



TRIBUNALE DI TRANI

Sezione Lavoro

REPUBBLICA ITALIANA - IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

SENTENZA

nella causa iscritta al numero 2406/2011 R.G. presso la Sezione Lavoro
del Tribunale di Trani in data 22/4/2011 e vertente

TRA

La sig.ra [REDACTED] rappresentata e difesa dagli
Avv.ti G. Berloco e S. Grisorio,

parte ricorrente,

E

Il M.I.U.R. (Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca),
l'Ufficio Scolastico Regionale per la Puglia, nelle persone dei rispet-
tivi legali rappresentanti legali pro tempore, domiciliati ope legis in Bari
alla Via Melo n. 97, presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato,

parte resistente;

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato il 22.4.2011, la ricorrente, premesso di lavorare
alle dipendenze del MIUR, come docente, fino ad oggi in servizio con-
tratto a tempo determinato stipulato con l'amministrazione scolastica
fin dal settembre 2001, da ultimo presso l' S.M. " E. Fieramosca " di
Barletta; 2) che, per effetto di tali negozi, ha prestato servizio dal set-
tembre 2001, a tutt' oggi; 3) che la sequenza contrattuale intervenuta,
sarebbe illegittima, in quanto contraria – per le ragioni meglio indicate
nell'atto introduttivo - alla normativa interna e comunitaria dettata in te-
ma di contratti a tempo determinato; 4) di avere, pertanto, diritto alla
conversione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro o, in via su-
bordinata, al risarcimento del danno a causa della abusiva reiterazione
dei contratti a termine.

Le Amministrazioni convenute, costitutesi in giudizio a mezzo
dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato, hanno eccepito, in rito, il difetto
di giurisdizione del giudice del lavoro – per avere, a loro avviso, giuri-
sdizione il T.A.R., trattandosi di questione di "accesso all'impiego e di

N° 5240/11 Sent.
N° 2406/2011 R.G.L.
N° _____ Cron.

costituzione di rapporto di lavoro" – e, nel merito, l'infondatezza della domanda attorea. Eccepcionano altresì l'incompetenza funzionale e per materia del diritto tribunale, con relativa istanza di mutamento del rito ai sensi dell'articolo 427 del codice di procedura civile, nonché la prescrizione di ogni diritto ai sensi dell'articolo 2948 del codice civile ed infine la inammissibilità e l'infondatezza delle eventuali domande concernenti il periodo di servizio antecedenti la data del 10 luglio 2001.

All'udienza odierna, ritenuta la causa matura per la decisione, la causa è stata discussa e decisa con sentenza contestuale.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso è fondato e va, pertanto, accolto.

I. Ancor prima di esaminare il merito della controversia, va disattesa l'eccezione di difetto di giurisdizione formulata dalla parte pubblica, in quanto, nella fattispecie in esame, la contesa ha ad oggetto la gestione di un rapporto di lavoro già in atto ed è, quindi, fuor di luogo parlare di atti che precedono l'instaurazione del rapporto.

A tal proposito, è utile ricordare che la riserva di giurisdizione prevista dall'art. 63 del D.L.gs. n. 165 del 2001 riguarda solo ed esclusivamente le procedure concorsuali strumentali alla costituzione del rapporto di lavoro.

Le Sezioni Unite della Cassazione, proprio in una vicenda nella quale si discuteva della trasformazione di un rapporto di lavoro pubblico da tempo determinato a tempo indeterminato, ha avuto modo di chiarire che, *"in materia di pubblico impiego privatizzato, competono alla giurisdizione del g.o. le controversie relative alla stabilizzazione a domanda del personale non dirigenziale di cui all'art. 1 comma 520 l. n. 296 del 2006, già in servizio a tempo determinato per aver sostenuto procedure selettive di tipo concorsuale, dovendo intendersi per controversie <relative all'assunzione> del personale ai sensi dell'art. 63 d.lg. n. 165 del 2001 anche quelle, non concorsuali, volte alla costituzione di un rapporto stabile con la p.a."* (Cass., S.U., n. 16041/2010).

Più specificamente, per il giudice di legittimità - poiché l'art. 63 del D.Lgs. 165/2001, *"da una parte, attribuisce esplicitamente alla giurisdizione ordinaria le controversie inerenti al <diritto all'assunzione> (comma 1)"* e *"dall'altra, riserva alla giurisdizione amministrativa la cognizio-*

ne delle controversie relative alle <procedure concorsuali di assunzione> (comma 4)" - "la pretesa alla stipulazione di un contratto di lavoro pubblico si colloca nell'area dei diritti soggettivi e delle obbligazioni che l'amministrazione assume con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro (art. 4, D.Lgs. cit.), mentre la contestazione inerente ad un procedimento concorsuale di assunzione ha ad oggetto la tutela di un interesse legittimo e l'esercizio del potere pubblico attribuito all'amministrazione di individuare il soggetto ammesso alla stipula del contratto". In vero, nel caso in esame, il ricorrente non mira a costituire ex novo un rapporto di pubblico impiego prima inesistente bensì chiede applicarsi la normativa che prevede, in caso di legittima reiterata stipulazione dei contratti a termine, la declaratoria di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato che nei fatti e secondo le assunzioni di parte attorea sarebbe già esistente. Si deve concludere che tutte le volte in cui il dipendente pubblico lamenti situazioni giuridiche soggettive illegittimamente lese da atti emanati dalla pubblica amministrazione in veste di datore di lavoro privato, la giurisdizione ad esaminare le stesse appartiene all' AGO, pertanto correttamente la controversia in esame è stata incardinata dinanzi al giudice ordinario.

Sempre in via preliminare va esaminata l'eccezione di incompetenza funzionale del giudice adito sollevata dall'amministrazione resistente per effetto della quale la stessa chiede disporsi il mutamento di rito in quanto individua nel petitum della causa un'azione di risarcimento di natura extracontrattuale da cui deriverebbe la competenza del giudice ordinario. Anche tale eccezione risulta priva di fondamento e va pertanto rigettata. Il ricorso in esame infatti è rivolto ad accertare l'illegittimità della condotta del datore di lavoro pubblico attuata nei confronti del lavoratore ricorrente in virtù della quale lo stesso chiede che ne scaturiscano tutte le conseguenze di legge, in particolare, la conversione dei contratti, e/o la nullità parziale della clausola del termine e, solo di conseguenza, la condanna al risarcimento per responsabilità contrattuale. L'amministrazione resistente commette l'errore di individuare quale elemento determinante la competenza dell'uno o dell'altro giudice, il petitum della causa mentre invece lo stesso è notoriamente determinato dalla causa pretendi dedotta in giudizio. L'articolo 409 del codice di procedura civile

infatti afferma che sono devolute al giudice del lavoro i giudizi relativi a rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici e altri rapporti di lavoro pubblico, sempre che non siano devoluti dalla legge ad altro giudice. Sempre in via preliminare va esaminata l'eccezione di prescrizione. Tale eccezione presenta notevoli profili di genericità. Inoltre la pretesa fatta valere da parte ricorrente muove dal suo diritto ad un corretto inquadramento giuridico, per il quale vige il regime ordinario della prescrizione decennale. Comunque, anche a prescindere da ciò, per quanto riguarda il dies a quo per il decorso della prescrizione stessa nel caso in esame, non può omettersi di richiamare la sentenza della suprema corte numero 10.813 del 17 maggio 2011 nella quale si sancisce che nel caso in cui il diritto fatto valere in giudizio trovi fondamento giuridico in una direttiva comunitaria (1999/70/CEE) e nel caso intervenga un atto legislativo di adempimento (decreto legislativo 368/2001) che adempia tale obbligo solo parzialmente, il corso della prescrizione per i soggetti esclusi non inizia, perché la residua condotta di inadempimento, sul piano soggettivo, continua a cagionare in modo permanente il danno e quindi a giustificare l'obbligo risarcitorio.

Per quanto riguarda inoltre l'eccezione di inammissibilità delle domande concernenti periodi antecedenti il 10 luglio 2001, la stessa si palesa di difficile comprensibilità e comunque la sequenza di contratti a termine sottoscritti tra il ministero resistente all'odierno ricorrente e, ripetuta nel tempo, fino all'anno scolastico indicato in atti, pertanto, la pretesa vantata in giudizio prende le mosse da un diritto sorto nell'attualità, il cui dies a quo si ripete e si rinnova ad ogni sottoscrizione di contratto a termine.

II. Passando al merito della causa, va premesso che non è contestato (e, comunque, è documentato *per tabulas*), che la ricorrente ha prestato servizio, alle dipendenze del M.I.U.R., come docente, fino ad oggi in servizio con contratto a tempo determinato stipulato con l'amministrazione scolastica fin dal settembre 2001, da ultimo presso la S. M. " E. Fieramosca " di Barletta; 2) che, per effetto di tali negozi, ha prestato servizio dal 2001 al 2011 per ben 10 anni.

Se la ricorrente fosse stata dipendente di un'impresa "privata", le conseguenze di tale incredibile reiterata sequela contrattuale, in forza del

D. Lgs. 368/2001, sarebbero state talmente ovvie che nessuno avrebbe contestato il suo buon diritto ad essere "stabilizzata", in quanto – a parte la mancata indicazione, nei documenti negoziali, delle ragioni legittimanti l'apposizione del termine – la ripetuta sottoscrizione dei contratti di cui si discute sarebbe stata di per sé sufficiente, per un verso, a documentare l'esistenza, nella specie, di esigenze "strutturali" e per nulla provvisorie e, per altro verso, il palese abuso di tale tipologia contrattuale da parte del datore di lavoro.

Sennonché, vista la natura "pubblica" dell'amministrazione convenuta, la soluzione del caso di specie appare ben più complessa, se non altro per la difficoltà di individuare e di coordinare fra loro le disposizioni che disciplinano il contratto di lavoro a tempo determinato nel pubblico impiego e, in particolare, nella scuola pubblica.

Come sarà più chiaro quando si sarà ricostruito il quadro normativo di riferimento, certo non può dirsi che la raffica degli interventi del legislatore "scolastico" brillino per chiarezza e per coerenza, in quanto danno l'idea di qualcosa di "raffazzonato", di disposizioni messe insieme alla meglio, in modo frettoloso e casuale, più per correggere errori e sviste del passato che non per dar vita ad un complessivo ed organico disegno normativo.

La stessa diversità dei percorsi motivazionali seguiti dalla giurisprudenza di merito per negare o per riconoscere, in tutto o in parte, il diritto dei precari pubblici alla conversione del loro rapporto di lavoro ne sono la più chiara evidenza.

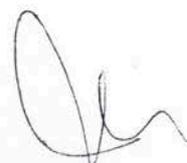
III. Nella ricostruzione del quadro normativo di riferimento, appare utile ricordare che il contratto di lavoro a tempo determinato è attualmente disciplinato dal D.Lgs. 368/2001, che - nel dare esecuzione alla legge comunitaria n. 422 del 29.12.2000 (che aveva delegato il Governo ad emanare le norme occorrenti per dare attuazione alla direttiva n. 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES) – all'art. 11 ha espressamente abrogato "la legge 18 aprile 1962, n. 230, e successive modificazioni, l'articolo 8-bis della legge 25 marzo 1983, n. 79, l'articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, **nonché tutte le disposizioni di**

legge ...comunque incompatibili", quantunque "non sono espressamente richiamate nel presente decreto legislativo".

Per quanto riguarda il pubblico impiego, ancor prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 368/2001, l'art. 36 del D. Lgs. n. 165 del 30.3.2001 prevedeva, al 1° comma, che "le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale di cui ai commi precedenti", potessero 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" e che dovessero essere "i contratti collettivi nazionali ...a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, in applicazione di quanto previsto dalla legge 18 aprile 1962, n. 230, dall'articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, dall'articolo 3 del decreto legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, dall'articolo 16 del decreto legge 16 maggio 1994, n. 299, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1994, n. 451, dalla legge 24 giugno 1997, n. 196, nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina".

Al secondo comma, l'art. 36 cit. si preoccupava di aggiungere che, "in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non" avrebbe potuto "comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione" e che "il lavoratore interessato" avrebbe avuto (solo) "diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative".

In considerazione della diversità dei contenuti delle due discipline (soprattutto con riferimento alle conseguenze dell'illegittimo utilizzo del contratto a tempo determinato), all'indomani dell'entrata in vigore del D. Lgs. 368/2001, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, ci si è posti il problema se la novella avesse "abrogato" l'art. 36 del D. Lgs. 165/2001 e, se no, come fosse possibile coordinare le due disposizioni di legge, visto l'espresso divieto di conversione del rapporto previsto per il pubblico impiego.



Sul punto, questo giudice ritiene che se, da un lato, è fuori discussione la persistente vigenza dell'art. 36 cit. (non foss'altro perché, come vedremo, il legislatore, continuando ad intervenire sui suoi contenuti anche successivamente all'entrata in vigore del D. Lgs. 368/2001, ha di fatto riconosciuto di non averlo mai inteso abrogare), dall'altro, non può nemmeno essere contestata l'applicabilità al pubblico impiego del D. Lgs. 368/2001, considerato che, a prevederlo, è lo stesso art. 36 del D. Lgs. 165/2001 (che, nella sua attuale formulazione, al 2° comma, stabilisce che, *"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, ... in applicazione di quanto previsto dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, ..."*).

Il problema, allora, è solo (ovviamente, si fa per dire) quello di stabilire come le disposizioni in questione possano e debbano coordinarsi fra loro.

A tal proposito, ritiene la scrivente che, dal combinato disposto del D.Lgs. 368/2001 e dell'art. 36 del D. Lgs. 165/2001, per effetto del divieto contenuto in quest'ultima disposizione, *"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"*, avendo, *"il lavoratore interessato"*, *"diritto (solo) al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative"* (quali quelle contenute nel D.Lgs. 368/2001).

Fatto sta, però, che il quadro normativo, alla fine dell'anno 2007, si è venuto parzialmente a modificare, posto che la legge 24.12.2007, n. 247¹, all'art. 1, comma 40, ha stabilito che, all'art. 5 del D. Lgs. 368/2001, dovesse essere aggiunto il comma 4-bis, che così dispone: *"ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti e fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi"*

¹ successivamente modificato dall'art. 2, comma 2, del D.L. 25.6.2008, n. 112, a sua volta modificato, in sede di conversione, dalla legge 6.8.2008, n. 133

stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2".

In forza di tale disposizione, il legislatore ha lasciato invariato il quadro normativo con riferimento alle conseguenze dell'eventuale "violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni", ma ha novellato il sistema, stabilendo che "il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato", qualora, pure in presenza di proroghe e di rinnovi legittimi, "abbia complessivamente superato i trentasei mesi".

Per completezza di disamina, va aggiunto, sul punto – perché, come vedremo, rileverà nel caso di specie - che l'art. 1, comma 43, della legge 247/07 ha anche dettato una disciplina transitoria, in ragione della quale, "in fase di prima applicazione", "a) i contratti a termine in corso alla data di entrata in vigore della presente legge continuano fino al termine previsto dal contratto, anche in deroga alle disposizioni di cui al comma 4-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dal presente articolo" e "b) il periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della presente legge (lo) si" può computare, "insieme ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di cui al citato comma 4-bis, decorsi quindici mesi dalla medesima data".

Da ciò deriva che - per effetto del combinato disposto dell'art. 5, comma 4-bis del D. Lgs. 368/2001 e dell'art. 1, comma 43, della legge 247/07 - nell'ipotesi in cui si volesse tener conto dei periodi lavorati anteriormente al 1° gennaio 2008 (data di entrata in vigore della L. 247/2007), il **giorno a partire dal quale, per effetto del superamento del termine dei trentasei mesi, "il rapporto di lavoro si (può) considera(re) a tempo indeterminato ai sensi del comma 2", è quello del 1° aprile 2009.**

Com'è evidente, con la disposizione di cui all'art. 5, comma 4-bis, del D. Lgs. 368/2001 – che è stata dettata all'evidente scopo di adeguare la normativa interna a quella comunitaria² e di porre un limite all'utilizzo dei contratti a tempo determinato, in modo da evitare che il lavoratore possa rimanere "precario a vita" - il legislatore ha fissato un arco temporale, oltre il quale "il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato" indipendentemente dalla legittimità o meno del termine e, quindi, dall'indagine circa l'eventuale violazione delle disposizioni legali e contrattuali disciplinanti tale tipologia contrattuale.

In sostanza, la novità dell'art. 5, comma 4-bis, cit., è data dal fatto che ciò che assume rilevanza ai fini della conversione del rapporto non è l'illegittimità del termine (che, al massimo, come si è visto, considerata la limitazione di cui all'art. 36 del D. Lgs. 165/2001, consentirebbe al pubblico dipendente di ottenere un risarcimento del danno), ma il fatto che, pure in presenza di contratti legittimi (e cioè rispettosi delle norme che disciplinano il lavoro a termine), "il rapporto di lavoro" possa essere considerato "a tempo indeterminato", "qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro".

E che la trasformazione del rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 5, comma 4-bis, del D.Lgs. 368/2001, non sia la conseguenza di alcuna violazione di legge e ne prescinda, anzi, del tutto, è data dal fatto che, non a caso, l'art. 32 della L. 183/2010, ha esteso i termini decadenziali di cui all'art. 6 della L. 604/1966 solo "all'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e successive modificazioni, con termine decorrente dalla scadenza del medesimo", e non anche a quella con la quale venga richiesta la conversione del rapporto per l'avvenuto superamento del termine dei 36 mesi.

² ed in particolare alla Clausola n. 5, lett. b, della Direttiva 1999/70/CE, in tema di contratto a termine

Se questo è vero – e a giudizio di questo giudice lo è – ne discende che, una volta escluso che, nel pubblico impiego, il contratto di lavoro a tempo determinato possa essere trasformato in un rapporto a tempo indeterminato, quale conseguenza dell'illegittimità del termine (ostandovi espressamente l'art. 36 del D. Lgs. 165/2001), compito dell'interprete è quello di stabilire se la disposizione di cui all'art. 5, comma 4-bis (che, come si è sottolineato prescinde dai vizi del contratto), possa trovare applicazione nei rapporti con le Pubbliche Amministrazioni (e, quindi, provocare la riqualificazione del rapporto) o se vi sia una qualche (altra) norma che lo impedisca.

A tal proposito, la scrivente ritiene, innanzitutto, opportuno sottolineare come il riconoscimento al lavoratore pubblico precario del diritto alla conversione del rapporto (quale conseguenza, *tout court*, del superamento del termine dei 36 mesi) non possa trovare impedimento nell'art. 36 del D.Lgs. 165/2001 (ed anzi trovi indiretta conferma in questa disposizione di legge), visto che, al comma 5-bis, il legislatore ha dettato delle deroghe solo ai commi 4-quater³, 4-quinquies⁴ e 4-sexies⁵ dell'art. 5 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 (limitandone l'applicabilità "*esclusivamente al personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b), del ...decreto*" n. 165/2001), disinteressandosi del tutto del comma 4-bis e lasciando, così, chiaramente intendere che il limite dei trentasei mesi, previsto da quest'ultima norma, sia applicabile anche ai rapporti di lavoro a termine con le pubbliche amministrazioni, senza limitazione alcuna.

Che il legislatore, del resto, con specifico riferimento ai contratti a tempo determinato nel pubblico impiego, si sia limitato, con l'art. 36, co. 5, del D. Lgs. 165/2001, a vietare la conversione del rapporto nel solo ca-

³ per il quale "il lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine presso la stessa azienda, abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi ha diritto di precedenza, fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine"

⁴ per il quale "il lavoratore assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali ha diritto di precedenza, rispetto a nuove assunzioni a termine da parte dello stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali"

⁵ per "il diritto di precedenza di cui ai commi 4-quater e 4-quinquies può essere esercitato a condizione che il lavoratore manifesti in tal senso la propria volontà al datore di

so in cui ci sia stata la “violazione di disposizioni imperative” e non anche quando sia stato semplicemente superato il limite temporale dei 36 mesi, è ampiamente dimostrato dal fatto che, mentre nel primo caso il termine è nullo (proprio perché c'è stata la violazione di norme imperative), nel secondo, invece, mancando la “violazione”, non c'è “nullità” del termine, tant'è vero che, ai sensi dei commi 4-bis e 2 dell'art. 5 del D. Lgs. 368/2001, il rapporto “si considera a tempo indeterminato dalla scadenza” dei trentasei mesi e non già *ab origine*.

Tale conclusione è stata assai di recente asseverata dalla C.G.E, che, nell'ordinanza del 1° ottobre 2010 (resa nella causa C-3/10 - Franco Afatato c/ Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza) – riprendendo alcuni suoi precedenti arresti, ha definitivamente chiarito che:

- “*affinché una normativa nazionale che vieta in via assoluta, nel 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*” (punto 42);

- “*la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro impone agli Stati membri, onde prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure enumerate in tale disposizione, qualora il diritto nazionale non preveda già misure equivalenti*” (punto 43);

- “*le misure così elencate nella citata clausola 5, punto 1, lett. a)-c), in numero di tre, attengono, rispettivamente, a ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo di tali contratti o rapporti di lavoro, alla durata massima totale degli stessi contratti o rapporti di lavoro successivi ed al numero dei rinnovi di questi ultimi*” (punto 44);

- “*quando, come nel caso di specie, il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche nel caso in cui siano stati comunque accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un*

lavoro entro rispettivamente sei mesi e tre mesi dalla data di cessazione del rapporto di lavoro”

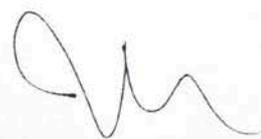
carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro" (punto 45);

- "benché, in mancanza di una disciplina dell'Unione in materia, le modalità di attuazione di siffatte norme attengano all'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, esse non devono essere tuttavia meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficilè l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)" (punto 46);

- "quando si sia verificato un ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, si deve poter applicare una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso ed eliminare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione. Infatti, secondo i termini stessi dell'art. 2, primo comma, della direttiva 1999/70, gli Stati membri devono «prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla [detta] direttiva»" (punto 47).

Quel che più conta, però, di detta ordinanza è che la CGE, ai fini della decisione, ha preso atto del fatto – rimanendone condizionata – che, "nelle sue osservazioni scritte il governo italiano" aveva "sottolineato, ..., che l'art. 5 del d. lgs. n. 368/2001, quale modificato nel 2007, al fine di evitare il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico", aveva "aggiunto una durata massima oltre la quale il contratto di lavoro" era "ritenuto concluso a tempo indeterminato ..." (punto 48), giungendo, anche per questo, ad affermare che "una disciplina nazionale siffatta potrebbe soddisfare i requisiti ricordati nei punti 45-47 della presente ordinanza" (punto 49).

Ciò, a giudizio di questo giudice, è da considerarsi una ulteriore (e qualificata) conferma dell'applicabilità dell'art. 5, comma 4-bis, del D. Lgs. 368/2001 al pubblico impiego, essendo stata proprio (e, comunque, anche) questa previsione normativa a condizionare la C.G.E. nel far sì che ritenesse la "disciplina nazionale" rispettosa dei "requisiti ricordati nei punti 45-47 della presente ordinanza", stante il suo "carattere non sol-



tanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo”, tale da “garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell’accordo quadro” e da rassicurarla circa il fatto che non si fosse in presenza di disposizioni “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)”.

Del resto, dal punto di vista sistematico, non è irrilevante ricordare che l’art. 5, comma 4-ter, del D. Lgs. 368/2001 ha previsto una deroga a quanto stabilito dal precedente comma 4-bis (stabilendo che “*le disposizioni di cui al comma 4-bis non trovano applicazione nei confronti delle attività stagionali definite dal decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525, e successive modifiche e integrazioni, nonché di quelle che saranno individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative*”), a dimostrazione del fatto che il legislatore, quando ha voluto escluderne l’applicazione, lo ha detto *expressis verbis*.

Questa conclusione, non solo è coerente con (e non viola) la normativa comunitaria, ma ha anche il pregio di rispettare il contenuto precettivo dell’art. 97, comma 3, Cost., posto che, nel caso di specie, la deroga al principio costituzionale (secondo cui “*agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso*”) trova legittimità in una norma di legge e, quindi, può farsi tranquillamente rientrare nei “*casi stabiliti dalla legge*” che la l’art. 97 cit. fa espressamente salvi.

Senza contare, sul punto, che **l’assunzione della ricorrente è anche la legittima conseguenza del suo posizionamento nella graduatoria provinciale permanente (dalla quale l’Amministrazione scolastica attinge non solo il personale da assumere a termine, ma anche quello a tempo indeterminato), sicché appare fuor di luogo sostenere il divieto di conversione del contratto, per la violazione del principio del pubblico concorso.**

E’ stata, del resto, la stessa Corte Costituzionale, nella sentenza n. 41/2011, a ricordare che, “*per quanto attiene alla disciplina relativa al*

reclutamento del personale docente, il decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado), agli artt. 399, 400 e 401 stabiliva che l'accesso ai ruoli del personale docente dovesse avvenire mediante concorsi per titoli ed esami e mediante concorsi per soli titoli, riservando ad ognuno di essi annualmente il 50 per cento dei posti destinati alle procedure concorsuali.

Successivamente, con l'art. 1 della legge 3 maggio 1999, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico), il legislatore ha modificato il suddetto reclutamento mediante la soppressione del concorso per soli titoli (art. 399) e la trasformazione delle relative graduatorie in permanenti, periodicamente integrabili (art. 401).

Per effetto della intervenuta modifica l'accesso ai ruoli oggi avviene per il 50 per cento dei posti mediante concorsi per titoli ed esami (ex art. 399) e, per il restante 50 per cento, attingendo dalle graduatorie permanenti (ex art. 401).

A tali fini l'amministrazione, dopo aver determinato per ogni triennio la effettiva disponibilità di cattedre, indice i relativi concorsi su base regionale per un numero pari alla metà di esse (art. 400).

Gli idonei non vincitori di tali concorsi vengono fatti confluire nelle graduatorie provinciali permanenti che vengono utilizzate dall'amministrazione scolastica per l'attribuzione, da un lato, dell'ulteriore metà delle cattedre individuate nel senso sopra indicato e, dall'altro, per conferire supplenze annuali e temporanee per mezzo delle quali i docenti acquisiscono ulteriore professionalità.

Le graduatorie permanenti, ora ad esaurimento, sono, poi, periodicamente integrate mediante l'inserimento dei docenti che hanno superato le prove dell'ultimo concorso regionale per titoli ed esami e di quelli che hanno chiesto il trasferimento da una provincia ad un'altra. Contemporaneamente all'integrazione, ossia all'introduzione di nuovi candidati, viene naturalmente aggiornata la posizione di coloro i quali sono già presenti in graduatoria e che, nelle more, hanno maturato ulteriori titoli (art. 401).

Dal quadro normativo sopra riportato si evince che la scelta operata dal legislatore con la legge n. 124 del 1999, istitutiva delle graduatorie per-

manenti, è quella di **individuare i docenti cui attribuire le cattedre e le supplenze secondo il criterio del merito.**

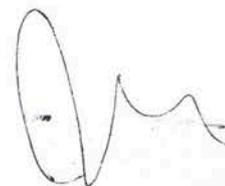
Ed invero, l'aggiornamento, per mezzo dell'integrazione, delle suddette graduatorie con cadenza biennale, ex art. 1, comma 4, del decreto legge 7 aprile 2004, n. 97 (Disposizioni urgenti per assicurare l'ordinato avvio dell'anno scolastico 2004-2005, nonché in materia di esami di Stato e di Università), convertito, con modificazioni, dalla legge 4 giugno 2004, n. 143, è finalizzato a consentire ai docenti in esse iscritti di far valere gli eventuali titoli precedentemente non valutati, ovvero quelli conseguiti successivamente all'ultimo aggiornamento, così da migliorare la loro posizione ai fini di un possibile futuro conferimento di un incarico".

IV. Per quanto, come si è visto, l'applicabilità della norma di cui all'art. 5, comma 4-bis, sia fuori discussione con riferimento al pubblico impiego in generale – e ad ulteriore conferma può richiamarsi anche l'art. 2, comma 6, del D.L. n. 225/10⁶ (convertito, senza modificazioni sul punto, dalla Legge n. 10/2011) – rimane pur sempre da chiedersi, però, se, nel settore della "scuola", non vi siano delle disposizioni che impediscano la trasformazione del rapporto con i precari anche in presenza del superamento del termine dei 36 mesi e che, addirittura, mandino esente l'Amministrazione datoriale dall'obbligo di rispetto dell'art. 36 del D. Lgs. 165/2001, creando, a suo favore, una sorta di zona franca.

Sul punto, è bene partire dal fatto che l'ottavo comma dell'art. 70 del D. Lgs. 165/2001, pur facendo "salve le procedure di reclutamento del personale della scuola di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 e successive modificazioni ed integrazioni", riconosce comunque che "le disposizioni del presente decreto si applicano al personale della scuola", in tal modo confermando l'applicabilità, anche a questo settore, del D. Lgs. 165/2001 e del D. Lgs. 368/2001.

Il problema, allora, è ancora una volta quello di verificare la compatibilità del principio di cui all'art. 5, comma 4-bis, del D. Lgs. 368/2001, con il sistema delle regole dettate per l'assunzione del personale della scuola,

⁶ che ha espressamente "deroga(to) ...la normativa vigente", dichiarando inapplicabile al personale del Ministero dell'Interno assunto ai sensi dell'art. 1, comma 1, dell'ordinanza del Presidente del Consiglio 29 marzo 2007, n. 3576", "quanto stabilito dall'art. 5 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368"



o - se la si vuole porre in altro modo - di accertare se, in questo settore, esista una qualche disposizione specifica che vieti la trasformazione del rapporto di lavoro anche quando i contratti a tempo determinato (ed i relativi rapporti) si siano protratti oltre i trentasei mesi.

Ebbene, come opportunamente ricordato, in una recente sentenza, dal Tribunale di Napoli, solo nel 2009, il legislatore si è premurato di dettare "per lo specifico settore della Scuola ...una disposizione ostativa alla conversione", stabilendo, all'art. 1 del D.L. 25.9.2009, n. 134⁷, che, "all'articolo 4 della legge 3 maggio 1999, n.124, dopo il comma 14" fosse "aggiunto, in fine, il seguente: «14-bis. I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, **non possono in alcun caso trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato e consentire la maturazione di anzianità utile ai fini retributivi prima della immissione in ruolo.**»".

In fase di conversione, detta disposizione è stata modificata dalla L. 24.11.2009, n. 167 nei seguenti termini:

*"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.**"*

E' chiaro che se l'impedimento alla conversione del rapporto, in caso di superamento del termine dei 36 mesi, fosse stato rinvenibile già nell'art. 36 del D. Lgs. 165/2001, la novella (sia nella formulazione originaria che in quella di cui alla legge di conversione) non avrebbe avuto alcun senso, potendo, il legislatore, per impedire la conversione dei rapporti di lavoro a termine dei dipendenti della scuola, già contare su quella disposizione di legge (in quanto applicabile a tutte le amministrazioni pubbliche).

⁷ pubblicato sulla G.U. n.223 del 25.9.2009 e, quindi, entrato in vigore nello stesso giorno

In realtà, il comma 14-bis, aggiunto all'articolo 4 della legge 3 maggio 1999, n.124 – prevedendo che “i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, ..., non possono in alcun caso trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato” e, dopo la legge di conversione, che “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 ...”, ha certamente dettato una nuova “regula”, posto che, per la prima volta, ha escluso categoricamente che, nella scuola, possa esservi conversione del rapporto (ivi inclusa, ovviamente, quella disciplinata dall'art. 5, comma 4-bis, del D. Lgs. 368/2001) quale conseguenza della stipula di contratti a tempo determinato.

Detto divieto assoluto di conversione, **non potendo partire che dall'entrata in vigore della novella, non può certamente impedire, però, che si considerino a tempo indeterminato quei rapporti il cui limite temporale dei 36 mesi sia stato superato prima della “fatidica” data del 25 settembre 2009.**

Ancor più di recente, il legislatore, **con il decreto legge 13.5.2011, n. 70** (recante “*disposizioni urgenti per l'economia*”)⁸, avendo aggiunto “*all'articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368*” il comma 4 bis (a mente del quale “*sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA*” e “*in ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-bis, del presente decreto*”), non solo ha ribadito l'inapplicabilità, nella scuola, dell'art. 5, comma 4 bis, del D. Lgs. 368/2001, ma **ha esteso – ovviamente con decorrenza dal momento della sua entrata in vigore (e cioè del 13 maggio 2011) - quell'inapplicabilità all'intero corpus del D. Lgs. 368/2001.**

E ciò risulta ancor più chiaro nella legge n. 106 del 12 luglio 2011⁹ - con cui è stato convertito il decreto legge n. 70/2011¹⁰ - che, all'art. 9, co.

⁸ pubblicato sulla G.U. n. 110 del 13 maggio 2011

⁹ pubblicato sulla G.U. n. 160 del 12 luglio 2011

¹⁰ a mente della quale “*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 all'articolo 40, comma 1, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, all'articolo 4, comma 14-bis, della legge 3 maggio 1999, n. 124, e all'articolo 36, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati*

18, ha richiamato espressamente l'articolo 4, comma 14-bis, della legge 3 maggio 1999, n. 124 (che, come abbiamo già visto, è entrato in vigore a partire dal 25 settembre 2009), a dimostrazione del fatto che **solo da questa data** (mancando, per il periodo precedente, una norma dal contenuto analogo), **non è più possibile l'applicazione, nella scuola, dell'art. 5, comma 4-bis, del D. Lgs. 368/2001.**

Così, per quel che qui rileva, riepilogando quanto innanzi esposto, a giudizio di questo Tribunale, si deve ritenere che - per effetto del combinato disposto dell'art. 5, comma 4 bis, del D. Lgs. 368/2001 (introdotto, nel nostro ordinamento, a partire dal 1° gennaio 2008, dalla legge 247/07), del comma 43 dell'art. 1 della L. n. 247/07¹¹ e dell'art. 4, comma 14-bis, della legge 3 maggio 1999, n. 124 (entrato in vigore il 25.9.2009) - i precari della scuola che hanno titolo per richiedere che il loro rapporto sia considerato a tempo indeterminato sono **solo quelli che, alla data del 1° aprile 2009¹² e fino al 24.9.2009, abbiano lavorato per almeno trentasei mesi, laddove, invece, quelli che abbiano conseguito tale anzianità di servizio dopo il 25.9.2009, per espres-**
sa previsione normativa, non possono più beneficiarne.

V. Passando dai principi di diritto al fatto, la ricorrente, poiché (come risulta provato agli atti di causa), dopo l'entrata in vigore della L. 247/07 (e cioè successivamente al 1° gennaio 2008), ha sottoscritto un nuovo contratto di lavoro a termine per il periodo 1.9.2008 – 30.6.2009 e, nel periodo pregresso, ha cumulato periodi lavorativi di gran lunga eccedenti i 36 mesi, ha diritto a beneficiare della previsione di cui all'art. 5, comma 4-bis, del D. Lgs. 368/2001, **ma solo a partire dall'1.4.2009.**

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.»

¹¹ in forza del quale, "in fase di prima applicazione delle disposizioni di cui ai commi da 40 a 42: a) i contratti a termine in corso alla data di entrata in vigore della presente legge continuano fino al termine previsto dal contratto, anche in deroga alle disposizioni di cui al comma 4-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dal presente articolo; b) il periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della presente legge si computa, insieme ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di cui al citato comma 4-bis, decorsi quindici mesi dalla medesima data".

¹² e cioè decorsi quindici mesi dall'entrata in vigore dell'art. 5, comma 4 bis, del D.Lgs. 368/2001

VI. Ribadito che, nel caso di specie, la ricorrente ha diritto alla conversione del rapporto non già per effetto dell'accertamento dell'illegittimità dei termini apposti ai suoi contratti di lavoro (perché, se così fosse stato, avrebbe avuto diritto solo al risarcimento del danno), ma per il fatto di aver prestato servizio per più di trentasei mesi, **quanto alle conseguenze economiche**, considerato che la ricorrente ha avanzato anche una domanda risarcitoria (che ha come suo presupposto, ai sensi del comma 5 dell'art. 36 del D. Lgs. 165/2001, la "violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori"), questo Tribunale non può esimersi dall'accertare la sussistenza di eventuali vizi dei contratti di lavoro, perché, pur essendo irrilevanti ai fini della conversione del rapporto, rilevano invece ai fini risarcitori.

Sul punto, appare opportuno ricordare che le "supplenze" del personale della scuola sono disciplinate dall'art. 4 del D.Lgs. n. 124/99¹³, che, per quel che qui rileva, dispone quanto segue:

"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.

¹³ per l'attuazione del presente articolo, si veda il D.M. 25 maggio 2000, n. 201 ("Regolamento recante norme sulle modalità di conferimento delle supplenze al personale docente ed educativo ai sensi dell'art. 4 della legge 3 maggio 1999, n. 124")

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

4.

5. Con proprio decreto da adottare secondo la procedura prevista dall'art. 17, commi 3 e 4, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Ministro della pubblica istruzione emana un regolamento per la disciplina del conferimento delle supplenze annuali e temporanee nel rispetto dei criteri di cui ai commi seguenti.

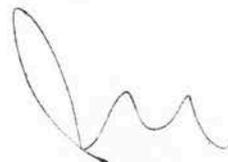
6. Per il conferimento delle supplenze annuali e delle supplenze temporanee sino al termine delle attività didattiche si utilizzano le graduatorie permanenti di cui all'art. 401 del testo unico, come sostituito dal comma 6 dell'art. 1 della presente legge.

7. Per il conferimento delle supplenze temporanee di cui al comma 3 si utilizzano le graduatorie di circolo o di istituto. I criteri, le modalità e i termini per la formazione di tali graduatorie sono improntati a principi di semplificazione e snellimento delle procedure con riguardo anche all'onere di documentazione a carico degli aspiranti.

8. Coloro i quali sono inseriti nelle graduatorie permanenti di cui all'art. 401 del testo unico, come sostituito dal comma 6 dell'art. 1 della presente legge, fatto salvo quanto previsto dall'art. 40, comma 2, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, hanno diritto, nell'ordine, alla precedenza assoluta nel conferimento delle supplenze temporanee nelle istituzioni scolastiche in cui hanno presentato le relative domande. Per gli istituti di istruzione secondaria e artistica la precedenza assoluta è attribuita limitatamente alle classi di concorso nella cui graduatoria permanente si è inseriti.

9. I candidati che nei concorsi per esami e titoli per l'accesso all'insegnamento nella scuola elementare siano stati inclusi nella graduatoria di merito ed abbiano superato la prova facoltativa di accertamento della conoscenza di una o più lingue straniere hanno titolo alla precedenza nel conferimento delle supplenze sui posti i cui titolari provvedono all'insegnamento di una corrispondente lingua straniera.

10. Il conferimento delle supplenze temporanee è consentito esclusivamente per il periodo di effettiva permanenza delle esigenze di servi-



zio. La relativa retribuzione spetta limitatamente alla durata effettiva delle supplenze medesime.

11.

12.

13.

14.

14-bis. I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, possono trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato solo nel caso di immissione in ruolo, ai sensi delle disposizioni vigenti e sulla base delle graduatorie previste dalla presente legge e dall'articolo 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e successive modificazioni¹⁴.

Ebbene, a giudizio di questo Tribunale, **tale disciplina dei contratti a termine (rectius: delle supplenze) nella scuola, salvo che per il periodo che va dal 1° gennaio 2008 (data di entrata in vigore della L. 247/2007 e, quindi, dell'art. 5, comma 4-bis, del D. Lgs. 368/2001) al 24.9.2009 (giorno che precede l'entrata in vigore del D.L. n. 134/2009), deve ritenersi non in linea con la normativa comunitaria.**

A tal proposito, è bene ricordare, infatti, che, ai sensi della Clausola 5 della Direttiva 1999/70/CE, "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 della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse", avrebbero dovuto "introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che" si tenesse "conto delle esigenze di 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;

¹⁴ comma aggiunto dall'art. 1, comma 1, del D.L. 25.9.2009, n. 134, come modificato, in sede di conversione, dall'articolo 1 della Legge 24 novembre 2009, n. 167

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.*

Fatto sta che, nonostante il contenuto della direttiva comunitaria, **nel settore scolastico non è mai stato fissato "il numero (massimo) dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti" e, salvo che per la breve parentesi di cui si è detto¹⁵, non è stata neppure prevista una "durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi"**.

A ciò va aggiunto che, nonostante la pacifica applicabilità - quantomeno fino al 12.5.2011¹⁶ - del D. Lgs. 368/2001, nei documenti negoziali sottoscritti dalla ricorrente non sono mai state indicate le "*ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti*".

Da ciò consegue, per un verso, che il quadro normativo interno non sempre è stato rispettoso della normativa comunitaria e, per altro verso, che i contratti di lavoro a termine sottoscritti dalla ricorrente, al di fuori del periodo che va dal 1° gennaio 2008 al 25.9.2009 (per il quale, in ragione dell'applicabilità dell'art. 5, comma 4-bis, del D. Lgs. 368/2001, risulta rispettata la misura "*antiabuso*" di cui alla Clausola 5, lett. b, della Direttiva comunitaria), sono tutti illegittimi in quanto carenti delle "*ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti*", e di quelle "*di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*", richieste dall'art. 1 del D. Lgs. 368/2001.

Quanto alle conseguenze economiche di siffatte "*violazioni*" – stante l'avvenuta "*conversione*" del rapporto di lavoro – va detto che l'art. 32, co. 5, della L. 183/2010 (sulla cui legittimità si è in attesa di conoscere il pronunciamento del Giudice delle leggi), impone a questo giudice di liquidare, a titolo risarcitorio, "*un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima*

¹⁵ nella quale, in virtù dell'art. 5, comma 4-bis, del D.Lgs. 368/2001, si è premurato di fissare, in ossequio alla direttiva comunitaria, "*la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi*"

¹⁶ e cioè fino al giorno prima dell'entrata in vigore del decreto legge 13.5.2011, n. 70, che, modificando l'"*articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368*", ha formalmente e definitivamente escluso "*dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA*"

retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604" e cioè "al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti".

Ebbene, tenuto conto di tali criteri e del fatto che la ricorrente è stata costretta a sottoscrivere numerosissimi contratti a tempo determinato, anche per supplenze annuali, nell'arco temporale successivo al marzo 2001 e fino alla data di deposito del ricorso (maturando così un'anzianità di servizio pari a circa 10 anni), si stima equo liquidare – in suo favore - un'indennità nella misura massima pari a 12 mensilità.

Tale indennità appare certamente "*congrua*", sia perché, ove mai questo giudice avesse dovuto liquidare il danno secondo il "*diritto vivente*" in vigore prima dell'entrata in vigore dell'art. 32 della L. 183/2010, dovendo tenere conto dell'atto di messa in mora (che, nello specifico, manca), avrebbe dovuto liquidare un importo addirittura inferiore e sia perché – in considerazione della durata pressoché continuativa del rapporto di lavoro - l'unico danno che la ricorrente può aver ricevuto è quello relativo alla sua condizione di "*precaria*" (che non le ha consentito di poter pianificare – per un arco temporale così ampio - la vita sua e della sua famiglia).

VII. In conclusione, il rapporto di lavoro per cui è causa va convertito a tempo indeterminato con decorrenza dal 1° aprile 2009 e il MIUR va condannato a corrispondere alla ricorrente "*un'indennità onnicomprensiva*" pari a 6 "*mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto*".

Alla soccombenza conseguono le spese di lite liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il giudice del Tribunale di Trani, sezione lavoro, definitivamente decidendo, così provvede:

a) accoglie la domanda e, per l'effetto dichiara che il rapporto di lavoro tra la ricorrente e il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca deve essere "*considera(to) a tempo indeterminato*", ai sensi dell'art. 5, comma 4-bis, del D. Lgs. 368/2001, con decorrenza dal 1° aprile 2009;

- b) dichiara la nullità del termine apposto a tutti i contratti di lavoro sottoscritti *inter partes* sotto la vigenza del D. Lgs. 368/2001;
- c) ordina al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in persona di chi legalmente lo rappresenta, di riammettere immediatamente in servizio la ricorrente e di risarcirle il danno in misura pari ad "un'indennità onnicomprensiva" di 12 "mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto", maggiorata degli accessori di legge;
- d) condanna il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in persona di chi legalmente lo rappresenta, al pagamento delle spese e competenze di lite, che liquida in € 2.500,00, oltre al rimborso delle spese generali, all'IVA e al CAP.

Trani, 24/10/2011

Il G.L.

Dr.ssa Maria Antonietta La Notte Chirone

DEPOSITATO ALL'UDIENZA

DEL

24/10/11

IL CANCELLIERE
(Firma del cancelliere)