 167). Il citato art. 1, comma 605, lett. c) della legge 296 del 2006 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*».

Non vi sono disposizioni che in qualche modo riconducano in via diretta la materia delle assunzioni a termine nel settore della scuola alla disciplina generale sui contratti di lavoro a termine dettata dal d.lgs. n. 368/2001 per dare attuazione alla direttiva comunitaria

1999/70/CE relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, né alla disciplina speciale in materia di rapporti di lavoro "flessibili" nel pubblico impiego posta dall'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001.

Infatti, l'art. 70 comma 8 del d.lgs. n. 165 del 2001 statuisce: *"Le disposizioni del presente decreto si applicano al personale della scuola. Restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 21 della legge 15 marzo 1997, n. 59 e del decreto legislativo 12 febbraio 1993, n. 35. Sono fatte salve le procedure di reclutamento del personale della scuola di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 e successive modificazioni ed integrazioni"*, con ciò essendo confermato che le disposizioni generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche valgono anche il personale della scuola, ma per tale settore continuano ad aver vigore le norme speciali sul reclutamento per cui, in particolare, la norma posta dall'art. 36 del d.lgs. n. 165 in tema di utilizzo di contratti di lavoro flessibile richiede quanto meno un'opera di coordinamento con le disposizioni speciali sulla scuola.

Conclusivamente, il vigente ordinamento consente, nel settore scolastico, la stipulazione di assunzioni a tempo determinato secondo la disciplina contenuta nell'articolo 4 della legge 3 maggio 1999, n. 124, del d.m. 13 dicembre 2000, n. 430, che contiene il Regolamento esecutivo, adottato in applicazione dell'art. 4, comma 5, per il personale ATA, e del d.m. n. 201 del 2000 e, successivamente, del d.m. n. 131 del 2007 per il personale docente.

Tali disposizioni appaiono quindi speciali sia rispetto a quelle generali sui contratti a termine (che pur sono applicabili a tutti i lavoratori, pubblici e privati) sia a quelle relative al pubblico impiego.

Deve dunque evidenziarsi che non vi sono nella disciplina sul personale della scuola prescrizioni di alcun genere né in materia di contenuto del contratto di lavoro, al fine di individuare specificamente le ragioni poste a supporto della clausola di apposizione del termine, né in materia di proroga o di assunzioni successive.

Secondo la compiuta illustrazione della materia contenuta nella sentenza della Corte d'appello di Perugia del 23.2.2011, n. 143/2011, *"I contratti a tempo determinato nella scuola sono riconducibili a tre tipologie (v. l'art. 4, comma 11 della legge n. 124/99, l'art. 1 del regolamento per le supplenze del personale ata, d.m. n. 430 del 2000, e, per il personale docente, l'art. 1 del d.m. n. 201 del 2000, poi il d.m. n. 131 del 2007).*

Vi sono, anzitutto, le supplenze annuali cosiddette su "organico di diritto", ossia riguardanti posti disponibili e vacanti, con scadenza al termine dell'anno scolastico (31 agosto). I posti in questione sono quelli che risultano effettivamente vacanti entro la data del 31 dicembre e che rimarranno prevedibilmente scoperti per l'intero anno. Per essi, 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. Si tratta, di regola, di posti in sedi disagiate o comunque di scarso gradimento, per i quali non vi sono domande di assegnazione da parte del personale di ruolo. La scopertura di questi posti non è prevedibile, e si manifesta solo dopo l'esaurimento delle procedure di trasferimento, assegnazione provvisoria, utilizzazione di personale soprannumerario e immissione in ruolo; solo allora, verificato che sono rimasti privi di titolare, quei posti possono essere coperti – in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo – mediante l'assegnazione delle supplenze su organico di diritto, dette anche annuali.

V'è, poi, la tipologia delle supplenze annuali cosiddette su "organico di fatto", con scadenza al 30 giugno, cioè, al termine dell'attività didattica. 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.

La terza categoria è quella delle supplenze temporanee, conferite per ogni altra necessità, 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".

In base alla normativa speciale sulla scuola, pertanto, apparirebbe lecito, ed anzi doveroso per le autorità scolastiche, sulla base delle graduatorie, al fine di coprire posti vacanti (supplenze annuali) o posti di fatto disponibili (supplenze temporanee fino al termine dell'anno scolastico) assumere un medesimo lavoratore, siccome collocato in una determinata posizione in graduatoria, ripetutamente da un anno all'altro, senza soluzione di continuità, senza

indicazione delle specifiche ragioni a supporto del termine, per il solo fatto che vi è un posto vacante che sarà coperto in un momento futuro indeterminato cioè in attesa dell'espletamento di procedure concorsuali, ovvero perché persistono stabilmente esigenze di coperture di posti di fatto liberi.

In tal modo un lavoratore potrebbe, senza che ciò costituisca violazione delle norme specifiche di settore, trascorrere tutta la propria vita lavorativa quale "supplente annuale" o quale "supplente temporaneo".

Apparentemente, quindi per il settore della scuola non vale alcuna delle norme limitative dettate al fine di dare attuazione alla citata direttiva comunitaria del 1999.

-3-

Tale conclusione non è ammissibile considerato il carattere vincolante delle disposizioni comunitarie che indicano puntuali condizioni affinché siano tutelati gli interessi ed i diritti dei lavoratori.

L'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, del 28.06.1999, cui ha dato attuazione la Direttiva comunitaria 1999/70/CE, stabilisce, infatti, che gli Stati membri dell'Unione Europea sono tenuti ad introdurre nelle rispettive legislazioni nazionali norme idonee a prevenire ed a sanzionare l'abuso nella successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

In particolare, la clausola n. 2, punto 1, dell'accordo quadro così dispone: *"il presente accordo si applica ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro.*

Con la successiva clausola n. 3 dell'accordo quadro è stato stabilito che: *"1. Ai fini del presente accordo, il termine "lavoratore a tempo determinato" indica una persona con un contratto o un rapporto di lavoro [di durata determinata] definiti direttamente fra il datore di lavoro e il lavoratore e il cui termine è determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico. 2. Ai fini del presente accordo, il termine "lavoratore a tempo indeterminato comparabile" indica un lavoratore con un contratto o un rapporto di lavoro di durata indeterminata appartenente allo*

stesso stabilimento e addetto a [un] lavoro/occupazione identico o simile, tenuto conto delle qualifiche/competenze”.

Ancora, la clausola 4, punto 1, dispone: *“per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive.*

La clausola n. 5 dell'accordo contiene misure di prevenzione degli abusi, prevedendo che: *“per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e delle prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in modo che tenga conto delle esigenze dei settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a:*
a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti”.

La clausola 8 stabilisce, infine, che *“gli Stati membri e/o le parti sociali possono mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nel presente accordo. Il presente accordo non pregiudica ulteriori disposizioni comunitarie più specifiche, in particolare per quanto riguarda la parità di trattamento e di opportunità uomo-donna. L'applicazione del presente accordo non costituisce motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso”* (c.d. clausola di non regresso).

L'art. 5 del d.lgs. n. 368 del 2001, come integrato dall'art. 40 della legge 24.12.2007, n. 247, ha costituito un insieme di regole che appunto mirano ad evitare l'abusivo ricorso al contratto a termine, tra cui quella che impone la conversione del rapporto in rapporto a tempo determinato nel caso in cui una nuova assunzione sia effettuata, senza soluzione di continuità, al termine di un primo rapporto, e quella che fissa nel termine massimo di trentasei mesi il periodo durante il quale il medesimo lavoratore possa essere impiegato in virtù di contratti a termine.

La disciplina del contratto a termine posta dal d.lgs. n. 368/2001 deve ritenersi, in linea generale, applicabile anche ai rapporti alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, con la

sola differenza che, in caso di violazione delle norme imperative in materia, non è possibile la conversione del rapporto, secondo quanto espressamente prevede l'art. 36, comma 5 del d.lgs. n. 368/2001 (nel testo da ultimo risultante per effetto delle modifiche apportate dal d.l. 1.7.2009, n. 78, conv. in legge 3.8.2009, n. 102).

Il citato art. 36, infatti, al comma 1, ribadisce, sotto il profilo delle esigenze di personale, il principio già enunciato dal d.lgs. n. 368/2001, secondo cui di norma, il rapporto di lavoro è a tempo indeterminato. Al successivo comma 2 indica più restrittivamente che per il settore privato, le circostanze in cui può farsi ricorso ad assunzioni a termine: *«Per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti».*

Il legislatore ha quindi fatto espresso riferimento alla disciplina privatistica la quale, salvo le singole disposizioni speciali per il pubblico impiego sopra evidenziate, costituisce la normativa generale per tutti i lavoratori, a prescindere dalla natura pubblica o privata del datore di lavoro.

La applicabilità della direttiva comunitaria a tutti i lavoratori indistintamente è stata affermata senza equivoci dalla Corte di Giustizia (sentenza 4.7.2006 – *Adeneler*, punti 54-57).

Conseguentemente non può non applicarsi, salvo eccezioni debitamente giustificate, la disciplina interna che dà attuazione alla norma comunitaria.

Sulla base di tali considerazioni, deve pervenirsi all'affermazione secondo cui la disciplina dettata specificamente per la scuola non può essere considerata avulsa dal sistema generale della disciplina dei rapporti a termine. Devono cioè interpretarsi complessivamente le norme sui contratti di lavoro a termine in modo tale che non risulti la piena liceità di assunzioni a termine nel settore scolastico in successione, senza soluzione di continuità e per soddisfare un'esigenza connessa con il fabbisogno ordinario dell'amministrazione.

Non è forse inutile rammentare l'insegnamento sul punto della Corte di Giustizia (citata sentenza 4.7.2006 – *Adeneler*).

«108 Si deve ricordare che, nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali devono interpretarlo per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 249, terzo comma, CE (v., segnatamente, sentenza 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer e a., Racc. pag. I-8835, punto 113, e giurisprudenza ivi citata). Tale obbligo di interpretazione conforme riguarda l'insieme delle disposizioni del diritto nazionale, sia anteriori sia posteriori alla direttiva di cui trattasi (v., in particolare, sentenze 13 novembre 1990, causa C-106/89, Marleasing, Racc. pag. I-4135, punto 8, e Pfeiffer e a., cit., punto 115).

109 L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è infatti inerente al sistema del Trattato, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia delle norme comunitarie quando risolve la controversia ad esso sottoposta (v., in particolare, sentenza Pfeiffer e a., cit., punto 114).

110 Certamente, l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione contra legem del diritto nazionale (v., per analogia, sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, Pupino, Racc. pag. I-5285, punti 44 e 47).

111 Il principio di interpretazione conforme richiede nondimeno che i giudici nazionali facciano tutto quanto compete loro, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e pervenire ad una soluzione conforme alla finalità perseguita da quest'ultima (v. sentenza Pfeiffer e a., cit., punti 115, 116, 118 e 119)».

Se, quindi, si ritenesse la disciplina speciale del settore scolastico svincolata dai limiti propri di tutti gli altri rapporti a termine, si dovrebbe giungere alla conclusione che la stessa sia in contrasto insanabile con la disciplina vincolante comunitaria e dovrebbe, quindi, essere disapplicata.

Conseguentemente deve reputarsi che anche per il settore scolastico non sono consentite assunzioni a termine successive in difetto di "ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo

dei suddetti contratti o rapporti” individuate dalle norme di attuazione della disciplina comunitaria.

Le disposizioni di cui al sopra riportato art. 4 della legge 3 maggio 1999, n. 124, affinché siano coerenti con il sistema normativo voluto dal legislatore comunitario, devono essere interpretate nel senso che le assunzioni a termine possono aver luogo o se sono in corso procedure concorsuali e, quindi, sussiste una causa tipizzata dal legislatore che giustifica la copertura provvisoria di posti in organico in attesa appunto della definitiva copertura da parte dei vincitori del concorso in via di espletamento, o se si verificano impreviste fluttuazioni 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 dunque se ricorrono circostanze di fatto di carattere temporaneo che escludono la possibilità di procedere alla assunzione di personale stabile tramite concorso.

In ogni caso, occorre che non vi siano assunzioni in successione salvo che non ricorrano circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività (come ad esempio la particolare natura delle mansioni per l’espletamento delle quali i contratti sono stati conclusi o le caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, il perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro: v. sentenza Corte di Giustizia – *Adeneler*, punti 69-70) altrimenti si perpetua una situazione di precariato teoricamente senza limiti in aperto contrasto con le finalità essenziali della direttiva europea.

Con la citata sentenza *Adeneler* la Corte ha infatti sottolineato la finalità dell’accordo quadro che consiste nel proteggere i lavoratori dall’instabilità dell’impiego, ed il principio generale secondo cui i contratti a tempo indeterminato costituiscono la forma generale dei rapporti di lavoro (cfr. i punti 73-75 della sentenza).

Nelle Considerazioni generali dell’Allegato alla direttiva contenente il testo dell’accordo quadro dalla stessa recepito, al punto 6, si legge *“che i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro e contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorare il rendimento”*, mentre il successivo punto 7 precisa che *“l’utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato basata su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi”*.

Le assunzioni a termine in successione sono ritenute dal legislatore comunitario una potenziale forma di abuso a danno dei lavoratori (cd. abuso da reiterazione), per cui i contratti successivi al primo devono essere sorretti da ragioni oggettive, cioè devono ricorrere determinate circostanze che caratterizzano una attività e che rispondono necessariamente ad esigenze quanto meno temporanee del datore di lavoro, non finalizzate a soddisfare fabbisogni permanenti e durevoli.

Pertanto, le assunzioni non possono aver luogo in successione e tali devono reputarsi quelle che si ripetono nel tempo con intervalli ridotti (si veda sul punto ordinanza della Corte di Giustizia 12 giugno 2008 – Vassilakis, procedimento C- 364/07).

Nella specie, avendo avuto luogo almeno un'assunzione senza soluzione di continuità dopo la prima in assenza di ragioni obbiettive (come ad esempio un motivo nuovo e specifico rispetto a quello generale ipoteticamente posto a fondamento della prima assunzione), ed in particolare ravvisandosi una sostanziale continuità tra le prime due assunzioni di fatto annuali del 2006 e del 2007, deve ravvisarsi per ciò solo violazione di una norma imperativa ed in ogni caso nulla ha dedotto l'Amministrazione convenuta in merito all'eventuale pendenza di procedure concorsuali che sole avrebbero giustificato l'assunzione a termine per l'intero anno scolastico ai sensi dell'art. 4, comma 1 della legge n. 124 del 1999, per cui fin dalla prima assunzione deve ritenersi insussistente il presupposto che in base alla citata legge speciale può giustificare la stipula di un primo contratto a termine "annuale".

Inoltre, la successione di contratti a tempo determinato con la stessa amministrazione per diversi anni consecutivi e per l'intera durata dell'anno scolastico, è comunque significativa di esigenze lavorative stabili, e non temporanee ed eccezionali, con la conseguenza che la successione di contratti deve ritenersi abusiva ai sensi della Direttiva 1999/70/CE.

In altre parole, è assolutamente pacifico che il ricorso alla contrattazione a tempo determinato reiterata anche per lungo tempo è il risultato di una scelta programmatica dell'amministrazione. Il Ministero infatti formula ogni anno delle scelte relative al numero di immissioni in ruolo da effettuare. Sulla base del dato relativo all'organico di diritto, stabilisce quale parte di tale organico deve essere coperto con personale di ruolo e quale parte vada invece coperta con contratti a tempo determinato mediante utilizzo delle graduatorie provinciali permanenti. In altre parole il Ministero pur essendo consapevole di avere l'esigenza

di coprire una determinata quantità di posti di lavoro più o meno costante nel corso degli anni, si riserva la facoltà di coprire con contratti a tempo determinato una quantità notevole di tali posti di lavoro (per l'anno scolastico 2006-2007 il fabbisogno di personale amministrativo era stato quantificato in 249.701 unità di cui si è programmata l'assunzione a tempo determinato di 81.686 unità; per l'anno scolastico 2005-2006 il fabbisogno totale era stato stimato in 247.852 unità di cui è stata programmata l'assunzione a tempo determinato di 74.314 unità). A fronte del ripetersi di tale schema organizzativo appare arduo ritenere che il ricorso a contratti a tempo determinato sia motivato da esigenze particolari e temporanee non prevedibili, poiché al contrario appare evidente che la scelta di coprire una parte cospicua dei posti necessari con contratti a termine anziché con l'assunzione in ruolo è il risultato di una precisa scelta amministrativa programmata e reiterata nel corso del tempo evidentemente mirata a contenere i costi del personale (inferiore per i prestatori di lavoro a termine).

-4-

Secondo quanto ricordato dalla stessa parte ricorrente, la illegittima apposizione del termine non può comportare, nel nostro ordinamento, la costituzione con una pubblica amministrazione di un rapporto a tempo indeterminato, ostandovi il disposto dell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 e, specificamente, per il settore scolastico dell'art. 4, comma 14-bis, l. n. 124/1999.

Tanto sulla scorta, in primo luogo, del principio dell'accesso mediante concorso al pubblico impiego. La Corte Costituzionale, in particolare, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 2, t.u. 165/2001, prospettata in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., ha argomentato dal *"solo profilo genetico del rapporto"*, osservando che il principio dell'accesso mediante concorso, enunciato dall'art. 97, comma 1, Cost. per l'impiego pubblico, è del tutto estraneo alla disciplina del lavoro privato e che tale principio *"rende palese la non omogeneità – sotto l'aspetto considerato – delle situazioni poste a confronto dal remittente e giustifica la scelta del legislatore di ricollegare alla violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori da parte delle amministrazioni pubbliche conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio, in luogo della conversione (in rapporto) a tempo indeterminato prevista per i lavoratori privati"*: la rilevata non omogeneità *"delle situazioni poste a confronto"*, in definitiva, esclude che possa ritenersi violato, dalla norma in questione, il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. La stessa sentenza n. 89/2003 della

Corte Cost., peraltro, rileva che *“seppure lo stesso art. 97, comma 3, Cost., contempla la possibilità di derogare per legge, a miglior tutela dell’interesse pubblico, al principio del concorso, è tuttavia rimessa alla discrezionalità del legislatore, nei limiti della non manifesta irragionevolezza, l’individuazione di siffatti casi eccezionali, senza che alcun vincolo possa ravvisarsi in una pretesa esigenza di uniformità di trattamento rispetto alla disciplina dell’impiego privato”*.

Peraltro l’argomentazione potrebbe essere superata dalla considerazione che la regola costituzionale non risulta in effetti violata, posto che il più volte citato art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dal D.L. n. 112/2008, prevede che anche le assunzioni a termine siano effettuate nel rispetto delle procedure di reclutamento di cui al precedente art. 35.

Ancora, a sostegno del divieto di conversione, oltre al principio della necessità del pubblico concorso, militano ragioni ulteriori, rappresentate dai principi di predeterminazione delle esigenze di lavoro stabile espresse attraverso la pianta organica, di tutela della programmazione finanziaria e di razionalizzazione e controllo della spesa pubblica (cfr. Cass. nn. 6699 e 8229 del 2003; Cass. 10605/04; Cass. 11161/2008).

Il principio del buon andamento si declina così nella specifica espressione del *controllo del costo del lavoro*: il legislatore ha inteso subordinare l’inserimento in pianta stabile nell’organico alla specifica articolazione delle dotazioni organiche, che passano per la verifica degli effettivi fabbisogni (ex art. 6 del d.leg. n. 165 del 2001). Questa prospettiva è esplicita nella giurisprudenza di legittimità citata che, occupandosi del regime delle assunzioni temporanee alle dipendenze degli enti locali, ha apertamente ravvisato nel divieto di conversione in contratto a tempo indeterminato *<<esigenze di risanamento della finanza locale>>*.

La disciplina speciale di cui all’art. 36 t.u. 165/2001 trova il suo fondamento nella differenza strutturale tra il datore di lavoro privato e la pubblica amministrazione datrice di lavoro. Infatti, nella pubblica amministrazione, il dirigente, rappresentante *ex lege* del datore di lavoro, vede delimitati i suoi poteri di rappresentanza delle scelte adottate in sede di indirizzo politico amministrativo circa il dimensionamento e la tipizzazione della dotazione organica della pubblica amministrazione in cui opera e la sua attività non può in alcun modo incidere, modificandole, su tali scelte, che devono ritenersi conosciute e opponibili nei confronti di tutti,

compresi gli stessi lavoratori coinvolti in contratti a tempo determinato eventualmente stipulati dai dirigenti esorbitando i limiti dei loro poteri.

Secondo un'opinione giurisprudenziale, l'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 ed, in particolare, la norma che vieta la conversione del rapporto a tempo indeterminato in caso di violazione delle disposizioni riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori assunti a termine e che riconosce solo il diritto al risarcimento del danno, sarebbe stata abrogata, per incompatibilità, dalle disposizioni generali sul lavoro a tempo determinato introdotte dal successivo d. lgs. n. 368 del 2001. Tale tesi, però, non può essere condivisa non solo perché si pone in palese e manifesto contrasto con il descritto sistema delle fonti nella materia dei contratti a termine stipulati dalla P.A., ma soprattutto, per l'assorbente ed evidente ragione che il citato articolo 36 è stato più volte riscritto dal legislatore, successivamente all'entrata in vigore del d. lgs. n. 368 del 2001, ed, in particolare, con l'art. 3, comma 79, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e con l'art. 49, comma 1, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in legge 6 agosto 2008, n. 133, e, infine, modificato dall'art. 26 del d.l. 1 luglio 2009, n. 78, conv. in legge n. 102 del 3 agosto 2009. I successivi interventi legislativi, nei corso dei quali il comma 5 dell'art. 36 citato non ha subito alcuna modificazione, dimostrano e confermano la perdurante vigenza della norma e, in particolare, del divieto di conversione e del diritto al solo risarcimento del danno in caso di assunzione o impiego di lavoratori in violazione delle disposizioni imperative riguardanti il lavoro a termine. Inoltre, significativa è la previsione dell'art. 70, comma 8, del d. lgs. n. 165 del 2001, la quale è importante non solo e non tanto nella parte in cui afferma che le disposizioni contenute nel decreto legislativo si applicano anche al personale della scuola ma, soprattutto, laddove espressamente mantiene *"ferme le disposizioni di cui all'articolo 21 della legge 15 marzo 1997, n. 59 e del decreto legislativo 12 febbraio 1993, n. 35"* e fa *"salve le procedure di reclutamento del personale della scuola di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 e successive modificazioni ed integrazioni"*.

È stato, però, giustamente osservato che: *"la normativa speciale sulla scuola, rendendo possibile ripetute assunzioni a tempo determinato dello stesso lavoratore, sulla base di graduatorie, per la copertura di posti vacanti (supplenze annuali) o di posti di fatto disponibili (supplenze temporanee fino al termine dell'anno scolastico), senza l'indicazione di specifiche ragioni a supporto del termine ma per la pressante esigenza di assicurare la continuità del servizio con la copertura provvisoria di un posto vacante in attesa dell'espletamento di*

procedure concorsuali future ovvero o di un posto di fatto libero, ha contribuito in modo determinante alla formazione ed al consolidamento di una situazione di precarietà, socialmente rilevante, alla quale lo stesso legislatore del 2009 si era prefissato di dare adeguata soluzione, ben consapevole dell'esistenza di un cospicuo numero di docenti e di personale ATA precari, impiegati, tuttavia, in modo continuativo, di fatto e da molto tempo, proprio per soddisfare stabili e consolidate esigenze dell'amministrazione scolastica. Nonostante ripetuti interventi legislativi, però, il fenomeno del precariato storico non ha ancora trovato soluzione, per cui diventa necessario verificare la compatibilità della scelta del legislatore nazionale di escludere, per il settore della scuola, l'applicazione delle norme limitative di carattere generale emanate per dare attuazione alla direttiva comunitaria del 1999, considerando il carattere vincolante delle disposizioni comunitarie che indicano puntuali condizioni affinché siano tutelati gli interessi e i diritti dei lavoratori" (Trib. Bologna, 22/9/2011).

-5-

Con la citata sentenza *Adeneler* la Corte di Giustizia ha chiarito che la sanzione della conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato non è l'unico possibile mezzo di tutela che uno Stato membro può approntare per assicurare il raggiungimento degli obiettivi posti dalla direttiva, ma è pur necessaria l'adozione di misure dirette a prevenire e contrastare l'utilizzazione abusiva di contratti a termine in successione.

Pertanto, anche se ciascuno Stato può anche non stabilire l'effetto della *conversione*, deve comunque adottare misure concrete, proporzionate ed effettive, volte a contrastare il fenomeno dell'abusivo ricorso alle assunzioni a termine.

Si legge, infatti, nella più volte citata sentenza *Adeneler*, che «91 - *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.* 92 - *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.* 93 - *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.

94 - *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.*

95 - *Anche se le modalità di attuazione di siffatte norme rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, esse non devono tuttavia essere 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) (v., in particolare, sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, Racc. pag. I-4599, punto 12, e giurisprudenza ivi citata)».*

La medesima Corte di Giustizia, con la successiva sentenza del 6 settembre 2006 – *Vassallo* C-180/04, esaminando specificamente la questione relativa alla compatibilità della normativa italiana in materia di divieto di conversione dei rapporti a termine illegittimi intercorsi con pubbliche amministrazioni, ha conclusivamente affermato che *“l'accordo quadro dev'essere interpretato nel senso che non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale che esclude, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi ultimi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per quanto riguarda i contratti e i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato, qualora tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico”* (punto 42).

Anche la sentenza *Marrosu –Sardino* (procedimento C-53/04), di pari data, ha sottolineato che l'art. 5 punto 2 dell'accordo quadro, recepito dalla Direttiva, 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 le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi, ma lascia agli Stati un certo margine di discrezionalità in

materia (cfr. punto 47). 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 (vietando solo per quest'ultimo la conversione in un contratto a tempo indeterminato), purchè l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro preveda, in tale settore, un'altra misura effettiva per evitare, ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato stipulati in successione.(cfr. punto 49).

La Corte ha, poi, ribadito 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, a meno che il diritto nazionale già non preveda misure equivalenti. Il diritto comunitario, nel caso di specie, non prevede sanzioni specifiche, di tal che, qualora siano stati comunque accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte ad una simile situazione, misure che devono rivestire un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro (cfr. punti 50 e 51). *Le modalità di attuazione di siffatte norme attengono all'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, ma tuttavia non devono essere 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; cfr. punto 52).*

Dello stesso tenore è la più recente sentenza *Kiriaki* del 23.4.2009.

Passando alle ultime pronunce della Corte europea in ordine di tempo, con riguardo al principio di non discriminazione, la Corte ha altresì affermato nella sentenza 19 gennaio 2010 – *Kucukdeveci* (procedimento C- 555/07 riguardante peraltro altro caso, ed in particolare la Direttiva 2000/78/CE in punto di discriminazione in base all'età), che il giudice nazionale deve disapplicare, se necessario, qualsiasi disposizione nazionale contraria al principio comunitario di parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro.

Nella sentenza 24 giugno 2010 *Sorge* (procedimento C- 98/09), ha precisato che la clausola 8, n. 3 (clausola di non regresso) dell'accordo quadro è priva di efficacia diretta, sicchè spetta al giudice del rinvio, qualora ritenesse di concludere per l'incompatibilità con il diritto dell'Unione della normativa nazionale, non escluderne l'applicazione, bensì operarne per quanto possibile, un'interpretazione conforme sia alla direttiva 1999/70, sia allo scopo perseguito dal citato accordo .

Nell'ordinanza 1 ottobre 2010 *Affatato* (procedimento C- 3/2010), avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta, ai sensi dell'art. 267 del Trattato dell'Unione Europea, dal Tribunale di Rossano, la Corte di Giustizia ha ribadito che la clausola 5 dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui all'art. 36 comma 5 del d. legs. 30 marzo 2001, n. 165, 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 in questione, 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 di diritto interno configurino uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, sanzionare il ricorso abusivo da parte della pubblica amministrazione a contratti o rapporti di lavoro stipulati in successione. Le misure previste dalla normativa nazionale, quale quella italiana, al fine di sanzionare il ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna, né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione.

Nell'ordinanza 11 novembre 2010 – *Vino* (procedimento C-20/2010), avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 267 del Trattato UE, dal Tribunale di Trani con decisione 23 novembre 2009, infine, la Corte ha ribadito che la clausola 3, punto 1, dell'accordo quadro, come si ricava chiaramente dal suo titolo e dal suo disposto, si limita, a definire la nozione di «*lavoratore a tempo determinato*» e a designare, in tale cornice, l'elemento caratteristico di un contratto a tempo determinato, vale a dire la

circostanza che la cessazione di un contratto siffatto sia determinata da «condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico» (cfr. punto 61, nonché anche, in questo senso, la sentenza 18 dicembre 2008, causa C 306/07, Ruben Andersen, Racc. pag. I 10279, punto 45).

Viceversa, come giustamente sostenuto dalla Commissione europea, questa clausola non impone agli Stati membri nessun obbligo relativamente alle norme di diritto nazionale applicabili alla conclusione di un primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato (cfr. punto 62).

In sintesi, da quanto finora illustrato, dalla giurisprudenza comunitaria sul tema emerge che:

- 1) la clausola 4 punto 1 dell'accordo quadro (che vieta in generale e 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) è incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale: ha, pertanto, una efficacia orizzontale e in caso di contrarietà della norma nazionale con la stessa, il giudice dovrà disapplicare la disposizione di diritto interno incompatibile;
- 2) ciò, però, non si verifica per la clausola 5, punto 1 dell'accordo quadro, la quale assegna agli Stati membri un obiettivo generale, consistente nella prevenzione dell'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato, pur lasciando ad essi la scelta dei mezzi per conseguirlo;
- 3) da ciò consegue che la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro non comporta alcun obbligo incondizionato e sufficientemente preciso che possa essere invocato, in assenza di misure di trasposizione adottate nei termini, da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale;
- 4) il giudice nazionale, quindi, può in questo ultimo caso solo interpretare il diritto interno, per quanto possibile, alla luce del testo e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima, ma certamente non può procedere alla disapplicazione della norma di diritto interno;
- 5) alla luce di quanto sopra esposto, deve pervenirsi alla conclusione che la vigente legislazione nazionale sulle assunzioni a tempo determinato nell'amministrazione scolastica deve essere applicata in sintonia con le clausole 4, punto 1, e 5 dell'Accordo quadro, nella interpretazione fornita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Poiché dunque, come si è detto, apparentemente le disposizioni nazionali di recepimento dei principi comunitari limitativi dell'utilizzo in successione di contratti a tempo determinato non si applicano direttamente alla materia della scuola, bensì si interpreta la disciplina della scuola alla luce dei principi comunitari in materia, le conclusioni della presente pronuncia non mutano in ragione della recente emanazione del decreto legge 13 maggio 2011 n. 70, il quale, al comma 18 dell'art. 9, così recita: *"all'articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dopo il comma 4 e' aggiunto il seguente: "4-bis. Stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui alla legge 3 maggio 1999, n. 124, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato. In ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-bis, del presente decreto."*

Si tratta, infatti, come si è detto, di dare del sistema inteso nella sua interezza una interpretazione conforme al diritto comunitario, per come si è venuto illustrando finora, di tal che dalla diretta applicabilità del D.Lgs. n. 368/2001 si può tranquillamente prescindere, tanto più che il citato art. 36 del D.Lgs. n. 165/2001 preclude la conversione dei contratti a tempo determinato in tutta la pubblica amministrazione, sanzione tipica, nel rapporto di lavoro tra privati, della violazione delle norme in commento.

Secondo la Corte, come si è detto, l'articolo 36 D.Lgs. n. 165/2001 non può considerarsi di per sé in contrasto con la normativa comunitaria. Il contrasto tuttavia si configurerebbe nel caso in cui la sanzione prevista dall'ordinamento interno, nell'ipotesi di abuso del contratto a tempo determinato, debba ritenersi inadeguata. Tale sarebbe una sanzione che non costituisse una deterrente sufficiente a dissuadere la P.A. dal stipulare contratti a termine sequenziali di fatto utilizzandoli per instaurare un vero e proprio rapporto a tempo indeterminato. La valutazione in ordine all'adeguatezza della sanzione viene rimessa dalla Corte di Giustizia al giudice nazionale. Conclusione, quest'ultima, ribadita dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia nella sentenza del 15.4.2008 sulla legislazione Irlandese (Caso *Impact*). La domanda di

pronuncia pregiudiziale verteva sull'interpretazione delle clausole 4 e 5 dell'accordo quadro nonché sull'estensione dell'autonomia procedurale degli stati membri e sulla portata dell'obbligo di interpretazione conforme gravante sui giudici di questi ultimi. La Corte di Giustizia aveva modo di ribadire che il contenuto della clausola 4 appariva incondizionato e sufficientemente preciso per poter essere invocato da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale; negava che il contenuto della clausola 5 fosse sufficientemente preciso per attuare la protezione minima prevista dall'accordo quadro; affermava che in virtù degli artt. 10 e 249 trattato CE e della direttiva del 99 un'autorità di uno stato membro non era autorizzato, comunque, ad adottare misure contrarie all'obiettivo perseguito dalla direttiva per la prevenzione dell'abuso di contratto e cioè il rinnovo per un periodo inabitualmente lungo nel corso del periodo compreso fra il termine fissato per il recepimento e quello della entrata in vigore della legge nazionale; ribadiva, richiamando l'art. 136 trattato CE, che nella determinazione sia degli elementi costitutivi della retribuzione sia del livello di tali elementi debba applicarsi ai lavoratori a tempo determinato il principio di non discriminazione consacrato dalla clausola 4 dell'accordo quadro: ciò attraverso una interpretazione adeguatrice che ha aggirato l'espressa esclusione prevista dall'art. 137 Trattato, riaffermando la valenza superiore del principio di non discriminazione e la conseguente impossibilità di escludere, dalle pattuizioni contrattuali, un adeguato livello retributivo. Ha ribadito, quindi, quanto recentemente affermato dalla sentenza 13.9.2007 sulla legislazione spagnola sopra richiamata.

Al fine di far sì, pertanto, che il risarcimento dei danni previsto dall'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 abbia i caratteri individuati dalla Corte di Giustizia, deve ritenersi che al lavoratore che sia stato illegittimamente assunto a termine e che non possa vedere accertata la natura a tempo indeterminato del rapporto di lavoro, spetti un risarcimento che insieme sia adeguato ristoro del danno costituito dalla impossibilità di fruire di una occupazione stabile alle dipendenze della pubblica amministrazione, possibilità invece attribuita ai dipendenti di aziende private assunti a termine illegittimamente, e contemporaneamente costituisca una valida misura dissuasiva contro l'abusivo ricorso alle assunzioni a termine.

Certamente sotto questo profilo ritiene questo Giudice che non sia applicabile il parametro offerto dall'art. 32, comma V°, della 183/2010 che prevede *"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” essendo una indennità che comunque si accompagna alla conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato. Viene alla mente l’indennità prevista dall’art. 4 bis del D. Lgs. 368/2001 (quello introdotto con il D.L. 112/2008) ed alla sentenza della Corte Costituzionale n.214/2009 nel caso di risarcimenti previsti in limiti così contenuti (il richiamo in quel caso era *tout court* alla norma di cui all’art. 8 della l.604/66).

Ancora meno convincente la strada seguita dal Tribunale di Rossano nella pronuncia del 13 giugno 2007, che, in relazione appunto ad un caso in cui l’amministrazione aveva fatto ricorso all’apposizione del termine per l’impossibilità di procedere ad assunzioni ordinarie in conseguenza del blocco delle assunzioni previsto dalle leggi finanziarie succedutesi nel tempo, ha ritenuto che:

- la norma speciale contenuta nell’art. 36 del d.leg. n. 165 del 2001 comporti la risoluzione legale del contratto a tempo indeterminato;
- non si possa applicare l’art. 1338 c.c., giacché l’art. 36 sembra riconoscere sempre il risarcimento;
- al risarcimento del danno contemplato dall’ultimo comma dell’art. 36 vada riconosciuta natura contrattuale
- e, in conseguenza, ne ha ragguagliato la quantificazione alle retribuzioni maturate nel periodo di tempo mediamente necessario per ricercare una nuova occupazione stabile tenuto conto di zona geografica, età, sesso e titolo di studio degli interessati.

La soluzione è stata del resto bocciata dal giudice d’appello (Corte d’Appello Catanzaro, 1.4.2010), secondo cui il riferimento al tempo medio necessario è connotato da alea eccessiva, perché privo di un concreto riferimento alla posizione del singolo lavoratore interessato, alla sua storia professionale, all’effettività della ricerca di una nuova occupazione ed al tempo concretamente necessario per l’effettiva assunzione.

Neanche si ritiene di aderire a quel filone giurisprudenziale il quale, rimanendo nei circoscritti ambiti della nozione nazionale di risarcimento del danno, che ha per il nostro ordinamento interno funzione solo riparatoria e ,di regola, mai funzione sanzionatoria, (non essendo codificata la categoria dei c.d. danni punitivi presenti invece negli ordinamenti di *Common Law*), ha ricondotto il danno alle comuni categorie civilistiche, con specifici obblighi di deduzione e di prova dei danni concretamente riportati, giungendo al rigetto della domanda in mancanza del tempestivo adempimento a tali oneri.

In particolare questa giurisprudenza (es. Tribunale di Trapani 2 dicembre 2008) riconduce la sanzione risarcitoria prevista nel settore pubblico in caso di illegittimo ricorso al contratto a termine, alla regola generale del *neminem laedere* stigmatizzata dall'art. 2043 c.c.. A una tale liquidazione del danno consegue l'applicazione dei criteri di quantificazione dello stesso dettati dal codice civile, con una specificazione dello stesso in termini di perdita subita e di mancato guadagno. Questa ricostruzione comporta che il lavoratore sia gravato dall'onere di provare il pregiudizio subito, la violazione in cui è incorsa l'amministrazione ed il nesso causale che lega la violazione al danno, con la conseguenza che nessun risarcimento potrà essere riconosciuto qualora il dipendente non sia in grado di fornire una simile dimostrazione.

Questa riconduzione del risarcimento ai soli schemi della responsabilità civile di diritto interno, dal punto di vista concreto, crea enormi difficoltà in capo al dipendente leso, il quale si deve cimentare con oneri di allegazione e prova al limite della c.d. "prova diabolica", atteso che deve allegare e provare, ad esempio, che, a causa del termine illegittimamente apposto al proprio contratto, ha perduto la possibilità di conseguire un posto di lavoro a tempo indeterminato, atteso che, se fosse stato bandito il relativo concorso, avrebbe avuto serie "chance" di superarlo. Questa impostazione del problema ha poi la pecca di non tenere in alcun conto della nozione del danno a livello comunitario, e delle connotazioni che il risarcimento deve avere, secondo la Corte di Giustizia, in questa materia, e cioè: 1) effettiva efficacia dissuasiva; 2) comportare conseguenze non di minore favore rispetto al settore privato (principio di equivalenza); 3) non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività). La conseguenza che ne deriva, quindi, è che, aderendo a tale filone interpretativo, la normativa italiana in materia di ricorso abusivo a contratti a termine con la P.A. si palesa non conforme alla Direttiva, con conseguente illegittimità costituzionale dell'art. 36, comma 5 D.Lgs. 165/01 laddove interpretato in questo senso.

In una precedente pronuncia questo Giudice aveva aderito ad altra soluzione (cfr. ad es. Tribunale di Treviso, 14.4.2010), in base alla quale <<il danno risarcibile debba essere individuato con riferimento ai periodi lavorati da considerarsi soggetti non al regime (illegittimo) del contratto a tempo determinato di fatto applicato, ma a quello (legittimo) del contratto a tempo indeterminato. Tale danno quindi andrà individuato calcolando la differenza tra quanto effettivamente percepito dal lavoratore e quanto lo stesso avrebbe percepito

qualora fosse stato da subito inquadrato quale lavoratore a tempo indeterminato ossia con l'assunzione in ruolo. Il calcolo dovrà essere fatto con riferimento a tutti gli istituti influenti sulla retribuzione, calcolando quindi anche l'effetto dell'incremento retributivo determinato dall'anzianità di servizio>> (è il cd. criterio della ricostruzione della carriera): soluzione quest'ultima, che se, sotto il profilo teorico, appare scevra da censure non sembra, tuttavia, garantire, nei suoi esiti applicativi, un reale effetto dissuasivo conducendo, nella maggior parte dei casi, a forme di ristoro poco più che simboliche.

-8-

Conclusivamente, discostandosi, come già in molte precedenti pronunce, dall'orientamento precedentemente adottato con la propria sentenza 8 novembre 2010, questo giudice ritiene di condividere l'orientamento che si richiama all'art. 18, comma 5, legge 300/70, in quanto il ricorrente ha ad oggi perso un posto di lavoro che avrebbe dovuto essere stabile: ciò sia in relazione al requisito dimensionale che sicuramente ricorre, sia perché la Corte di Giustizia europea impone che la sanzione dello Stato debba avere necessariamente carattere deterrente per evitare gli abusi dell'utilizzo dei contratti a termine.

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

Si tratta dunque, in altri termini, di individuare una modalità di applicazione della disposizione di cui all'art. 2126 c.c. che afferma la risarcibilità del danno derivante da una prestazione di lavoro effettuata in violazione di norme imperative.

Del resto anche l'art. 36, comma 5 del D.Lgs. n. 165/2001, nella sua attuale formulazione, prevede che: *"In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha*

diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative”.

<<Diversamente da quanto statuito da altre sentenze di merito [Tribunale Genova, 14 dicembre 2006 in Riv. Dir. Lav. 2008, II, 446 e segg.], però, si individua il risarcimento in 15 mensilità della retribuzione globale di fatto e non in 20 della medesima: infatti all'interno di queste 20 mensilità, l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori distingue cinque a titolo di risarcimento per le retribuzioni maturate dopo il licenziamento e fino alla sentenza, mentre le altre quindici sono proprio il “valore” (ovviamente indicativo e convenzionale) del posto di lavoro, poiché rappresentano le mensilità che il dipendente può chiedere in alternativa alla reintegrazione.

Poiché nel caso di specie, visti i sopra citati articoli 36 d.lgs. 165/01 e comma 14 bis all'art. 4 legge 124/99 il rapporto di lavoro è sicuramente interrotto al momento della scadenza del termine finale, non v'è ragione per riconoscere le cinque mensilità che presupporrebbero la continuazione dello stesso fino alla sentenza, ma esclusivamente condannare la Pubblica Amministrazione a risarcire il danno pari alla perdita dell'occupazione che, come detto, la legge del 1970 fissa in quindici mensilità» (Trib. Torino, 11 gennaio 2011, Giudice Mollo; cfr. anche Tribunale di Siena, 27 dicembre 2010, Giudice Cammarosano).

Del resto la valutazione in venti mensilità, se da un lato può apparire più tranquillizzante in termini di adeguatezza della tutela, sconta una eccessiva modellazione su una realtà posta in dubbio dal principio di non trasformazione del rapporto.

Nella specie, quindi, se non appare possibile riconoscere il risarcimento con il criterio e nella misura richiesta in quanto mancano specifiche allegazioni da cui possa desumersi che la parte ricorrente abbia risentito di danni patrimoniali e non patrimoniali conseguenti alla prestazione di lavoro di fatto temporaneo, tuttavia, può riconoscersi il danno nella misura pari alla inferiore somma, rispetto a quella richiesta, corrispondente a quindici mensilità di retribuzione, avendo comunque parte ricorrente chiesto un risarcimento conseguente alla illegittima apposizione dei termini alle assunzioni evidenziando la perdita della possibilità di fruire delle potenzialità offerte dal fatto di godere di una stabile posizione di lavoro e quindi, di una migliore qualità della vita.

Simile misura può ritenersi soddisfacente dei requisiti di "adeguatezza" della sanzione, cioè di carattere sufficientemente effettivo e dissuasivo, e di "equivalenza" ed "effettività" secondo i ricordati lineamenti comunitari.

Il riferimento all'indennità risarcitoria di cui all'art. 18 st.lav., inoltre, esonerando la parte ricorrente dall'allegare e provare in giudizio il verificarsi del danno stesso (e dunque in tal modo differenziandosi da quanto avviene nel caso di tutela risarcitoria di diritto comune, in cui per altro dall'ammontare del danno accertato potrebbe doversi detrarre, ove eccepito e documentato, il cd. *aliunde perceptum*), ha l'ulteriore ed innegabile pregio di non rendere troppo difficile per la parte ricorrente "l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario", e dunque di rispettare il principio di effettività evocato, ancora una volta, dalla citata sentenza Adeneler (al punto 95).

In particolare sembra in questi casi da escludere la rilevanza dell'*aliunde perceptum*, atteso che quest'ultimo istituto ha ragione di sussistere là ove viene in gioco un effettivo accertamento del danno secondo i criteri classici, e non ove si proceda ad una quantificazione di tipo indennitario, di tal che, mescolare i due istituti dà quale conseguenza un meccanismo di quantificazione del danno ibrido, non presente nel nostro ordinamento (l'art. 18 comma 4 L. 300/70 infatti non lo prevede).

Nella specie quindi, in applicazione dell'art. 36 del d.lgs. 165/2001, alla parte ricorrente deve riconoscersi, in luogo della (inammissibile) conversione del rapporto, una indennità risarcitoria parametrata, in via equitativa, all'ammontare di quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto dalla stessa percepita.

Non altro è possibile riconoscere a titolo risarcitorio, in mancanza di specifiche allegazioni da cui possa desumersi che la ricorrente abbia risentito di danni patrimoniali e non patrimoniali ulteriori a quelli testé liquidati in conseguenza della prestazione di lavoro di fatto temporaneo.

È, in particolare, carente la dimostrazione della effettività di un danno-conseguenza, *id est* di un pregiudizio (non patrimoniale) ontologicamente apprezzabile e causalmente riconducibile alla perpetrata violazione, come richiesto alla luce dell'indirizzo interpretativo più rigoroso espresso dalla Corte Suprema (pregiudizio che va fondato sulla natura non meramente emotiva ed interiore propria del danno morale e che da quest'ultimo si distingue, come più volte precisato dalla S.C., per la oggettiva accertabilità del pregiudizio attraverso la prova di

scelta di vita e professionali diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso denunciato).

Nel ricorso il risarcimento pare collegarsi semplicemente alla mancata ricostituzione del rapporto, che non è possibile a norma dell'art. 36 cit., mentre nulla osserva in ordine al danno "derivante dalla prestazione di lavoro" indicato nel citato articolo, o in merito ad eventuale perdita di chance, in riferimento, ad esempio, alla perdita di altre occasioni lavorative presentatesi nel medesimo periodo.

Sul relativo importo, pur riconosciuto come premesso a titolo risarcitorio, devono essere però corrisposti i soli interessi nella misura legale (in difetto di domanda volta ad ottenere anche la rivalutazione monetaria) dalla data della domanda al soddisfo.

-9-

In applicazione del principio stabilito dall'art. 92, 2° comma, c.p.c. nella sua attuale formulazione successiva alla modifica apportata dall'art. 45, comma 11°, L. 69/2009 (applicabile *ratione temporis* alla causa in esame, introdotta con ricorso depositato successivamente al 4.7.2009), considerato che ricorrono "gravi ed eccezionali ragioni" – in considerazione della novità delle questioni esaminate e della sussistenza di contrasti di giurisprudenza – le spese della causa ben possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il giudice del lavoro, visti gli artt. 429 e 442 c.p.c., definitivamente pronunciando nella causa in epigrafe, disattesa ogni diversa istanza ed eccezione ed in parziale accoglimento della domanda proposta da [REDACTED] con ricorso depositato il 9.9.2011, così provvede:

dichiara illegittima la reiterazione dei contratti a termine stipulati con la ricorrente;

condanna il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca al pagamento, in favore della ricorrente, di una indennità risarcitoria pari all'ammontare di quindici mensilità dell'ultima

retribuzione globale di fatto dallo stesso percepita, oltre ad interessi legali dal 9.9.2011 al soddisfo;

compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

Roma, 1° febbraio 2012

Il giudice

Maria Giulia Cosentino