

240/12
6/03/12

SENT. N° 240/12
R. G. N° 1904/10

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE di APPELLO di ROMA

Sezione controversie lavoro, previdenza e assistenza obbligatorie

La Corte composta dai Consiglieri :

TORRICE dott. Amelia Presidente rel
CANNELLA dott. Giovanni Consigliere
MARASCO dott. Maria Rosaria Consigliere

all'udienza del 17.1.2012

nelle cause civili riunite in grado d'appello iscritte ai numeri 1904 e 2302 del R.G. dell'anno 2010

tra

....., elettivamente domiciliata in Roma, via N. Sauro, 16 presso lo studio dell'avv.to S. Reho, rappresentata e difesa dall'Avv. to M. Pistilli per per procura in atti I grado

appellante
appellata incidentale

e

Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca - Ufficio Scolastico provinciale di Viterbo , in persona del Ministro, domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, 12, presso l'Avvocatura Generale dello Stato che lo rappresenta e difende ex lege

Appellato
appellante incidentale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Oggetto: appello contro sentenza resa dal Tribunale di Viterbo, in funzione di giudice del lavoro n. 39 in data 19.1.2010

Conclusioni: Per ciascuna parte come da rispettivi scritti difensivi e come da verbale dell'udienza di discussione.

Carrie

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Tribunale di Viterbo, in funzione di giudice del lavoro, pronunciando sul ricorso proposto da nei confronti del Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca - Ufficio Scolastico provinciale di Viterbo, in persona del Ministro, così ha statuito: *dichiara l'illegittimità dei contratti a termine stipulati in successione tra la ricorrente Costantini Roberta ed il Ministero della Pubblica istruzione dopo il 24.10.2001 e per l'effetto condanna il Ministero resistente in persona del Ministro p.t al risarcimento dei danni in favore della parte in misura pari a 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dalla scadenza dell'ultimo contratto;compensa in ragione di 1/2 tra le parti le*

spese di lite e condanna il Ministero della Istruzione, Università e Ricerca in persona del Ministro p.t al pagamento del residuo liquidato in complessivi.....

Avverso detta sentenza ha proposto appello la _____, con atto depositato il 3.3.2010 e rubricato con il n. RG 1904/2010, per chiedere che si accerti che il Ministero ha illegittimamente stipulato più contratti di lavoro a tempo determinato, in successione tra loro, per esigenze chiaramente non transitorie della Pubblica Amministrazione, che si dichiari il diritto di essa appellante alla conversione in contratto di lavoro a tempo indeterminato dei plurimi contratti a tempo determinato, che si condanni il Ministero a procedere a detta conversione con decorrenza dalla data di stipula del primo dei contratti dedotti in giudizio e al pagamento delle conseguenti differenze retributive ; in via subordinata ha domandato la condanna del Ministero al risarcimento dei danni cagionati con rivalutazione monetaria ed interessi legali dalla data della domanda al saldo; l'appellante ha chiesto vittoria di spese per entrambi i gradi del giudizio ed ha domandato che quelle di primo grado siano liquidate nella misura pari ad €2.081,00.

Si è costituito in giudizio il Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca - Ufficio Scolastico provinciale di Viterbo , in persona del Ministro (Ministero d'ora in avanti) e, evidenziato di avere a sua volta proposto appello avverso la medesima sentenza, ha contestato la fondatezza dell'appello proposto dalla _____ e ne ha chiesto il rigetto.

Avverso la medesima sentenza, con atto depositato il 12.3.2010, rubricato con il n. RG2302, ha proposto appello il Ministero ed ha chiesto che, in riforma della sentenza impugnata, siano respinte le domande proposte con il ricorso di primo grado. Ha domandato vittoria di spese dei due gradi del giudizio

La _____, costituitasi, ha a sua volta contestato la fondatezza del gravame chiedendone il rigetto.

Riuniti i giudizi, ai sensi dell'art. 335 cpc, la causa nel corso dell' odierna udienza è stata discussa e decisa, con pubblica lettura del dispositivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Le ragioni della decisione impugnata

Il decreto legislativo 368/2001 doveva ritenersi applicabile anche ai rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione per l'assenza di disposizioni di legge che ne limitavano l'operatività rispetto a detti rapporti di

lavoro e in virtù del richiamo operato dall'art. 36 del citato decreto legislativo alle disposizioni della legge 230/1962 , legge abrogata ai sensi dell'art. 11 del decreto legislativo 368/2001 contenente disciplina organica dei contratti a tempo determinato. Il decreto legislativo 368/2001 costituiva, d'altra parte, attuazione della direttiva 1990/70/CE relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato applicabile anche alle Pubbliche Amministrazioni (clausola 2). In tal senso si era pronunciata la Corte di Giustizia nelle decisioni 180/04 e 54/04 del 7 settembre 2006 .

I termini apposti ai contratti stipulati tra la ed il Ministero, difettando i contratti della indicazione delle ragioni giustificatrici della predeterminazione di durata, contrastavano con gli artt 1 e 5 del decreto legislativo 368/2001 .

La nullità delle clausole appositive del termine di durata non determinava nullità dell'intero contratto, trovando applicazione il comma 2 dell'art. 1419 c.c. ma alla accertata nullità non conseguiva conversione dei rapporti a termine in unico rapporto a tempo indeterminato. Era di ostacolo alla conversione la disposizione contenuta nel comma 2 dell'art. 36 del D.Lvo 165/2001, disposizione conforme ai precetti della Costituzione secondo quanto statuito dalla Corte Costituzionale nella sentenza 89/2003 e non risultando la esclusione legale della conversione in contrasto con la direttiva comunitaria, nella lettura datane dalla Corte di Giustizia.

Era fondata la domanda risarcitoria, per la quantificazione della quale l'art. 8 della legge 604/1966 costituiva utile parametro di riferimento per la liquidazione dei danni.

La durata del rapporto ed il numero dei contratti stipulati costituivano ragione della disposta liquidazione della indennità risarcitoria in misura corrispondente a 6 mensilità dell'ultima retribuzione.

La natura della controversia e la qualità delle parti, valutata in una al parziale accoglimento del ricorso, giustificava la compensazione, nella misura di ½ delle spese del giudizio, che per la restante metà seguivano la soccombenza, parziale, del Ministero. L'importo di detta quota andava liquidato in € 500,00 (€ 225,00 per diritti ed € 275,00 per onorari) in ragione del valore della controversia e del numero delle questioni trattate e dell'attività processuale dispiegata nel giudizio .

L'appello proposto da

La sentenza impugnata, condivisibile nelle sue plurime statuizioni (cfr appello pg 4 primo capoverso, pg 6 secondo capoverso , pg. 7 I e II rigo), era erronea in punto di liquidazione del danno, che avrebbe dovuto essere liquidato, con applicazione delle disposizioni in tema di tutela reale del licenziamento illegittimo, in misura corrispondente a 20 mensilità dell'ultima retribuzione.

Era erronea la statuizione in punto di spese, sia con riferimento alla disposta parziale compensazione delle medesime in quanto contraria al principio di soccombenza di cui all'art. 92 cpc, sia con riferimento alla entità delle spese, in quanto effettuata in violazione dei minimi tariffari.

L'appello proposto dal Ministero

La sentenza era erronea in quanto il rapporto di lavoro che si instaura tra il docente supplente e l'Amministrazione scolastica trova disciplina specifica e speciale nell'art. 4 della legge 3 maggio 1999 n. 124 , disposizione che mira a garantire, attraverso la continuità didattica, il diritto costituzionale all'educazione, all'istruzione ed allo studio e, quindi, la costante erogazione del servizio scolastico. Comunque, pur a volere ritenere applicabile il D.lgvo 368/2001 alla materia delle supplenze scolastiche, nondimeno i termini apposti ai contratti dedotti in giudizio erano stati apposti validamente in quanto rispondenti alle esigenze di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo della amministrazione scolastica e perché nei contratti dedotti in giudizio era stata indicata la durata del rapporto (*fino alla nomina dell'avente diritto*) .

Le ragioni della presente decisione

L'assenza di qualsivoglia motivo di censura, anzi la condivisione delle statuizioni e delle argomentazioni motivazionali della sentenza in punto di inesistenza del diritto alla cd conversione dei rapporti sorti in relazione ai contratti dedotti in giudizio in un unico rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, rende ormai inoppugnabile sul punto la decisione impugnata.

Le questioni poste dal Ministero nell'appello incidentale hanno carattere di pregiudizialità rispetto alle censure formulate nell'appello, principale, proposto dalla . . . , in quanto attengono alla questione della legittimità delle clausole di durata apposte ai contratti stipulati tra le parti oggi in giudizio.

Il fatto

Non v'è mai stata contestazione da parte del Ministero (originario resistente) su periodi, numero e successione dei contratti a termine stipulati; i rapporti

Chisù

sono documentati dai certificati di servizio rilasciati dagli istituti scolastici presso cui la ha prestato servizio (all.2 in atti ricorrente I grado) e dalla copia dei documenti contrattuali (in atti ricorrente I grado).

E' da ritenersi pertanto incontestato che tra le parti sono intercorsi rapporti di lavoro aventi la seguente durata.

dal 21.11.1997 al 30.06.1998

dal 07.01.1999 al 16.06.1999

dal 14.09.2000 al 15.02.2001

dal 16.02.2001 al 18.06.2001

dal 17.09.2001 al 31.08.2002

dal 04.09.2002 al 30.06.2003

dal 23.09.2004 al 30.06.2005

dal 01.09.2005 al 03.03.2006

dal 01.09.2006 al 30.06.2007

dal 01.09.2007 al 30.06.2008

dal 01.09.2008 al 30.04.2009

Il quadro normativo di riferimento

Il regime di reclutamento del personale docente nella scuola pubblica

Le prospettazioni difensive formulate dal Ministero nell'atto di appello incidentale , per essere fondate sulla assunta specialità delle disposizioni di legge che disciplinano la materia delle supplenze in ambito scolastico rispetto alle disposizioni di legge (generale) che disciplinano la materia dei contratti a termine, impongono la ricostruzione del quadro normativo di riferimento.

Il D.L. 357/89, convertito nella legge 417/89, aveva regolato l'accesso in ruolo del personale scolastico istituendo il sistema definito del "doppio canale", con una via riservata a coloro che avessero maturato un'esperienza predeterminata come supplenti, in alternativa al concorso aperto all'esterno per titoli ed esami. Requisito comune era costituito dal conseguimento dell'abilitazione all'insegnamento dopo la laurea.

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), emanato per mettere ordine nelle leggi concernenti l'istruzione, relativa alle scuole di ogni ordine e grado, esclusa l'istruzione universitaria, ha riprodotto in un testo organico, con efficacia innovativa e quindi abrogativa delle leggi anteriori (art. 676), la disciplina venutasi a stratificare nel tempo, anche a seguito di esperienze accumulate attraverso varie attività di sperimentazione.

Paul

Per quanto attiene alla disciplina relativa al reclutamento del personale docente,

il richiamato decreto legislativo n. 297 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: ha eliminato il concorso per soli titoli (art. 399) e ha trasformato le 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 (art. 399) e, per il restante 50 per cento, attingendo dalle graduatorie permanenti (art. 401).

Ragioni di completezza di ricostruzione delle disposizioni che disciplinano il sistema di reclutamento del personale docente suggeriscono l'opportunità di richiamare il regolamento emanato nell'anno 2000 coi decreti nn. 201, per il personale docente ed educativo, e 430, per il personale ATA, emanato per disciplinare il conferimento delle supplenze annuali e temporanee (art. 4, comma quinto, l. 124/99). Nelle tabelle allegate sono indicati anche i criteri per la determinazione dei relativi punteggi.

Entrambi hanno, tra l'altro, precisato uniformemente i termini di scadenza dei relativi contratti (artt. 1, comma quinto, del DM 201 e 1, comma sesto, del DM 430):

- a) 31 agosto per le supplenze "*annuali*", di cui all'art. 4, primo comma, l. 124/99;
- b) il giorno annualmente indicato dal calendario scolastico come finale delle attività didattiche, per le supplenze "*temporanee fino al termine delle attività didattiche*", di cui all'art. 4, secondo comma;
- c) l'ultimo giorno di effettiva permanenza delle esigenze di servizio per le supplenze temporanee determinate da "*casi diversi*", ai sensi dell'art. 4, terzo comma.

Nei richiamati regolamenti è stato previsto che, nel caso di conferimento di supplenza ad orario parziale, permane il diritto dell'aspirante a conseguire il raggiungimento dell'orario intero obbligatorio previsto per il corrispondente personale di ruolo, mediante "*più rapporti di lavoro a tempo determinato*" (art. 4).

Cusi

Il DM 131 del 13.6.2007, dopo avere ribadito che il conferimento di questi incarichi avviene esclusivamente con contratti a tempo determinato, ha modulato il funzionamento delle graduatorie ad esaurimento, concepite per le supplenze annuali (art. 4, primo comma, l. 124/99 e 1, lett. a, reg. stesso) e per quelle temporanee fino al termine delle attività didattiche (art. 4, secondo comma, l. 124/99 e 1, lett. b, reg.).

Sono poi intervenuti ulteriori interventi di riforma : la legge 53/2003 (c.d. "Riforma Moratti"), i DPR 121 e 122 del 2004, le leggi 80 e 296 del 2006, 169 del 2008 e 167 del 2009 (queste ultime parti della cd. "riforma Gelmini").

L'art. 1, comma 605, lett. c, l. 296/2006 ha trasformato le graduatorie permanenti, di cui all'art. 401 t.u., in graduatorie ad esaurimento *"in un'ottica di contenimento della spesa pubblica e di assorbimento del precariato"*. Non può, pertanto, procedersi all'inserimento di nuovi aspiranti prima che sia completata l'immissione in ruolo di coloro che già vi siano inseriti.

L'art. 1 d.l. 134/2009, convertito in l. 167/2009, ha aggiunto il comma 14-bis all'art. 4 l. 124/99; statuendo che *"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"*.

Quest'ultimo richiamo é riferito all'art. 1, comma 605, lett. c, l. 296/2006, che, come già ricordato, ha trasformato le graduatorie permanenti, di cui all'art. 401 t.u., in graduatorie ad esaurimento *in un'ottica di contenimento della spesa pubblica e di assorbimento del precariato*. 

Il D.Lgs 165/2001 all'art. 70 comma 8 prima parte, pur prevedendo che le disposizioni del decreto si applicano al personale della scuola, stabilisce che *Restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 21 della legge 15 marzo 1997, n. 59 e del decreto legislativo 12 febbraio 1993, n. 35. Sono fatte salve le procedure di reclutamento del personale della scuola di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 e successive modificazioni ed integrazioni.*

L'art. 9 comma 18 del DL 13 maggio 2011, n. 70 convertito in legge 10618/2011 ha aggiunto all'articolo 10 del decreto legislativo 368/2001, dopo il comma 4, il comma 4-bis che recita: *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.».

Le disposizioni di legge e di regolamento sopra richiamate sono intervenute nel corso del tempo in cui si sono realizzate le assunzioni della appellante principale, chiamata a svolgere attività di docente durante gli anni scolastici compresi tra il novembre 1997 e l'aprile 2009.

Queste le disposizioni normative invocate dal Ministero a sostegno della tesi della legittimità dei contratti dedotti in giudizio:

l'art. 399 d. lgs 297/99, nel testo vigente ratione temporis “1. L'accesso ai ruoli del personale docente della scuola materna, elementare e secondaria, ivi compresi i licei artistici e gli istituti d'arte, ha luogo, per il 50 per cento dei posti a tal fine annualmente assegnabili, mediante concorsi per titoli ed esami e, per il restante 50 per cento, attingendo alle graduatorie permanenti di cui all'articolo 401.

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

l'art. 400 d. lgs 297/99, nel testo vigente ratione temporis 01. 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. Per la scuola secondaria resta fermo quanto disposto dall'articolo 40, comma 10, della legge 27 dicembre 1997, n. 449”.

l'art. 401 d. lgs 297/99, nel testo vigente ratione temporis “1. Le graduatorie relative ai concorsi per soli titoli del personale docente della scuola materna, elementare 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.

2. 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. 4 la legge 124/99, che ha disciplinato, e disciplina ancora oggi, le supplenze, dispone : "1. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero, e sempreché ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo, si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo.

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

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

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'articolo 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'articolo 401 del testo unico, come sostituito dal comma 6 dell'articolo 1 della presente legge.

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

documentazione a carico degli aspiranti. 10. 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.

11. Le disposizioni di cui ai precedenti commi si applicano anche al personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA).

Sulla scorta delle disposizioni di legge sopra richiamate sono individuabili le supplenze annuali cosiddette su *organico di diritto*, ossia riguardanti posti disponibili e vacanti, con scadenza al termine dell'anno scolastico (31 agosto). Si tratta di posti che risultano effettivamente vacanti entro la data del 31 dicembre e che rimarranno prevedibilmente scoperti per l'intero anno. Per questi posti, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali, si procede al conferimento di supplenze annuali, con la stipulazione di contratti a termine in scadenza al 31 agosto, allorché non sia possibile provvedere con il personale di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante utilizzazione del personale in soprannumero, se non vi sia stato assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo.

Dalla legge la scoperta di questi posti è assunta come non prevedibile, manifestandosi solo dopo l'esaurimento delle procedure di trasferimento, di assegnazione provvisoria, di utilizzazione di personale soprannumerario e immissione in ruolo; solo allora (all'esito delle procedure appena richiamate e della verifica che sono rimasti privi di titolare), quei posti possono essere coperti - in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo - mediante l'assegnazione delle supplenze su organico di diritto, dette anche annuali.

La legge, poi, consente il ricorso alle supplenze annuali cosiddette su *organico di fatto*, con scadenza al 30 giugno, cioè, al termine dell'attività didattica. I posti con esse coperti non sono tecnicamente vacanti, ma si rendono di fatto disponibili.

Infine, è prevista l'attribuzione di supplenze temporanee, conferite per ogni altra necessità, come la sostituzione di personale assente o la copertura di posti resisi disponibili, per qualsivoglia ragione, soltanto dopo il 31 dicembre, e destinate a terminare non appena venga meno l'esigenza per cui sono state disposte.

Questo meccanismo di reclutamento non prevede al proprio interno limiti di tempo o di numero alla successione di questi contratti. Esso è, anzi, concepito in termini di massima ripetizione e ogni periodo lavorato comporta l'aumento del punteggio per la graduatoria e, di conseguenza, la progressione nell'ordine di preferenza per successive assunzioni a termine.

(w)

I rapporti tra la disciplina di settore ed i decreti legislativi 165/2001 e 368/2001

Il sistema di reclutamento del personale scolastico, nei termini sopra ricostruito, risulta in sé compiuto, specifico e speciale, rispetto al sistema delle assunzioni alle dipendenze delle Pubbliche amministrazioni diverse da quelle che costituiscono la Scuola Pubblica.

Come condivisibilmente statuito dal Tribunale di Genova, in funzione di giudice del lavoro (Trib Genova in data 25 marzo 2011 Billeci ed altri Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca scientifica) ...*Vi si trovano regolati i criteri di formazione degli organici (artt. 441 segg., 520 segg., 548, 581 e 582 t.u., 2 e 4 l. 124/99), i presupposti soggettivi (art. 402 segg., 420, 553, 554 e 584 t.u.) ed oggettivi (art. 377 segg. e 395-397 t.u.), il procedimento (artt. 400, 404, 414-416, 421 t.u.), le graduatorie (artt. 417, 423 t.u.), le forme di mobilità (artt. 460 segg. t.u. e 8 l. 124/99).*

L'art. 10 del decreto legislativo 368/2001 non esclude, nel testo originario, dal campo di applicazione del decreto la materia del lavoro pubblico (cfr. Cass., 14350/2010, 392/2012).

Nondimeno è innegabile che la disciplina di reclutamento nel settore scolastico, quale delineato dal t.u 297/1994 e dalla legge 124/1999, per ricostruire un sistema articolato e complesso, anche in ragione delle sedimentate aspettative dei lavoratori che le graduatorie hanno cristallizzato (il sistema, come già osservato, è concepito nel senso di favorire la massima ripetizione dei contratti a termine) non è coperta dalla disposizione di abrogazione espressa contenuta nell'art. 11 comma 1 del decreto legislativo 368/2001 il quale dispone *Dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo sono abrogate 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 che sono comunque incompatibili e non sono espressamente richiamate nel presente decreto legislativo.*

I ripetuti interventi del legislatore nella materia del reclutamento del personale scolastico non aprono, infatti, spazio a opzioni interpretative che consentano di ritenere tacitamente abrogata la disciplina delle assunzioni a termine nella scuola.

Anche l'ultimo, in ordine di tempo, intervento del legislatore, costituito dall'art. 9 comma 18 del DL. 13 maggio 2011, n. 70 convertito in legge 10618/2011, che ha aggiunto all'articolo 10 del decreto legislativo 368/2001, dopo il comma 4, il comma 4-bis (*Stante quanto stabilito dalle disposizioni di*

cui all'articolo 40, comma 1, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, all'articolo 4, comma 14-bis, della legge 3 maggio 1999, n. 124, e all'articolo 6, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la 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) dà per scontata la vigenza del t.u 297/1994 e dalla legge 124/1999.

Nei termini sopra ricostruiti il sistema di reclutamento del personale scolastico risulta in sé compiuto, specifico e speciale, non solo rispetto al sistema delle assunzioni alle dipendenze delle Pubbliche amministrazioni diverse da quelle che costituiscono la Scuola Pubblica ma anche rispetto alla disciplina generale di legge che regola la materia dei contratti a termine.

Nondimeno deve ritenersi che, per gli aspetti della materia non espressamente regolati dalle norme specifiche, trovano applicazione le disposizioni di legge che disciplinano i rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione e i rapporti di lavoro a tempo determinato.

In particolare, trova applicazione, nei limiti di compatibilità, e quanto meno sino alla entrata in vigore del già richiamato art. 9 comma 18 del DL 13 maggio 2011, n. 70 convertito in legge 10618/2011, il decreto legislativo 368/2001, da leggersi in conformità al diritto dell'Unione ed in particolare alla direttiva 1999/70, applicabile secondo consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia anche ai rapporti di lavoro pubblico (Corte di Giustizia Mangold 22 novembre 2005, Adelener 4 luglio 2006, Angelidaki 23 aprile 2009, Gaviero 22 dicembre 2010, Del Cerro 13 settembre 2007, Marrosu e Sardino 7 settembre 2006, 8.9.2011, Rosado Santana). Questa disposizione

Il decreto legislativo 368/2001

Con il lgs 368/2001 il legislatore italiano ha inteso trasporre la direttiva 1999/70/UE, che aveva, a sua volta, recepito l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso dalle organizzazioni intercategoriale a carattere generale – Unione delle confederazioni delle industrie della Comunità europea (UNICE), Centro europeo dell'impresa a partecipazione pubblica (CEEP), Confederazione europea dei sindacati (CES) – il 18 marzo 1999. Esso poneva i seguenti obiettivi: 1) migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato

garantendo il rispetto del principio di non discriminazione; 2) creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti a tempo determinato.

E' utile segnalare che il D.Lgs. n.368/01 nel corso degli ultimi anni, ha subito non poche modifiche.

In particolare, e per quanto rileva con riferimento alle questioni oggetto del giudizio, all'art.5 del D.Lgs.n.368/2001 che disciplina le sanzioni e la successione dei contratti a termine, a seguito delle modifiche apportate dall'art.1, comma 40, L.n.247/2007 e dall'art.21, commi 2 e 3, D.L. n.112/2008, come modificato in sede di conversione dalla L.n.133/2008, è stato aggiunto il comma 4 bis: «4 bis. Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti e fatte salve le diverse disposizioni di contratti collettivi 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 deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto. In caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato.».



La previsione dell'art.5, comma 4 bis, va integrata, per quanto riguarda la decorrenza della trasformazione del rapporto in contratto a tempo indeterminato, con quella dell'art.5, comma 2, dello stesso decreto legislativo, norma in parte qua modificata dall'art.1, comma 40, della legge n.247/2007: «2. Se il rapporto di lavoro continua oltre il ventesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi nonché decorso il periodo complessivo di cui al comma 4-bis, ovvero oltre il trentesimo giorno negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini.».

L'art.1, comma 43, della citata legge n.247/2007 stabilisce la decorrenza del nuovo sistema *sanzionatorio* della trasformazione del rapporto a termine in contratto a tempo indeterminato a far data dal 1° aprile 2009.

Nella trasposizione della direttiva il legislatore italiano ha conservato, per quanto sopra considerato in ordine alla non avvenuta abrogazione del TU 297/99 e della legge 124/99, il regime di specialità delle assunzioni nel settore scolastico, salvaguardando al contempo i principi generali in tema di assunzioni a tempo determinato (art. 11 comma 1 del decreto legislativo 368/2001 che ha previsto l'abrogazione *.....di tutte le disposizioni di legge che sono comunque incompatibili e non sono espressamente richiamate nel presente decreto legislativo*).

E' significativa la circostanza, già evidenziata, che soltanto con l'art. 9 comma 18 del DL 70/2011, convertito in legge 10618/2011, il legislatore ha avvertito la necessità (attraverso l'aggiunta all'articolo 10 del decreto legislativo 368/2001 , dopo il comma 4 il comma 4-bis) della espressa esclusione *dall'applicazione del presente decreto (de)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.* Va evidenziato che quest'ultima disposizione non trova applicazione, *ratione temporis*, ai contratti dedotti in giudizio, l'ultimo dei quali essendo stato stipulato in data precedente l'entrata in vigore della disposizione richiamata.

Il diritto dell'Unione Europea. Il giudice nazionale

In base all'art. 11 della Costituzione, con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un ordinamento più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione(Corte Cost.348/2007).

Con numerose sentenze la Corte di Giustizia ha affermato il principio secondo cui nelle materia di competenza dell'Unione, vale a dire nelle materie oggetto di regolamentazione da parte del diritto europeo e, comunque, rientrante, in una materia che involge la regolamentazione europea, la norma eurounitaria

prevale, in caso di conflitto con la norma statale, su quest'ultima (Corte Giust. 15.2.1962, Corte di Giustizia 15.7.1964, causa 6/64 Costa Enel).

Nella sentenza Corte di Giustizia 9.3.1978 causa c 106/1977, Simmenthal è stato precisato che *qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti dalla legge interna, sia anteriore che successiva alla norma comunitaria.*

La capacità della giurisprudenza comunitaria di interagire e incidere sul diritto nazionale in termini di rafforzamento dei poteri del Giudice interno per la maggior tutela dei diritti sociali ed economici ha subito una progressiva accelerazione ed un sicuro rafforzamento a seguito dell'entrata in vigore dal 1° dicembre 2009 del Trattato di Lisbona, ora Trattato dell'Unione europea TUE.

In questo solco la Corte di Giustizia nella causa Fuß del 25 novembre 2010 al punto 41: ha precisato *Secondo la giurisprudenza della Corte, ne consegue che qualora non possano procedere ad un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle prescrizioni del diritto dell'Unione, i giudici nazionali e gli organi dell'amministrazione hanno l'obbligo di applicare integralmente il diritto dell'Unione e di tutelare i diritti che quest'ultimo attribuisce ai singoli, disapplicando, se necessario, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno.*

Sulla prevalenza del diritto comunitario si è espressa anche la Corte di Cassazione (SS.UU.27619/2006) affermando che *la corretta applicazione del diritto comunitario deve avvenire anche d'ufficio e anche per la prima volta in sede di legittimità, in forza del principio di effettività del diritto comunitario e del suo rango sovraordinato a quello nazionale, espressamente ribadito dal nuovo testo dell'art.117, comma 1, Cost., il quale pone al legislatore nazionale un espresso vincolo di diritto comunitario.*

Il giudice nazionale, che con numerose sentenze la Corte di Giustizia ha reso, a tutti gli effetti, giudice del diritto eurounitario, deve, dunque, verificare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni comunitarie vincolanti e fare applicazione delle medesime anche d'ufficio (Cass. 6231/2010, 8135/2004 13225/2004, 17564/2002,) anche alla stregua delle decisioni della Corte di giustizia, (Corte Cost. 170/1984), che ai sensi dell'art. 104, par. 3, reg. proc. della Corte dell'Unione, nel testo consolidato al 13.4.2010, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative .

Le considerazioni svolte aprono, dunque, spazio per il doveroso vaglio ad opera di questo giudice nazionale della conformità delle disposizioni di legge interna che regolano i contratti dedotti in giudizio alla direttiva 1999/70/UE e impongono ad un tempo, ove emergano profili di contrasto tra diritto interno e diritto dell'Unione, la doverosa interpretazione delle norme interne in conformità al testo ed agli obiettivi della direttiva (Corte giust., 10 aprile 1984, causa c-14/83, Van Colson e Kamann; 13 novembre 1990, causa c-106/89, Marleasing; causa c 39/2001, Pfeiffer, 22.11.2005 causa c -144/2004, ordinanza 29.11.2009 cause riunite C162-164/2004, Lagoudakis, 28.1.2010 causa C-406/2008, Uniplex, Grande sezione 27.10.2009 causa C- 115/2008, Cez; Grande Sezione 19.1.2010 causa C-555/2007, Kukukdeveci, causa c-212/04, Adeneler,.)

La nostra Corte Suprema nella sentenza SSUU 355/2010 hanno statuito che *Secondo il consolidato orientamento" della stessa Corte di Giustizia, inoltre, "l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, come pure l'obbligo, loro imposto dall'art. 5 del Trattato (divenuto art. 10 CE), di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire tale adempimento valgono per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali" per cui (Cass., un.: 17 novembre 2008 n. 27310, dalla quale gli excerpta, nonche' 18 dicembre 2006 n. 26948) "il giudice statale", "nell'applicare il diritto nazionale" ("a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva"), "deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e delle finalita' della direttiva, onde garantire la piena effettivita' della direttiva stessa e conseguire il risultato perseguito da quest' ultima, cosi' conformandosi all'art. 249, comma 3, del Trattato (v., tra le altre, sent. 13 novembre 1990, C-106/89, Marleasing sa: sent. 25 febbraio 1999, causa C-131/97, Carbonari; sent. 5 ottobre 2004, n. da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer; sent. 7 settembre 2006, n. da C-187/05 a C-190/05, Areios Pagos)": "nella evoluzione della giurisprudenza comunitaria", infatti, " il principio della interpreta-zione conforme del diritto nazionale, pur riguardando essenzialmente le norme interne introdotte per recepire le direttive comunitarie in funzione di una tutela effettiva delle situazioni giuridiche di rilevanza comunitaria quale strumento per pervenire anche nell'ambito dei rapporti interprivati alla applicazione immediata del diritto comunitario in caso di contrasto con il diritto interno, cosi' superando i limiti del divieto di applicazione delle direttive comunitarie immediatamente vincolanti non trasposte nei rapporti orizzontali - non appare evocato soltanto in relazione all'esegesi di dette norme interne, ma sollecita il giudice nazionale a prendere in considerazione tutto il diritto interno ed a valutare, attraverso l'utilizzazione dei metodi interpretativi dallo stesso ordinamento*

riconosciuti, in quale misura esso possa essere applicato in modo da non addivenire ad un risultato contrario a quello cui mira la direttiva".

La direttiva 1999/70/UE, in quanto recepita dal legislatore italiano, ha effetti diretti anche sui rapporti di lavoro del personale scolastico, che, per quanto sopra osservato non è estranea all'area di applicazione delle disposizioni generali contenute nel decreto legislativo 368/2001.

E d'altra parte, ove si ritenesse la disciplina speciale del settore scolastico svincolata dai limiti imposti dal legislatore interno in sede di attuazione della sopra richiamata direttiva comunitaria, essa non si sottrarrebbe al vaglio di conformità alla direttiva 1999/70/UE.

La forza, *orizzontale*, vincolante della direttiva, quanto alle disposizioni chiare, precise ed incondizionate, si afferma con riferimento ai rapporti che trovano titolo e fonte nei contratti dedotti in giudizio, in ragione del fatto che una delle parti dei rapporti è lo Stato Italiano (Corte giust. C-152/1984, Marshall, e C 188/89, Foster).

Ulteriore conseguenza delle considerazioni svolte consiste nell'obbligo per questo giudice nazionale, qualora sia impossibile pervenire ad una soluzione ermeneutica conforme ai requisiti della direttiva 1999/70/UE, di non applicare la disposizione interna difforme, per dare integrale attuazione all'ordinamento europeo e proteggere i diritti che questo attribuisce ai singoli (Corte giust., causa c-462/99, Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation).

(aw)

La direttiva 1999/70/CE

La direttiva in materia di contratti a termine afferma il principio generale in forza del quale il contratto a termine costituisce un'eccezione rispetto alla regola generale che continua ad essere quella del contratto a tempo indeterminato: infatti, nel preambolo dell'accordo recepito dalla direttiva le parti riconoscono che i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro tra datori di lavoro e lavoratori.

Questo principio, affermato anche dal nostro legislatore, con l'introduzione del comma n. 1 all'art. 1 del decreto legislativo 368/2001 (ad opera dell'art. 1, comma 39 della legge 247/2009), se non comporta automaticamente l'incompatibilità di una disciplina nazionale che preveda la stipulazione di un contratto a tempo determinato senza l'indicazione di una specifica causale,

preclude al legislatore nazionale l'adozione di una disciplina attraverso la quale il ricorso al contratto a termine possa ritenersi generalizzato ed indiscriminato, con la conseguenza che, stante il carattere eccezionale del contratto a termine, questo debba essere previsto in situazioni specifiche e peculiari.

Il 7° considerando della direttiva prevede che l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato basata su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi, in conformità all'obiettivo indicato nella clausola n. 1 (a) migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione; b) creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato).

La clausola n. 5 dispone che: "Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri... dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga 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; 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".

Nella sentenza 22 novembre 2005 causa C-144/04. Mangold, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel delineare l'oggetto della direttiva europea, riferendolo al solo tema degli abusi da successione di contratti a termine, ha affermato che "la clausola 5, punto 1 dell'accordo quadro mira a prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato ed essendo il contratto oggetto di causa il primo ed unico contratto di lavoro tra esse stipulato l'interpretazione della clausola 5) è priva di pertinenza ai fini della soluzione della controversia".

Nello stesso senso la Corte di Giustizia nella sentenza del 4 luglio 2006 causa c-212/04 Adeneler, ha specificato che "la clausola 5) n. 1 deve essere interpretata nel senso che essa osta all'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi che sia giustificata dalla sola circostanza di essere prevista da una disposizione legislativa o regolamentare generale di uno stato membro ed ha precisando che la nozione di ragioni obiettive ai sensi di detta clausola esige che il ricorso a questo tipo particolare di rapporti di lavoro quale previsto dalla normativa nazionale sia giustificato dall'esistenza di elementi concreti relativi in particolare all'attività di cui trattasi ed alle condizioni del suo esercizio.

La direttiva 1999/70/UE ammette l'ipotesi che, in alcuni settori, i contratti a tempo determinato rappresentino una caratteristica dell'impiego *atta a soddisfare sia i datori di lavoro sia i lavoratori* (primo capoverso del Preambolo e punto 8 delle Considerazioni generali dell'accordo quadro).

E', dunque, indispensabile verificare, con riferimento alle censure formulate dal Ministero nei confronti della decisione impugnata, se nel processo in esame siano emersi elementi che consentano di ritenere la sussistenza di elementi concreti che abbiano giustificato, in relazione alle esigenze organizzative di cui ai commi 1 e 2 della legge 124/1999, la instaurazione di rapporti di lavoro subordinato a tempo determinato.

Si tratta anche di accertare se siano stati allegati, e comunque provati, elementi idonei a dimostrare che l'Amministrazione scolastica si è dotata di mezzi per delimitare il ripetuto ricorso alla attribuzione delle supplenze di cui ai commi 1 e 2 della legge 124/1999 al fine di evitare la precarizzazione della situazione dei lavoratori dipendenti (Corte Giust. Adeneler, p. 63).

Occorre anche accertare se, per avventura, il lavoro a termine in ambito scolastico sia una caratteristica dell'impiego *atta a soddisfare sia i datori di lavoro sia i lavoratori* (primo capoverso del Preambolo e punto 8 delle Considerazioni generali dell'accordo quadro).

E' principio acquisito che, al pari di qualsiasi datore di lavoro, lo Stato che agisca in questa veste non è autorizzato ad impiegare strumenti contrari all'obiettivo della direttiva che mira a evitare la precarizzazione dei lavoratori (Corte Giust. causa C.268/2006, *Impact*, p. 92).

Deve, pertanto, ritenersi che anche per il settore scolastico non sono consentite assunzioni a termine successive in difetto di *ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti*, quali individuate dalle norme di attuazione della disciplina comunitaria.

E' utile osservare che le "*ragioni obiettive*", che giustificano il rinnovo e la reiterazione dei contratti a termine, ai sensi della clausola 5.1 lett. a) dell'accordo quadro europeo, trovano una chiave di lettura nella precedente clausola 3, che identifica le "*condizioni oggettive*" con "*il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico*" (Corte Giustizia ord. 11 novembre 2010, c-20/10, *Vino*, 18 dicembre 2008, c-306/07, *Ruben Andersen*,).

La Corte di Giustizia ha precisato che quando il motivo, al di là della giustificazione formale, si rivela di fatto "*non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, si porrebbe in contrasto con l'obiettivo*

perseguito dalla clausola in questione, la quale mira a prevenire in modo effettivo l'utilizzo abusivo di contratti o rapporti lavoro a tempo determinato successivi (Corte di Giustizia sentenze Adeneler e Angelidaki, ordinanza Vassilakis e Vino) .

A giudizio di questa Corte territoriale, l'art. 4, primo e secondo comma 1. 124/99 non collega il conferimento delle supplenze di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 4 a compiti o eventi specifici, e nemmeno ad *elementi concreti relativi in particolare all' attività di cui trattasi ed alle condizioni del suo esercizio.*

Come è stato sopra rilevato, il reclutamento del personale docente attraverso l'assunzione a tempo determinato ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 4 della legge 124/1999 ha presupposti di carattere diverso tra loro.

Ma queste assunzioni rispondono ad esigenze dell'Amministrazione scolastica pressochè stabili e durevoli nel tempo perché per legge l'accesso ai ruoli oggi avviene per il 50 per cento dei posti mediante concorsi per titoli ed esami (art. 399) e, per il restante 50 per cento, attingendo dalle graduatorie permanenti.

Se nel comma 1 dell'art. 4 della legge 124/1999 le esigenze di coprire posti vacanti sono per definizione permanenti, non provvisoria è anche l'esigenza individuata al comma 2, dal momento che i posti da coprire, pur non essendo tecnicamente vacanti, si rendono di fatto disponibili per effetto di un sistema di stabilizzazione e di mobilità che ha rinunciato ab origine ad ogni programmazione ragionevole delle esigenze del servizio di istruzione e ad una razionale politica di gestione del personale.

Sono, di contro, realmente provvisorie le esigenze di cui al comma al 3 dell'art. 4 della legge appena richiamata, posto che queste sono sottese alla attribuzione degli incarichi (di supplenza temporanea) da conferirsi per la sostituzione di personale assente o per la copertura di posti resisi disponibili, per qualsivoglia ragione, soltanto dopo il 31 dicembre, e destinate a terminare non appena venga meno l'esigenza per cui sono state disposte.

Ciò posto, non dubita questa Corte territoriale che in un'organizzazione molto complessa, come quella scolastica, nella quale incidono in misura rilevante i mutamenti demografici ed anche le scelte dei piani formativi da parte delle famiglie dei discenti, è concretamente ed oggettivamente impossibile una programmazione anticipata ed una volta per tutte delle risorse umane (personale docente e non docente) da mettere in campo.

Ma è altrettanto incontestabile che la disciplina in vigore ha ricostruito (e ancora oggi ricostruisce) ed ha legittimato (ed ancora oggi legittima) un sistema privo della benchè minima programmazione, un sistema che ha reso durevole e permanente la provvisorietà; ha fatto, anzi, della provvisorietà la

regola per l'attribuzione degli incarichi di supplenza, ha di fatto realizzato un sistema connotato dal ripetuto ricorso delle assunzioni a termine anche in relazione a posti che sono disponibili.

La disciplina delle supplenze nel comparto scolastico, infatti, non stabilisce, per quanto sopra considerato, limiti temporali alla reiterazione dei contratti a termine.

In tal senso è la legge e in tal senso sono i regolamenti attuativi e, d'altra parte, conferma della stabilità delle esigenze si rinviene nel fatto che, rendendosi disponibili, questi posti sono destinati "prevedibilmente" a restare tali per l'intero anno scolastico e nel fatto che per decenni l'attribuzione delle supplenze è avvenuta con contratti a tempo determinato.

La prognosi di copertura, che il legislatore demanda all'Amministrazione per conferire la supplenza, appare poco più che una clausola di stile, poiché non v'è norma secondaria che la regolamenti.

Quanto appena considerato evidenzia che la legge 124/1999 prevede e consente assunzioni a tempo determinato in assenza di ragioni obiettive, nella nozione sopra ricostruita in relazione alle sentenze della Corte di Giustizia, per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti.

La legge, inoltre, come è stato sopra rilevato non contiene alcuna disposizione idonea ad evitare abusi nelle assunzioni a tempo determinato nei casi previsti nei commi 1 e 2 dell'art. 4 ma, anzi, istituisce e mantiene un sistema di reclutamento che si connota per la continua ripetizione del ricorso alle assunzioni a tempo determinato perché ogni periodo lavorato comporta l'aumento del punteggio per la graduatoria e, di conseguenza, la progressione nell'ordine di preferenza per successive assunzioni a termine.

Va anche rilevato che il Ministero non ha svolto alcuna allegazione in ordine alla idoneità dello speciale sistema di reclutamento a soddisfare le esigenze di entrambe le parti contraenti *a soddisfare sia i datori di lavoro sia i lavoratori* (primo capoverso del Preambolo e punto 8 delle Considerazioni generali dell'accordo quadro).

Deve pertanto escludersi che l'art. 4 commi 1 e 2 della legge 124/1999 sia conforme alle previsioni della direttiva 1999/70/UE.

Con specifico riferimento alla fattispecie in esame questa Corte territoriale rileva che la reiterazione dei contratti di lavoro stipulati con la è frutto dell'applicazione della normativa del sistema di reclutamento sopra ricostruito.

Il Ministero a conforto della tesi della legittimità delle assunzioni a termine della ha richiamato la disciplina legale in tema di reclutamento del personale scolastico ma a fronte d'un dato testuale inequivoco sul carattere non provvisorio delle ragioni previste dai commi 1 e 2 dell'art. 4 della legge 124/99, ha omesso qualsiasi allegazione in ordine a circostanze di fatto utili a smentirlo o integrarlo.

Tanto meno ha dedotto a prova il fatto che le procedure per le assunzioni in ruolo siano state indette nel periodo per cui è causa o si prevedano per un futuro imminente.

Questa Corte territoriale rileva che nei contratti dedotti in giudizio non è specificata la ragione dell'assunzione, vale a dire se questa è stata effettuata ai sensi del primo comma ovvero del secondo comma ovvero del terzo comma dell'art. 4 della legge 124/1999.

E' verosimile che si tratti di assunzioni ai sensi del comma 2 della legge 124/1999, dal momento che la data di cessazione di alcuni rapporti coincide con la chiusura dell'anno scolastico, ma in assenza di precisi elementi testuali e di allegazioni puntuali da parte del Ministero non può escludersi che le assunzioni siano riferibili alla ipotesi prevista dal comma 1 dell'art. 4.

Sulla base del dato normativo e per quanto considerato in fatto, bisogna ritenere che con i contratti dedotti in giudizio le supplenze siano state conferite per fare fronte a stabili vacanze nell'organico ed in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per assumere personale di ruolo, posto che nella memoria di costituzione nel giudizio di primo grado ed ancora oggi in sede di gravame il Ministero non ha contestato queste circostanze.

Questa Corte territoriale osserva che l'avvenuta trasposizione della direttiva da parte dello Stato italiano consente d'interpretare in modo conforme all'ordinamento europeo il complesso delle sue disposizioni. Infatti, *"Se è vero che il principio di interpretazione conforme del diritto nazionale, così imposto dal diritto comunitario, riguarda in primo luogo le norme interne introdotte per recepire la direttiva in questione, esso non si limita, tuttavia, all'esegesi di tali norme, bensì esige che il giudice nazionale prenda in considerazione tutto il diritto nazionale per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non addivenire ad un risultato contrario a quello cui mira la direttiva (così Corte di Giustizia, sentenza 25 febbraio 1999, causa C-131/97 Carbonari, che richiama le sentenze 13 novembre 1990, causa C-106/89, Moarleasing, e 16 dicembre 1993, causa C-334/92, Wagner Miret)*.

Ces

A questo proposito, se il diritto nazionale, mediante l'applicazione di metodi di interpretazione da esso riconosciuti, in determinate circostanze consente di interpretare una norma dell'ordinamento giuridico interno in modo tale da

evitare un conflitto con un'altra norma di diritto interno o di ridurre a tale scopo la portata di quella norma applicandola solamente nella misura compatibile con l'altra, il giudice ha l'obbligo di utilizzare gli stessi metodi al fine di ottenere il risultato perseguito dalla direttiva" (Corte Giust., 5 ottobre 2004, c-397 e 403/01, Pfeiffer).

In applicazione dei richiamati principi occorre esaminare tutto il diritto nazionale per valutare in quale misura esso possa essere applicato in modo tale da non addivenire ad un risultato contrario a quello cui mira la direttiva 1999/70/UE.

Ciò posto, questa Corte territoriale osserva che la disciplina generale di diritto interno del contratto di lavoro a tempo determinato contempla misure volte a prevenire l'abuso nella successione dei contratti a termine.

Le misure in tal senso previste dall'art. 5 d. lgs 368/2001, e, tra queste, in particolare, quella contenuta nel comma 4-*bis*, introdotta dall'art. 1, c. 40, lett. b), l. 247/2007 ben possono riferirsi anche ad un sistema di assunzioni a tempo determinato congegnato secondo graduatorie da cui il personale è prescelto sulla base della maggiore esperienza maturata (dunque del superiore punteggio raggiunto) ed in presenza di esigenze permanenti del servizio. Il limite all'abuso viene individuato dalla durata massima complessiva della prestazione (*"trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro"*).

La norma dell'art. 5, c. 4-*bis*, d. lgs 368/2001, nel testo applicabile *ratione temporis* ai contratti dedotti in giudizio, non è incompatibile con quella dell'art. 4, primo comma, l. 124/99. I confini temporali entro cui essa consente il rinnovo di contratti a tempo determinato sono anzi coerenti coi generali ostacoli posti all'impiego del lavoro flessibile presso le pubbliche amministrazioni dall'art. 36 d. lgs 165/2001, così come modificato a sua volta dalla l. 247/2007.

Va rammentato inoltre che la durata massima fissata dall'art. 5 d. lgs 368/2001 è stata riconosciuta come limite per *"evitare il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico"* dal Governo italiano stesso nel giudizio tenutosi davanti alla Corte di giustizia UE nel 2010 (Corte giust., ordinanza 25.10.2010 causa C-310 Affatato,)

Sulla scorta delle considerazioni svolte deve ritenersi che le assunzioni a termine della _____ non potevano essere protrate oltre i trentasei mesi complessivi previsti dall'art. 5, c. 4-*bis*, d. lgs 368/2001, nel testo applicabile

Cer

ancora alla stipula dell'ultimo dei contratti dedotti in giudizio (oltre, dunque, il 30.6.2003).

Questa soluzione discende dai principi che regolano, nel nostro ordinamento, i rapporti tra norma generale (nel caso in esame quella introdotta con la trasposizione della direttiva 1999/70/UE) e norma speciale (di comparto).

Essa s'impone comunque, sul piano interpretativo, per l'esigenza di dare attuazione all'ordinamento europeo e di conseguire dunque il risultato perseguito dalla citata direttiva di prevenire gli abusi nell'adozione di contratti a tempo determinato da parte dell'Amministrazione nei confronti dei lavoratori suoi dipendenti.

Ma, in ogni caso, l'esito dell'operazione d'interpretazione conforme sarebbe identico né verrebbe pregiudicato dal carattere non incondizionato della clausola 5.1 (Corte giust., *Impact*, p. 70 e 71)

Per le ragioni esposte il rinnovo dei contratti stipulati ai sensi dell'art. 4, primo comma, l. 124/99 è da ritenersi illegittimo per il tempo in cui è stato superato il limite di 36 mesi .

Va pertanto respinto l'appello, incidentale, proposto dal Ministero.

Sull' appello principale

Come già rilevato in apertura della presente motivazione, non essendo stata investita di alcuna censura la statuizione che ha escluso la conversione dei rapporti a termine in rapporto a tempo indeterminato, il thema decidendum del gravame è costituito unicamente dalla misura della indennità risarcitoria, che la domanda sia quantificata in misura pari a 20 mensilità di retribuzione, in misura superiore, dunque, a quella liquidata dal giudice di prime cure.

In precedenti pronunzie di merito (Trib Genova, Billeci- Ministero della Pubblica Istruzione della Ricerca e dell'Università 25.3.2011, *Stella vs Comune di Milano*, Tribunale Milano 17.12.2008) è stato osservato che l'art. 18 L 300/70, disposizione che trova applicazione anche nei rapporti di lavoro nelle quali è parte la Pubblica Amministrazione (art. 51 cpv. d. lgs 165/2001), ricostruisce il *valore della perdita del posto di lavoro* in caso di licenziamento illegittimo da parte di datore di lavoro che occupi alle sue dipendenze più di quindici dipendenti.

Questa disposizione, contrariamente a quanto statuito nella sentenza impugnata, costituisce utile parametro di riferimento per la valutazione

equitativa del danno correlato alla illegittima apposizione del termine (danno che non postula adempimenti probatori da parte del lavoratore) e, dunque, alla cessazione del rapporto, in quanto assicura il rispetto del principio di equivalenza (sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck) nella tutela di situazioni che possono ritenersi comparabili, avuto riguardo alle dimensioni occupazionali della Amministrazione scolastica ed agli effetti che determina di fatto, quanto alla prosecuzione del rapporto di lavoro, la scadenza del termine.

Considerato che nella fattispecie in esame si è in presenza di una successione di contratti (12) stipulati nell'arco di circa 11 anni, e del fatto che già in data 30.6.2003 risultava superato il termine di 36 mesi previsto dall'art. 5, c. 4-bis, d. lgs 368/2001, il risarcimento va determinato nella attualità nell'importo pari a 20 mensilità di retribuzione, (5 mensilità corrispondenti alla misura minima prevista dal comma 4 dell'art. 18 L 300/70 e 15 mensilità corrispondenti all'indennità sostitutiva della reintegra prevista dal comma 5 dell'art. 18 L 300/70).

Rivalutazione monetaria ed interessi legali sono dovuti nei limiti di cui all'articolo 22, comma 36, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, in relazione all'articolo 16, comma 6, della legge 30 dicembre 1991, n. 412, cit., nella lettura datane dalla Corte Costituzionale (n 459 del 2000, sulla falsariga di precedente della stessa Corte (sentenza di rigetto n. 361 del 1996, concernente l'articolo 16, comma 6, della legge 30 dicembre 1991, n. 412)

Sono fondate le censure correlate alla quantificazione delle spese del giudizio, in quanto, in applicazione delle tariffe in vigore queste, avuto riguardo all'attività processuale spiegata nel giudizio di primo grado, avrebbero dovuto essere liquidate nell'importo domandato di € 2081,00 (€ 1215,00 per onorari ed € 866,00 per diritti) oltre rimborso spese generali Iva e CAP 2081,00 .

La censura relativa alla disposta compensazione delle spese resta assorbita dalla presente pronuncia che, riformando la statuizione del giudice di prime cure, provvede sulle spese dei due gradi del giudizio.

Queste vanno compensate in misura pari ad ½ avuto riguardo all'esito del giudizio, che vede una parziale soccombenza della ed anche alla complessità del quadro normativo di riferimento e che per la restante parte vanno poste a carico del Ministero

P.Q.M.

pronunziando sull'appello principale e sull'appello incidentale, in parziale riforma della sentenza impugnata, condanna il Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca - Ufficio Scolastico provinciale di Viterbo -, in persona del Ministro, a pagare, con interessi legali da computarsi a far tempo dalla data di scadenza dell'ultimo dei contratti a termine , a

..... il risarcimento del danno pari a 20 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto
liquida in complessivi € 2081,00 (€ 1215,00 per onorari ed € 866,00 per diritti) le spese del giudizio di primo grado oltre rimborso spese generali Iva e CAP nella misura di legge ed in € 2200,00 (€ 1320,00 per onorari ed € 900,00 per diritti diritti) oltre rimborso spese generali Iva e CAP nella misura di legge quelle del giudizio di gravame;compensa nella misura di ½ le spese dei due gradi del giudizio
condanna il Ministero alla refusione in favore di della restante metà
conferma nel resto la sentenza impugnata

Roma, 17.1.2012

Il Presidente estensore

IL DIRETTORE AMMINISTRATIVO
D.ssa Daniela Testa

