



**TRIBUNALE DELL'AQUILA
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

452/12
676/11
2262/12

Il Giudice del lavoro, dott. Anna Maria TRACANNA, all'udienza del 27 giugno 2012, nella causa di lavoro in primo grado iscritta al n. 676/11 R.G.A.C.L., vertente

TRA

 elettivamente domiciliato in Pizzoli (AQ) presso lo studio dell'avv.to Gabriele Catarinacci, dal quale è rappresentato e difeso in virtù di procura a margine del ricorso introduttivo

RICORRENTE

E

MINISTERO dell'ISTRUZIONE, dell'UNIVERSITA' e della RICERCA in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso ex lege dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, nei cui uffici domicilia in L'Aquila

RESISTENTE

~~Definitivamente~~ pronunciando ha emesso, mediante lettura della stessa, la seguente

SENTENZA

1. Dichiarare la illegittimità dei contratti a termine stipulati in successione tra parte ricorrente e il Ministero dell'Istruzione successivamente al 10 luglio 2001, e per l'effetto condanna l'amministrazione convenuta al pagamento in favore di del risarcimento del danno in misura pari a venti mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita, oltre interessi legali dalla scadenza dell'ultimo contratto fino al soddisfo;
2. Rigetta la domanda per la conversione del rapporto a tempo indeterminato;
3. Compensa tra le parti le spese di lite

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato in data 17 ottobre 2011, il ricorrente, con qualifica professionale di docente, ha dedotto che ha stipulato plurimi e successivi contratti di lavoro a tempo determinato con il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca - Ufficio Scolastico Provinciale di L'Aquila, per i periodi specificamente indicati nel ricorso, che la ripetuta sottoscrizione dei contratti di lavoro a tempo determinato ha illegittimamente impedito la stabilizzazione del rapporto di lavoro, che in particolare l'originario contratto a tempo determinato ha costituito il primo di una lunga serie, tutti in violazione della normativa vigente in materia - nazionale e comunitaria - essendo stati conclusi per sopperire ad esigenze lavorative non transitorie e ad un fabbisogno durevole della scuola. Ha aggiunto inoltre di aver sempre percepito, nel corso degli anni, la retribuzione base mensile prevista dal CCNL di riferimento, senza vedersi mai riconoscere l'aumento periodico per ogni biennio di insegnamento prestato. Ha agito pertanto in giudizio nei confronti dell'amministrazione convenuta, in via principale:



1. per sentir dichiarare, in via principale, la nullità del termine di durata apposto al primo contratto di lavoro e ai successivi contratti con conseguente conversione del contratto a termine in contratto di lavoro a tempo indeterminato e riammissione in servizio della parte ricorrente nel posto di lavoro e nelle medesime mansioni,
2. per sentir condannare il Ministero al risarcimento del danno derivante dalla illegittima apposizione del termine di durata al rapporto di lavoro da commisurarsi alle retribuzioni globali di fatto maturate, oltre interessi in subordine,
3. per sentir condannare l'amministrazione al risarcimento ai sensi dell'art. 36 D. Lvo n. 165/01 in misura pari a 20 mensilità, oltre interessi.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione convenuta contestando ogni avversa pretesa, eccependo la prescrizione e comunque concludendo per il rigetto delle domande.

Sono state acquisite d'ufficio le schede estrapolate dalla banca dati del SIDI (sistema informatico del MIUR), previa verifica in contraddittorio tra le parti della esattezza dei dati relativi a ciascun dipendente) e, all'odierna udienza, la causa è stata discussa e decisa mediante lettura della presente pronuncia.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente va rilevato che le domande svolte, in particolare quelle aventi ad oggetto il diritto all'assunzione, non comportano l'accertamento di situazioni giuridiche soggettive fondate su procedure concorsuali finalizzate all'assunzione medesima, unica materia riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo, per cui va affermata, con riguardo al contenzioso in esame, la giurisdizione del giudice ordinario.

Nel merito, appare quanto mai opportuna la ricostruzione del quadro normativo di riferimento, che, per il settore scolastico, non può che prendere le mosse dal D. Lvo n. 297/94 (T.U. in materia di istruzione per le scuole di ogni ordine e grado).

L'art. 399 del richiamato TU nel testo originario prevedeva, per l'accesso in ruolo del personale della scuola, il sistema del cosiddetto "doppio canale" secondo il quale il 50% dei posti annualmente disponibili doveva essere riservato al concorso per soli titoli, e quindi a coloro che, essendo in possesso della necessaria abilitazione all'insegnamento avessero maturato esperienza lavorativa nel settore. Detto meccanismo è stato modificato dalla L.n. 124/99 con la quale sono state rese permanenti le graduatorie relative ai concorsi per soli titoli e contestualmente si è stabilito che dette graduatorie sarebbero state utilizzate anche per il conferimento delle supplenze annuali e temporanee disciplinate dall'art. 4 della stessa legge che, oltre ad individuare le diverse tipologie di incarico, rimandava ad un successivo regolamento nel rispetto dei criteri enunciati dalla legge.

Il comma 11 del citato art. 4 prevedeva la applicazione della disciplina anche al personale amministrativo, tecnico e ausiliario, (ATA) aggiungendo che, ai fini del conferimento delle supplenze, sarebbero state utilizzate le graduatorie dei concorsi provinciali per titoli di cui all'art. 554 del TU.

La disciplina regolamentare veniva quindi dettata con DM 201/00 per il personale docente e con DM 430/00 per il personale ATA e rimaneva invariata fino alla adozione del DM 131/07, resasi necessaria a seguito della trasformazione delle graduatorie permanenti in



graduatorie ad esaurimento, disposta dall'art. 1 comma 605 della L.n. 296 del 2006, contestualmente alla previsione di un piano triennale per l'assunzione a tempo indeterminato del personale docente ed amministrativo da effettuarsi negli anni 2007/2009.

Più specificamente l'art. 399 prevede che *“L'accesso ai ruoli del personale docente della scuola dell'infanzia, primaria e secondaria, ivi compresi i licei artistici e gli istituti d'arte, ha luogo, per il 50 per cento dei posti a tal fine annualmente assegnabili, mediante concorsi per titoli ed esami e, per il restante 50 per cento, attingendo alle graduatorie permanenti di cui all'articolo 401.”*

Il successivo art. 400 stabilisce, poi, che *“I concorsi per titoli ed esami sono indetti su base regionale con frequenza triennale, con possibilità del loro svolgimento in più sedi decentrate in relazione al numero dei concorrenti. L'indizione dei concorsi è subordinata alla previsione del verificarsi nell'ambito della regione, nel triennio di riferimento, di un'effettiva disponibilità di cattedre o di posti di insegnamento, tenuto conto di quanto previsto dall'articolo 442 per le nuove nomine e dalle disposizioni in materia di mobilità professionale del personale docente recate dagli specifici contratti collettivi nazionali decentrati, nonché del numero dei passaggi di cattedra o di ruolo attuati a seguito dei corsi di riconversione professionale”* e disciplina le modalità di indizione e di svolgimento delle procedure concorsuali.

L'art. 401, come modificato dalla legge 124/1999, prevede che *“Le graduatorie relative ai concorsi per soli titoli del personale docente della scuola dell'infanzia, primaria e secondaria, ivi compresi i licei artistici e gli istituti d'arte, sono trasformate in graduatorie permanenti, da utilizzare per le assunzioni in ruolo di cui all'articolo 399, comma 1. Le graduatorie permanenti di cui al comma 1 sono periodicamente integrate con l'inserimento dei docenti che hanno superato le prove dell'ultimo concorso regionale per titoli ed esami, per la medesima classe di concorso e il medesimo posto, e dei docenti che hanno chiesto il trasferimento dalla corrispondente graduatoria permanente di altra provincia. Contemporaneamente all'inserimento dei nuovi aspiranti è effettuato l'aggiornamento delle posizioni di graduatoria di coloro che sono già compresi nella graduatoria permanente.”*

L'art. 554 per il personale ATA recita *“Le assunzioni nei ruoli della quarta qualifica sono effettuate mediante concorsi provinciali per titoli, indetti annualmente nei limiti delle vacanze dell'organico, dai provveditori agli studi sulla base di un'ordinanza del Ministro della pubblica istruzione, la quale indicherà, fra l'altro, i titoli ed i criteri di valutazione. 2. Ai predetti concorsi è ammesso il personale A.T.A. non di ruolo, con almeno due anni di servizio prestato, senza demerito, con qualifiche corrispondenti a quelle dei ruoli per i quali i concorsi sono indetti. È consentita la partecipazione al solo concorso indetto nella provincia in cui si presta servizio alla data di pubblicazione del bando.... 7. Le graduatorie relative ai concorsi di cui al comma 1 hanno carattere permanente e sono integrate a seguito di ciascuno dei successivi concorsi. A tal fine coloro che presentano la domanda per la prima volta sono inclusi nel posto spettante in base al punteggio complessivo riportato e i concorrenti già compresi in graduatoria, ma non ancora nominati, hanno diritto a permanere nella graduatoria e ad ottenere la modifica del*



punteggio mediante valutazione dei nuovi titoli, purché abbiano presentato apposita domanda di permanenza, corredata dei nuovi titoli nel termine di cui al bando di concorso. 8. Le nomine sono disposte, nei limiti dei posti disponibili, secondo l'ordine delle graduatorie permanenti, integrate ed aggiornate con i criteri sopra indicati.”

Il conferimento delle supplenze annuali e temporanee è poi disciplinato dall'art. 4 della L.n. 124/99 per cui:

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

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

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

4. I posti delle dotazioni organiche provinciali non possono essere coperti in nessun caso mediante assunzione di personale docente non di ruolo.

5. Con proprio decreto da adottare secondo la procedura prevista dall'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..... Il conferimento delle supplenze temporanee è consentito esclusivamente per il periodo di effettiva permanenza delle esigenze di servizio. La relativa retribuzione spetta limitatamente alla durata effettiva delle supplenze medesime..... Le disposizioni di cui ai precedenti commi si applicano anche al personale amministrativo tecnico ed ausiliari..”.

Dette disposizioni sono state sostanzialmente ribadite anche nel comma 7 dell'art. 1 DM 131/07.

E' utile a questo punto evidenziare che la normativa di settore disciplina anche le forme di mobilità del personale scolastico, le aspettative e i congedi, i criteri di determinazione delle piante organiche, oggetto poi anche di successive riforme (L.n. 53/03, DPR 121 e 122 del 2004, L.n. 80 e 296 del 2006 169/09 e 167/09), evidenziandosi come le dotazioni organiche dei singoli istituti vanno determinate in base al numero e alla tipologia delle classi, dovendosi tener conto, nei limiti consentiti dall'organico provinciale, della



distribuzione della popolazione scolastica tra i diversi tipi di scuole e dei corsi di studio, delle particolari finalità formative, della loro ubicazione in zone di afflusso caratterizzate da specifiche condizioni di disagio economico e socio culturale, con minoranze linguistiche, in comuni montani o in piccole isole.

Detti criteri assumono rilevanza anche con riferimento al personale dell'area tecnica ed amministrativa in quanto la pianta organica degli uffici è strettamente correlata al numero delle classi e di corsi operanti nella singola istituzione scolastica.

Non vi è dubbio dunque che il decreto legislativo n. 297/94, così come successivamente modificato ed integrato, preveda un sistema di reclutamento in sé compiuto, sistema che il legislatore ha sempre considerato autonomo e distinto, anche rispetto alla normativa generale del reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni, come dimostrano il comma 8 dell'art. 70 del D. lvo 165/01 per cui *"sono fatte salve le procedure di reclutamento del personale della scuola di cui al d.lgs 16 aprile 1994 n. 297 e successive modificazioni ed integrazioni"*, e gli ulteriori interventi, attuati con disposizioni specifiche del settore scolastico (l'art. 1 del DL 134/09 ha inserito il comma 14 bis dell'art. 4 L.n. 124/99 per cui *"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 l'art. 9 comma 18 del DL n. 70/11 ha aggiunto all'art. 10 del Dlvo n. 368/01 il comma 4 bis per cui *"Stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui all'articolo 40, comma 1, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, all'articolo 4, comma 14-bis, della legge 3 maggio 1999, n. 124, e all'articolo 6, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la 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"*).

La specialità della normativa in esame dunque conduce a ritenere inapplicabili alla fattispecie le disposizioni del decreto legislativo n. 368/01, contenente la disciplina generale del contratto a termine di diritto privato, poiché, non vi è dubbio che con detto decreto il legislatore ha recepito l'accordo quadro europeo sul lavoro a tempo determinato e la direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999, dettando una disciplina generalizzata del contratto a tempo determinato da valere in tutti i settori dell'ordinamento, ivi compreso quello del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione ma ciò non esclude che singole fattispecie possano essere non ricomprese nel campo di applicazione dello stesso, quale conseguenza di previsioni specifiche e di principio che regolano i rapporti tra le fonti aventi pari efficacia.



Peraltro lo stesso decreto legislativo n. 165/01 che, come si è detto, fa salvo nella sua interezza il sistema di reclutamento del personale scolastico, nell'originario testo dell'art. 36 prevedeva che in nessun caso la violazione delle norme riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori avrebbe potuto comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le pubbliche amministrazioni.

Come già sancito dalla Suprema Corte (Cass. n. 392/12 e da ultimo n.10127/12) *“la disciplina di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, pur escludendo, in caso di violazione di norme imperative in materia, la conversione in contratto a tempo indeterminato, introduce un proprio e specifico regime sanzionatorio con una accentuata responsabilizzazione del dirigente pubblico e il riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni subiti dal lavoratore e, pertanto è speciale ed alternativa rispetto alla disciplina di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 368 del 2001, ma pur sempre adeguata alla direttiva 1999/70/CE, in quanto idonea a prevenire e sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti a termine da parte della pubblica amministrazione”*.

Tornando in particolare alla questione del reclutamento scolastico, si deve rilevare peraltro che la tipizzazione legislativa delle diverse tipologie di supplenza, della loro durata, delle modalità di individuazione del contraente soddisfa già le esigenze di specificità richieste dallo stesso art. 1 d. lvo 368/01, sicchè rende assolutamente non necessaria la indicazione nel contratto della causale giustificativa, prevista dal legislatore in via generale ed astratta.

Ancor di più, la stessa disciplina delle proroghe e della successione dei contratti contenuta nel decreto 368/01 risulta addirittura incompatibile con i sistemi della graduatoria permanente (oggi ad esaurimento) adottati nel comparto scuola. E' previsto infatti un aggiornamento della stessa, mediante attribuzione di ulteriori punteggi per ogni periodo di insegnamento prestato, favorendosi dunque la reiterazione dei rapporti temporanei, tanto che soprattutto grazie a questa reiterazione diviene concreta la possibilità di immissione definitiva nel ruolo secondo il sistema già descritto del doppio canale.

Detta incompatibilità della normativa speciale con quella generale dettata dal decreto 368/01 è stata ribadita dal legislatore sia con l'art. 1 L.n. 134/09, che con l'art. 9 comma 8 D.L. 70/11: trattasi di interventi che sebbene non apportino significative modificazioni al sistema, affermano principi già desumibili dall'esame complessivo della normativa (cfr. Cass. n. 10127/12).

Ciò non significa però che automatica conseguenza sia la affermazione della legittimità di tutti i contratti a termine in ambito scolastico, posto che occorre interrogarsi altresì sulla compatibilità del sistema di reclutamento di detto personale con il diritto dell'Unione ed in particolare con la citata direttiva 1999/70/CE, sicuramente applicabile in tutti i rapporti con la pubblica amministrazione.

Nelle recenti sentenze della Corte di Giustizia (23/4/09, Kiriaki Angelidaki e 26/1/2012 Kucuk), anche attraverso significativi richiami a precedenti conformi, si evidenzia, tra l'altro, che :

“Si deve ricordare che la clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro CTD mira ad attuare uno degli obiettivi perseguiti da tale accordo quadro, vale a dire limitare il ricorso a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, considerato come una



potenziale fonte di abuso in danno dei lavoratori, prevedendo un certo numero di disposizioni di tutela minima tese ad evitare la precarizzazione della situazione dei lavoratori dipendenti (v. sentenze del 4 luglio 2006, *Adeneler e a.*, C-212/04, Racc. pag. I-6057, punto 63, nonché del 23 aprile 2009, *Angelidaki e a.*, da C-378/07 a C-380/07, Racc. pag. I-3071, punto 73).

26 Quindi, detta disposizione dell'accordo quadro CTD impone agli Stati membri, per 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 in essa enunciate qualora il diritto nazionale non preveda norme equivalenti. Le misure così elencate al punto 1, lettere a)-c) di detta clausola, in numero di tre, attengono, rispettivamente, a ragioni obiettive che giustificano il 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 (v. citata sentenza *Angelidaki e a.*, punto 74, nonché ordinanza del 1° ottobre 2010, *Affatato*, C-3/10, punti 43 e 44, e la giurisprudenza ivi citata).

27 Per quanto riguarda la nozione di ragione obiettiva ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro CTD, la Corte ha già dichiarato che tale nozione deve essere intesa nel senso che essa si riferisce a circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare, in tale peculiare contesto, l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi. Dette circostanze possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi i contratti in questione, dalle caratteristiche ad esse inerenti o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro (sentenza *Angelidaki e a.*, cit., punto 96, nonché la giurisprudenza ivi citata).

28 Per contro, una disposizione nazionale che si limitasse ad autorizzare, in modo generale ed astratto attraverso una norma legislativa o regolamentare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato successivi, non sarebbe conforme a criteri come quelli precisati al punto precedente della presente sentenza (sentenza *Angelidaki e a.*, cit., punto 97, nonché la giurisprudenza ivi citata).

29 Infatti, una disposizione di tal genere, di natura puramente formale, non consente di stabilire criteri oggettivi e trasparenti atti a verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, se esso sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e necessario a tale effetto. Una tale disposizione comporta quindi un rischio concreto di determinare un ricorso abusivo a tale tipo di contratti e, pertanto, non è compatibile con lo scopo e l'effettività dell'accordo quadro CTD (v., in tal senso, sentenza *Angelidaki e a.*, cit., punti 98 e 100, nonché la giurisprudenza ivi citata).

30 Occorre tuttavia rilevare che una disposizione come quella di cui trattasi nella causa principale, la quale consente il rinnovo di contratti a tempo determinato per sostituire altri dipendenti che si trovano momentaneamente nell'impossibilità di svolgere le loro funzioni, non è di per sé contraria all'accordo quadro CTD. Infatti, la sostituzione temporanea di un altro dipendente al fine di soddisfare, in sostanza, esigenze provvisorie del datore di lavoro in termini di personale può, in linea di principio, costituire una



ragione obiettiva ai sensi della clausola 5, n. 1, lett. a), di tale accordo quadro (v., in tal senso, sentenza Angelidaki e a., cit., punto 102).

31 Infatti, nell'ambito di un'amministrazione che dispone di un organico significativo, quale il Land, è inevitabile che si rendano spesso necessarie sostituzioni temporanee a causa, segnatamente, dell'indisponibilità di dipendenti che beneficiano di congedi per malattia, per maternità, di congedi parentali o altri. La sostituzione temporanea di dipendenti in queste circostanze può costituire una ragione obiettiva ai sensi della clausola 5, punto 1, lett. a), dell'accordo quadro CTD, che giustifica sia la durata determinata dei contratti conclusi con il personale sostitutivo, sia il rinnovo di tali contratti in funzione delle esigenze emergenti, fatto salvo il rispetto delle esigenze fissate al riguardo dall'accordo quadro CTD.

32 Tale conclusione si impone a maggior ragione allorché la normativa nazionale che giustifica il rinnovo di contratti a tempo determinato in caso di sostituzione temporanea persegue altresì obiettivi di politica sociale riconosciuti come legittimi. Infatti, come risulta dal punto 27 della presente sentenza, la nozione di ragione obiettiva che figura nella clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro CTD comprende il perseguimento di siffatti obiettivi."

La clausola 5, quindi, impone in definitiva di adottare almeno una delle misure indicate nella stessa, sicché anche in assenza di predeterminazione del numero massimo dei rinnovi o della durata massima totale dei contratti (misure queste che sicuramente non figurano nel sistema del reclutamento scolastico), la reiterazione del contratto a termine potrà essere ritenuta conforme al diritto dell'Unione se sorretta da ragioni obiettive che la giustificano, ossia da ragioni che escludano il ricorso abusivo al tipo contrattuale perché connotate da temporaneità, ravvisabile in presenza di " *circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare, in tale peculiare contesto, l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi*".

Tornando alla materia che ci occupa, si dovrà anzitutto evidenziare come le ragioni enunciate nell'art. 4 Ln. 124/99, in ordine alle supplenze annuali o temporanee siano diverse tra loro, giacché il primo comma prevede la copertura di cattedre e di posti di insegnamento che risultino vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangono prevedibilmente tali per tutto il corso dell'anno scolastico, il secondo comma la copertura delle cattedre e dei posti non vacanti ma di fatto disponibili entro la medesima data, il terzo prevede poi in tutti gli altri casi il conferimento di supplenze temporanee, la cui durata avrà termine con l'ultimo giorno di effettiva permanenza delle esigenze di servizio.

Dunque non sembra ravvisabile alcun abuso nella reiterazione degli incarichi temporanei di cui al comma 3° dell'art. 4, atteso che detta tipologia di supplenza è sicuramente sorretta da una ragione oggettiva di carattere temporaneo, quale è la necessità di assicurare l'espletamento del servizio scolastico complessivamente inteso nei casi di momentanea assenza del titolare.

Sebbene la sostituzione soddisfi una esigenza permanente, dato che il lavoratore assunto in forza di un contratto a tempo determinato svolge compiti ben definiti facenti parte della attività abituali del datore di lavoro, resta il fatto che l'esigenza di personale sostitutivo



rimane temporanea perchè si presume che il lavoratore sostituito riprenda l'attività al termine del congedo.

A conclusioni analoghe si giunge in relazione agli incarichi conferiti ai sensi del comma 2 dell'art. 4 con durata fino al termine delle attività didattiche, giacchè anche dette supplenze sono connotate da temporaneità, in quanto finalizzate alla copertura di posti non vacanti e quindi solo momentaneamente disponibili. Si tratta di incarichi che non presuppongono una copertura della pianta organica del singolo istituto scolastico e che si rendono necessari in considerazione della variabilità ed imprevedibilità dei dati che condizionano la istituzione e la permanenza delle cattedre, incidendo poi di riflesso anche sugli organici degli amministrativi.

I criteri che sovrintendono la formazione delle classi bastano da soli a far comprendere come possano verificarsi significativi spostamenti tra l'organico di diritto e il cosiddetto organico di fatto, imprevedibili perché legati ad una pluralità di variabili prima fra tutte quella relativa alla consistenza qualitativa e quantitativa della popolazione scolastica.

Gli incarichi in parola, al pari dei precedenti, sono sorretti da ragioni oggettive, quelle di garantire il corretto espletamento del servizio scolastico, connotate da temporaneità, giacchè, secondo i criteri che presiedono alla formazione degli organici le stesse o si esauriscono al termine dell'anno scolastico o acquistano carattere di permanenza ed in tal caso rendono necessaria la modifica della pianta organica, con conseguente riconducibilità della successiva supplenza alla diversa ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 4.

Quest'ultima ipotesi si riferisce invece al conferimento di supplenza annuale per la copertura di posti di insegnamento o amministrativi tecnici già compresi nella pianta organica, ma vacanti, perché privi di titolare, per cui l'amministrazione scolastica, a parere di questo giudice, sebbene soddisfatta una esigenza oggettiva, questa non è connotata dal carattere della temporaneità, giacchè, già la stessa inclusione nell'organico di diritto rende evidente la natura permanente della esigenza medesima.

Da ciò discende che l'art. 4 comma 1 si pone in contrasto con la clausola 5 dell'accordo, se interpretato nel senso di consentire senza alcuna limitazione oggettiva o temporale il ricorso reiterato al contratto a termine, finalizzato alla copertura di posti in pianta organica che l'amministrazione avrebbe dovuto e potuto coprire con personale immesso in via definitiva in ruolo, secondo l'art. 399 per il personale docente e l'art. 554 per il personale tecnico amministrativo.

Poiché in caso di antinomia tra diritto interno e la clausola 5 dell'accordo, il giudice non può disapplicare il diritto nazionale ma solo interpretare la norma interna alla luce del testo e delle finalità della direttiva, si tratta allora di valutare se sia possibile interpretare la normativa di settore armonizzandola con la clausola 5 dell'accordo.

Di certo non è possibile procedere, per le ragioni già enunciate, mediante il rinvio alla norma di cui al comma 4 bis dell'art. 5 del D. Lvo 368/01 (peraltro applicabile solo dal 2007), che prevede il limite dei 36 mesi per la reiterazione dei contratti, in ragione della evidente incompatibilità fra il sistema del reclutamento scolastico e le previsioni contenute nel decreto citato, così come poi evidenziato con chiarezza nell'art. 9 comma 18 D.L. 70/11.



Non si ignora che con recentissima sentenza del 20 giugno 2012 n. 10127 la Suprema Corte ha evidenziato come *“il corpus normativo disciplinante il reclutamento del personale scolastico, nel consentire la stipula di contratti a tempo determinato, si riferisce a circostanze precise e concrete caratterizzanti la particolare attività scolastica e costituisce norma equivalente alle misure di cui alla clausola 5 n. 1 dell'accordo quadro ... rilevando quale fattore oggettivo lo stretto collegamento tra la necessità di ricorrere alla supplenza e la ciclica variazione in aumento ed in diminuzione della popolazione scolastica”*.

Tuttavia non si può non rilevare come all'interno della stessa normativa speciale di settore, nel comma 1 dell'art. 4, in materia di supplenze annuali, si legge della necessità di ricorrere al contratto a termine *“in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo”* e come parimenti l'art. 400 TU prevede che i concorsi per titoli ed esami siano indetti su base regionale con frequenza triennale e l'art. 554 per il personale ATA fa riferimento alla indizione annuale dei concorsi.

Se il problema del precariato storico della scuola trova la sua causa nelle esigenze di contenimento della spesa pubblica, con forte riduzione delle immissioni in ruolo rispetto alle esigenze di organico, ricorrendo però alle supplenze annuali per la copertura di posti privi di titolare, è intuitivo come il ricorso al rapporto a termine debba ritenersi ingiustificato, perché facilmente emendabile, bandendo con cadenza periodica le procedure concorsuali. In tal caso il ricorso alle supplenze annuali e l'eventuale reiterazione sarebbe stata giustificata da una ragione oggettiva e temporanea ossia dalla necessità di garantire il servizio scolastico nell'arco temporale necessario per l'espletamento delle procedure concorsuali stesse.

Tale aspetto della problematica non ha costituito oggetto della pronuncia della Suprema Corte, la quale ha ribadito come l'impiego di un dipendente per un lungo periodo di tempo in forza di ripetuti e numerosi contratti a termine sia rispettoso della clausola 5 punto 1 accordo quadro, in ragione delle oggettive e specifiche esigenze di assicurare la continuità del servizio scolastico a fronte di eventi contingenti, variabili ed indipendenti, escludendosi qualsiasi discrezionalità dell'amministrazione, la quale non può esimersi dall'individuazione dei soggetti destinatari dei contratti a termine, nel rispetto della normativa che ne regola l'assegnazione in forza delle graduatorie permanenti (oggi ad esaurimento).

La temporaneità delle esigenze tuttavia non può essere legata alla durata limitata dell'incarico, in quanto destinato ad assicurare la continuità del servizio scolastico, che, in un modo o nell'altro, ogni anno si ripropone, ciò facendo attraverso il sistema delle graduatorie permanenti, ma deve essere necessariamente rapportata alla temporaneità della vacanza del posto in organico, rispetto allo speciale sistema di reclutamento c.d. *“a doppio canale”* previsto proprio per il settore scolastico.

Dunque la reiterazione delle supplenze annuali diviene legittima solo se per esigenze contingenti e temporanee, legate alla ciclicità e alla durata delle procedure concorsuali, finalizzate via via alla copertura degli organici, mentre la temporaneità dovrà essere esclusa ogni qual volta la stipula di reiterati rapporti a termine di durata annuale è riconducibile ad un bisogno divenuto permanente e quindi ordinario.



In altri termini, anche il ricorso alle supplenze annuali e la eventuale reiterazione delle stesse potrebbe essere giustificata dalla necessità di garantire il servizio scolastico, ma solo nell'arco temporale strettamente necessario all'espletamento delle procedure concorsuali già bandite o a garantire la copertura delle sole vacanze verificatesi nel triennio che, secondo il legislatore, dovrebbe decorrere fra l'una e l'altra procedura. In tal caso la ragione sarebbe oggettiva e temporanea.

Una interpretazione siffatta, che resta circoscritta all'interno del sistema speciale, è senza dubbio idonea a garantire il rispetto della clausola 5 dell'accordo, perché connota di temporaneità la causale, che altrimenti ne sarebbe priva.

Così ricostruito ed interpretato il quadro normativo, nell'escludere in ogni caso il carattere abusivo del ricorso al rapporto a termine in relazione a tutti i contratti stipulati antecedentemente al 10 luglio 2001, ossia al termine per gli Stati membri per adeguare il diritto interno alle disposizioni della direttiva 1999/70/CE, si tratta ora di valutare la legittimità dei contratti stipulati dall'amministrazione scolastica con parte ricorrente.

A tal proposito non sono contestati tra le parti, essendo stata la relativa verifica operata in contraddittorio tra le stesse, i periodi, il numero e la successione dei contratti a termine stipulati, essendo i relativi rapporti riepilogati nella scheda di seguito riportata:

A handwritten signature in dark ink, consisting of several loops and a vertical stroke, located on the right side of the page.

SIDI - Gestione Assunzioni a Tempo Determinato ---> Interrogare Servizi

4-676/11

Cognome
Nome
Data di Nascita
Provincia di Nascita
Codice Fiscale
Stato Giuridico

SUPLENTE

10 Servizi Presenti, elenco completo

1

Tipologia Servizio	Sede Servizio	Data di Inizio	Data di Fine	Tipo Personale	Tipo Posto	Classe di Concorso	Profilo Ore
--------------------	---------------	----------------	--------------	----------------	------------	--------------------	-------------

indietro

M



dandosi atto nel contempo del fatto che le tipologie di contratto di lavoro a tempo determinato contemplate dal più volte citato art. 4 L.n. 124/99 vengono denominate con i codici utilizzati dal SIDI nei termini appresso indicati :

N02 = art. 4 comma 1 L.n. 124/99

N011 = art. 4 comma 2 L.n. 124/99

N01 = art. 4 comma 3 L.n. 124/99.

Gli altri codici SIDI utilizzati fanno riferimento a situazioni di servizio particolare che hanno interessato i singoli dipendenti (N03 supplenza annuale nel vecchio sistema, N12 incarico a tempo indeterminato, N13 supplenza modelli viventi, N14 supplenza fino alla nomina dell'avente diritto, N15 supplenza per maternità, N16 astensione obbligatoria durante la supplenza breve, N17 supplenza breve con contestuale astensione obbligatoria, ecc) e che comunque non acquistano rilevanza ai fini del presente giudizio..

Dalla documentazione in atti si desume che numerosi incarichi (ben 3...) sono riconducibili alla supplenza annuale di cui al primo comma dell'art. 4 della legge 194/1999 e si sono susseguiti senza soluzione di continuità, in alcuni anni anche presso il medesimo istituto scolastico, coprendo l'arco temporale dal 2008 al 2011

E' quindi evidente come nella fattispecie in esame il ricorso alla supplenza annuale sia stato finalizzato a soddisfare una esigenza dell'amministrazione stabile e non meramente temporanea.

D'altro canto il Ministero non ha in alcun modo allegato e dimostrato di avere provveduto ad espletare, con la cadenza richiesta dal T.U., le procedure concorsuali, sicchè ne discende la fondatezza della domanda di illegittimità della clausola appositiva del termine e della reiterazione dei contratti stessi.

Quanto al trattamento sanzionatorio, si è già detto come il citato art. 36 esclude che l'illegittimità dell'apposizione del termine determini la conversione del contratto in un rapporto a tempo indeterminato, limitando le conseguenze per il dipendente al risarcimento del danno, dettando per l'appunto una disciplina speciale rispetto a quella del rapporto di lavoro privato. La giustificazione di questa particolarità del regime sanzionatorio va rinvenuta nel fatto che la conversione del contratto, con la costituzione di un rapporto stabile alle dipendenze della pubblica amministrazione, violerebbe il principio costituzionale (articolo 97) secondo il quale il contratto di lavoro pubblico deve necessariamente essere preceduto da una fase di selezione concorsuale. La Corte Costituzionale, con la sentenza 13 marzo 2003 n. 89, già ha giudicato il divieto conforme agli artt. 3 e 97 della Costituzione, ritenendo che l'assimilazione tra questi rapporti e quelli alle dipendenze d'un imprenditore privato - compiuta con la riforma che il t.u. 165/2001 ha completato - non esclude la permanenza di distinzioni tra i diversi regimi. Il principio dell'accesso all'impiego pubblico mediante concorso impedisce di ritenere irragionevole la disparità di trattamento, tra lavoratori privati e lavoratori occupati presso la pubblica amministrazione, che si riscontra pertanto anche nelle conseguenze dell'accertata illegittimità di stipulazione e successione di contratti a tempo determinato.

Detti principi sono stati, poi, richiamati dalla Corte di Cassazione in recenti pronunce con le quali si è posto in risalto che "in materia di pubblico impiego, un rapporto di lavoro a



tempo determinato non è suscettibile di conversione in uno a tempo indeterminato, stante il divieto posto dall'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, il cui disposto è stato ritenuto legittimo dalla Corte costituzionale (Sent. n. 98 del 2003) e non è stato modificato dal d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, contenente la regolamentazione dell'intera disciplina del lavoro a tempo determinato. Ne consegue che, in caso di violazione di norme poste a tutela dei diritti del lavoratore, in capo a quest'ultimo, essendogli precluso il diritto alla trasformazione del rapporto, residua soltanto la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni subiti." (Cass. 14350/2010 negli stessi termini Cass.392/2012).

In merito poi alle modalità con le quali l'art. 36 deve essere applicato, due sentenze della Corte di giustizia CE (sez. II., 7 settembre 2006, causa n. 53/03, C. M. e G. S., nonché sez. II, 7 settembre 2006, causa 180/04, Vassallo) hanno preliminarmente rilevato, rifacendosi ad altre pronunce della stessa Corte (cfr. Cgce 4 luglio 2006, grande sez., causa n. 212/04, Adeneler; ma non solo essa), che la "Direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato" e "l' Accordo - quadro europeo sul lavoro a tempo determinato" in essa recepito si applicano anche ai rapporti di lavoro a termine con le pubbliche amministrazioni, ma che il secondo non stabilisce un obbligo per gli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato abusivi: la clausola 5 di detto Accordo quadro, che contempla le "Misure di prevenzione degli abusi" derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, non osta quindi ad una differenza di disciplina negli Stati membri tra ricorso abusivo da parte di un datore privato e da parte di un datore di lavoro pubblico.

Hanno quindi affermato che spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte agli abusi; misure che devono non solo essere proporzionate ma anche sufficientemente effettive e dissuasive per garantire l' efficacia delle norme adottate in attuazione dell' Accordo quadro. Più puntualmente, le misure devono rispettare i principi d' equivalenza e d' effettività, quanto al primo nel senso che non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna, circa il secondo, nel senso che non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario.

Occorre pertanto valutare se l'art.36 del d.lgs 165/2001 presenti i caratteri richiesti dalla Corte europea, ossia se la applicazione della norma possa essere effettuata in modo da garantire nel contempo entrambe le esigenze che vengono in gioco nella fattispecie, ossia da un lato operando come misura adeguatamente dissuasiva e dall'altro assicurando anche nel settore pubblico, nel quale non può operare il principio della conversione, una tutela al lavoratore che non mortifichi totalmente il diritto conferitogli dall'ordinamento giuridico comunitario, diritto che, ove fatto valere nei confronti dell'imprenditore privato, secondo la normativa interna, consente di ottenere sia la trasformazione del rapporto, sia il risarcimento del danno, oggi forfezzato dall'art. 32 della legge 183/ 2010.

In altri termini la conformità del disposto di cui all'art 36 con l'ordinamento comunitario, infatti, non è un elemento acquisito, ma che deve essere sottoposto a puntuale verifica.



Il danno risarcito per essere conforme al disposto del Giudice comunitario deve quindi avere le seguenti caratteristiche:

- 1) avere effettiva efficacia dissuasiva;
- 2) non avere conseguenze di minor favore rispetto il settore privato (principio di equivalenza);
- 3) non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario, nel caso di specie tutela avverso la illegittima apposizione del termine (principio di effettività).

Dati questi principi guida, diverse sono state le soluzioni adottate dai Giudici di merito per l'individuazione di una sanzione conforme alla normativa europea.

Deve darsi atto infatti che mentre taluni hanno applicato meccanismi risarcitori forfettizzati e predeterminati, validi per tutte le fattispecie concrete, altri hanno affermato la riconducibilità del danno alle comuni categorie civilistiche, o del pagamento delle retribuzioni per il periodo di svolgimento del rapporto di fatto, ovvero con specifici obblighi di deduzione e prova dei danni concretamente riportati, giungendo al rigetto in mancanza del tempestivo adempimento a tali oneri.

Se è vero che il risarcimento del danno è un rimedio che opera solo in funzione di neutralizzare la perdita sofferta concretamente dalla vittima e non come sanzione civile punitiva, inflitta sulla base del mero inadempimento, sono facilmente immaginabili le difficoltà istruttorie cui andrebbe incontro il dipendente costretto a provare le occasioni di lavoro perse nell'attesa di una nuova chiamata da parte del datore di lavoro, l'impossibilità di accedere al credito bancario, le limitazioni subite nelle proprie scelte di vita e familiari. E' evidente altresì come un eccessivo rispetto del dato normativo si tradurrebbe in un'inevitabile disapplicazione delle indicazioni comunitarie, laddove il giudice italiano è invece chiamato a rendere effettivo lo strumento sanzionatorio di cui l'articolo in esame costituisce un'evidente dichiarazione di principio; così da rimettere alla quotidiana prassi applicativa delle aule di giustizia, l'individuazione dei meccanismi più idonei a garantire l'invocato risarcimento della posizione soggettiva lesa.

Diversamente la illegittima apposizione del termine ovvero la illegittima reiterazione del contratto a termine finirebbero per rimanere prive di sanzione e il lavoratore vedrebbe mortificati quei diritti che discendono direttamente dalla normativa dell'Unione.

E' per questo che, a parere di questo giudice, la soluzione del risarcimento forfettizzato è quella più idonea ad applicare gli insegnamenti della Corte di Giustizia. Essa è infatti in primo luogo rispettosa del c.d. principio di equivalenza. A ben vedere sarebbe difficile, se non impossibile, oltre che contraddittorio, ipotizzare e dimostrare la sussistenza di un danno che sia conseguenza immediata e diretta della illegittima apposizione del termine o della illegittima reiterazione del contratto a termine, se nel periodo in cui il rapporto si svolge, il contratto, sia pure illegittimo spiega i suoi effetti e consente al lavoratore di percepire la retribuzione per l'attività resa.

Inoltre se l'art. 36 prescrive che il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione resa in violazione di disposizioni imperative, la norma deve essere anzitutto interpretata nel senso che detto risarcimento va riconosciuto ogni qualvolta l'amministrazione abbia apposto illegittimamente il termine ovvero abbia



reiterato illegittimamente il contratto a termine, in difetto dei presupposti previsti dalla normativa comunitaria. Diversamente opinando, oltre a non riconoscere alcunché al lavoratore, si renderebbe inoperativa anche l'ulteriore misura prevista dalla norma, ossia quella della responsabilità patrimoniale diretta del dirigente che abbia agito con dolo o colpa grave.

La norma, pertanto, di fatto si porrebbe in evidente contrasto con il diritto dell'Unione e non potrebbe essere applicata, con conseguente obbligo per il giudice di denunciarne la illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 1° comma, che impone allo Stato di esercitare la potestà legislativa nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

Dunque, stante la necessità di coordinamento del diritto interno a quello sovranazionale, poiché è l'ordinamento comunitario che in questo caso impone di attribuire al risarcimento una funzione che sia non solo ripristinatoria ma anche dissuasiva, deve ritenersi esonerato il creditore dall'offrire la prova del pregiudizio in concreto subito, rimettendo integralmente la quantificazione alla liquidazione equitativa giudiziale, salvaguardando in tal modo il principio di effettività che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, deve caratterizzare la misura apprestata dall'ordinamento nazionale per sanzionare l'abuso.

Nella liquidazione equitativa, poi, deve tenersi conto che, nella disciplina del contratto a termine nei rapporti di diritto privato, due sono i profili investiti dalla pronuncia giudiziale: l'uno attiene alla ricostruzione del rapporto (con tutto quello che ne consegue anche dal punto di vista previdenziale) e l'altro il risarcimento del danno.

Limitare il risarcimento per il soggetto che ha avuto un rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione al secondo profilo di danno significherebbe quindi introdurre un regime peggiore nei suoi confronti rispetto al dipendente nell'impiego privato. Il principio di equivalenza infatti impone di riconoscere al lavoratore che non può aspirare alla conversione del rapporto una somma che sia idonea a rappresentare anche il valore intrinseco della conversione.

Sembra pertanto più aderente ai dettami della Corte di Giustizia, individuare un parametro nell'ordinamento, al quale adeguare il risarcimento per la perdita di quello specifico posto di lavoro, che ben può essere costituito dalla previsione dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori (d'altra parte l'art. 32 comma 5 L.n. 183/10 prevede una indennità omnicomprensiva non in luogo e in sostituzione della conversione del rapporto ma in aggiunta alla conversione stessa).

Pertanto il risarcimento in misura pari a 20 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita, può dirsi idoneo a spiegare quella efficacia dissuasiva che deve caratterizzare la sanzione per essere ritenuta rispettosa delle previsioni del diritto dell'Unione.

Tale danno non richiede specifica prova e quantificazione, così come nell'impiego privato all'illegittimità del termine consegue de plano il ripristino del rapporto di lavoro a tempo indeterminato.



Non può farsi inoltre questione dell'impossibilità di applicare in via diretta alla fattispecie l'art. 18 citato, dal momento che quanto in esso previsto è stato richiamato solo in via equitativa ed ai fini della quantificazione del danno.

La soluzione adottata ha inoltre un' effettiva efficacia dissuasiva nei confronti del datore di lavoro, fornendo un parametro certo e di entità adeguata, che semplifica l'accertamento probatorio, di conseguenza agevola l'esercizio del diritto ed incide significativamente sui tempi processuali.

Né infine l'eccezione di prescrizione pure sollevata dall'amministrazione merita accoglimento, se si considera che dalla stipula dell'ultimo contratto di lavoro a tempo determinato avente ad oggetto una supplenza annuale (N02 risalente al 1.9.10), il termine quinquennale di prescrizione risulta essere stato interrotto con la notifica del ricorso introduttivo del presente giudizio dell'ottobre 2011.

Sull'importo risarcitorio, che comunque integra un credito di lavoro, sono dovuti i soli interessi legali, così come previsto per i pubblici impiegati.

Il contrasto di giurisprudenza in materia giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite.

IL GIUDICE
Anna Maria Tracanna