

**TRIBUNALE DI BELLUNO**  
**SEZIONE LAVORO**  
**RICORSO EX ART. 414 C.P.C.**

\*\*\*\*\*

Per **FRANCESCO MAORET** nato il 1/6/1981 a Feltre (CF MRTFNC81H01D530D) e residente in Feltre, via Facina 72-32032 (BL), rappresentato e difeso in virtù di procura in calce allegata, dall'Avv. Sabrina Bellumat (C.F. BLL SRN 77S50 D530M) e dall'avv. Serena Maccagnan (C.F. MCCSRN77D63D530Y) e elettivamente domiciliato presso lo studio della prima in Feltre, via C. Castaldi 2- Belluno (BL), come da mandato allegato al presente ricorso

**CONTRO**

**- MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA (CF: 80185250588)**, in persona del legale rappresentate *pro tempore*.

**- UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER IL VENETO (CF: 80015150271)**, in persona del legale rappresentate *pro tempore*.

Oggetto: stabilizzazione del rapporto lavorativo

**IN FATTO**

Il sig. Francesco Maoret ha conseguito presso l'Università degli studi di Ferrara la Laurea Specialistica in Ecologia ed Evoluzione, superando l'esame finale di laurea specialistica in data 22.03.2011 con voto di 110/110 con lode (doc. n. 1).

Ha quindi scelto di intraprendere la via dell'insegnamento e dal 2015 è un docente precario della scuola pubblica.

Il ricorrente, in questa fase di precariato, ha prestato servizio d'insegnamento, alle dipendenze del MIUR, in virtù di reiterati contratti a tempo determinato come da prospetto riassuntivo che segue:

**ANNO SERVIZI**

**- 2015 / 2016**

- Dal 11/12/2015 al 31/08/2016, 18 ore presso IC Agordo, BLMM828018 (doc. n. 2).

**- 2016 / 2017**

- Dal 17/09/2016 al 24/09/2016, 18 ore presso IC Ponte nelle Alpi, BLMM823015 (doc. n. 3).

- Dal 10/10/2016 al 21/10/2016, 18 ore presso IC Cesiomaggiore, BLMM807017 (doc. n. 4).



- Dal 22/10/2016 al 08/11/2016, 18 ore presso IC Feltre, BLMM83301Q (doc. n. 5).
- Dal 09/11/2016 al 13/12/2016, 18 ore presso IC Feltre, BLMM83301Q (doc. n. 6).
- Dal 14/12/2016 al 17/12/2016, 18 ore presso IC Feltre, BLMM83301Q (doc. n. 7).
- Dal 19/12/2016 al 30/06/2017, 9 ore presso IC Feltre, BLMM83301Q (doc. n. 8).
- Dal 10/01/2017 al 28/01/2017, 6 ore presso IC Feltre, BLMM83301Q (doc. n. 9).
- Dal 29/01/2017 al 31/03/2017, 6 ore presso IC Feltre, BLMM83301Q (doc. n. 10).
- Dal 01/04/2017 al 30/04/2017, 6 ore presso IC Feltre, BLMM83301Q (doc. n. 11).
- Dal 01/05/2017 al 09/06/2017, 6 ore presso IC Feltre, BLMM83301Q (doc. n.12).
- Dal 10/06/2017 al 10/06/2017, 6 ore presso IC Feltre, BLMM83301Q (doc. n.13).
- Dal 12/06/2017 al 28/06/2017, 6 ore presso IC Feltre, BLMM83301Q (doc. n.14).
- 2017 / 2018
- Dal 14/09/2017 al 02/10/2017, 9 ore presso IC Lamon, BLMM815016 (doc. n. 15).
- Dal 27/09/2017 al 29/09/2017, 6 ore presso IC Quero-Vas, BLMM81301E (doc. n. 16).
- Dal 03/10/2017 al 30/06/2018, 9 ore presso IC Lamon, BLMM815016 (doc. n.17).
- Dal 18/10/2017 al 30/06/2018, 9 ore presso IC Cesiomaggiore, BLMM807017 (sostegno) (doc. n. 18).
- 2018 / 2019
- Dal 24/09/2018 al 30/06/2019, 9 ore presso IC Lamon, BLMM815016 (doc. n. 19).
- Dal 05/10/2018 al 30/06/2019, 9 ore presso IC Cesiomaggiore, BLMM807017 (sostegno) (doc. n. 20).
- 2019 / 2020
- Dal 24/09/2019 al 31/08/2020, 18 ore presso IC Fonzaso e Lamon, BLMM82002P (doc. n. 21).
- 2020 / 2021
- Dal 5/10/2020 al 31/08/2021, 18 ore presso IC Fonzaso e Lamon, BLMM82002P (doc. n. 22).



Si rappresenta altresì che nell'anno accademico 2018/2019 il prof. Maoret si immatricolava ai corsi per l'acquisizione dei 24 CFU del D.Lgs.vo n. 59/2017 (doc. n. 23).

Premesso altresì che:

- l'apposizione del termine in ciascuno ma soprattutto nell'insieme dei contratti denota la palese violazione di legge e delle garanzie del lavoratore;
- per effetto di tale pratica, il dott. Maoret non ha beneficiato della continuità di carriera, perdendo le chance di progressione che gli spettavano, con riguardo sia agli aspetti economici e normativi;
- nemmeno in costanza dell'indizione di nuovo concorso/stabilizzazione il MIUR ha garantito la stabilità al dott. Maoret, quale lavoratore precario con precedenza nelle nuove assunzioni;
- da ultimo, e sempre come "precario", il dott. Maoret ha preso servizio con assunzione a termine sino al 31/08/2021 presso l'istituto comprensivo di Fonzaso e Lamon;
- per tali ragioni con diffida del 26/10/2020 il dott. Maoret ha impugnato l'ultimo e l'insieme dei suoi contratti a termine, in quanto l'apposizione del termine risulta illegittima, invalida inefficace e comunque discriminatoria e in frode alla legge (doc. n. 24).

Sempre in punto di fatto occorre puntualizzare che:

- tutti i servizi scolastici sopra evidenziati sono stati prestati con il prescritto titolo di studio;
- i servizi d'insegnamento svolti dal ricorrente per più di 180 giorni per anno scolastico oppure dal primo febbraio sino al termine delle operazioni di scrutinio finale vanno ricondotti ad annualità ai sensi dell'art. 527 D. Lgs. 297/94.

## **MOTIVI IN DIRITTO**

### **I.**

#### **Quanto alla stabilizzazione del rapporto.**

##### **A) La normativa nazionale e la giurisprudenza comunitaria: l'obbligo delle misure dissuasive e sanzionatorie:**

Nella normativa sino ad oggi succedutasi, non da ultimo l'art. 4, comma 14 bis, della legge 124 del 1999, non si ravvisano disposizioni che riconducano in qualche modo la materia delle assunzioni in ambito scolastico alla disciplina generale dei contratti a termine.

Si deve prendere atto altresì che a fronte del precariato scolastico diversificato, a seconda delle supplenze annuali, al termine delle attività didattiche o temporanee, nel nostro paese si possa ritenere legittimo l'assunto secondo cui si può assumere reiteratamente a termine



su posti vacanti solo perché questi stessi posti un giorno dovranno essere assegnati o a procedure concorsuali o solo perché esiste una stabile esigenza, mai spiegata, di copertura di posti liberi.

Questo assunto, infatti, è ritenuto difficilmente conciliabile con le disposizioni comunitarie che individuano puntuali condizioni da soddisfare perché il termine a un contratto non comprometta la tutela di interessi fondamentali dei lavoratori.

In tutto ciò la Giurisprudenza comunitaria è chiara: la normativa nazionale deve prevenire gli abusi dei contratti a termine e sanzionarli nel perfetto recepimento della clausola 5 della direttiva 1999/70/CE, recepita dal nostro ordinamento dal D.Lgs. 368/01.

La sentenza Adelener del 4 giugno 2006 della CGUE ha precisato: il Giudice nazionale ha l'obbligo di provvedere laddove possibile all'interpretazione delle norme di diritto interno in modo compatibile con l'ordinamento comunitario.

Quindi, nonostante la specificità delle norme sulla scuola, la Corte Europea ritiene che devono trovare applicazione i principi garantistici propri della direttiva; non è un caso se anche nella sentenza Vassillakis del 22 giugno 2008 le assunzioni non possano avvenire in successione o a intervalli ridotti cosicché deduce che se la normativa scolastica fosse svincolata dai limiti applicabili ai rapporti a termine, sarebbe in contrasto insanabile con la disciplina vincolante comunitaria e l'intera legislazione sull'assunzione del personale scolastico dovrebbe essere disapplicata.

La carenza di ragioni oggettive come motivo per l'annullamento dei contratti a termine è stata altresì resa esplicita nella causa Kukuk del 26 gennaio 2012 della CGUE dove le stesse ragioni possono essere individuate nella particolare natura delle funzioni, delle caratteristiche a esse inerenti o dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale.

Queste ragioni devono essere legate a circostanze precise e concrete che prescindono dalla loro esplicitazione nel contratto e che nel caso della scuola devono essere valutate nella discriminante tra posti vacanti e disponibili e non vacanti ma disponibili. Se un contratto è dato a tempo determinato per ragioni sostitutive può essere giustificabile la sua reiterazione. In caso contrario, se il posto è vacante, l'amministrazione è tenuta a coprirlo attraverso l'attribuzione di un contratto a tempo indeterminato a personale idoneo attinto dalle graduatorie.

In questo caso non vi è temporaneità del fabbisogno cosicché se il MIUR non assume, deve specificare le ragioni oggettive che non sono desumibili dalla situazione concreta e deve



chiarire le ragioni tecnico-organizzative senza ripararsi dietro il diaframma della peculiarità del settore.

## LA NORMATIVA

Ai sensi della Direttiva 1999/70/CE è obbligo dello Stato, quindi anche dell'Italia, creare un quadro normativo atto ad impedire la abusiva reiterazione dei contratti a termine (cfr Clausola 5 della Direttiva). Il sistema pubblico in realtà è stato caratterizzato, fino a 2007 (rectius fino all'1.4.09), dalla sola sanzione risarcitoria di cui all'art. 36 del D.Lgs. n. 165/01 (cfr, nella attuale numerazione, il comma 5): in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Detta disposizione non può ritenersi implicitamente abrogata dalla successiva entrata in vigore del D.Lgs. n. 368/01, considerato che si tratta di disposizione speciale (Corte di Cassazione, Sezione lavoro, sentenza 24/05/2005, n.10904 ed in particolare il punto 3.1 dei motivi della decisione), non necessariamente incompatibile con la disciplina delineata dal D.Lgs. n. 368/01 e con la relativa Direttiva dell'Unione europea, anzi ad essa conforme: infatti ai sensi della clausola 5, n. 2, lett. b), dell'accordo-quadro attuato dalla direttiva 1999/70, gli Stati membri debbono «stabilire a quali condizioni i contratti...di lavoro a tempo determinato...devono essere ritenuti...a tempo indeterminato» (cfr. punto 3.2 della citata sentenza della Cassazione: è stato rimesso agli Stati membri a quali condizioni i contratti a tempo determinato devono essere ritenuti a tempo indeterminato (clausola 5, comma secondo, dell'accordo quadro CES-UNICE-CEEP recepito dalla Direttiva)). L'effetto della c.d. conversione del contratto a tempo indeterminato non è quindi indispensabile per l'attuazione della direttiva in parola, potendo detto effetto essere limitato (o non previsto) in presenza di condizioni stabilite dallo Stato membro. Parimenti, l'art. 36 del D.Lgs. n. 165/01 non si presta a censure di incostituzionalità in relazione al solo dettato costituzionale interno, tenuto conto che con esso non si salvaguarda solo l'art. 97 della Costituzione, con riferimento all'accesso tramite concorso ad impieghi presso le PA, ma altresì l'art. 3, ovvero il principio di eguaglianza, nonché il principio di ragionevolezza. Infatti, la possibilità di costituire rapporto di lavoro a tempo indeterminato tramite declaratoria di nullità del termine si potrebbe prestare ad evidenti abusi.



Quanto alle soluzioni giurisprudenziali che si sono succedute anteriormente alle soluzioni affrontate dal Tribunale di Napoli con le sentenze nn. 528- 529 e 530/2015 dott. Coppola.

In prima battuta Tribunale di Rossano, Sent. resa in data 4.6.07, Sciarrotta E. ed altri contro ASL n. 3 di Rossano, ha portato a statuire un risarcimento del danno rapportato a 17 mensilità di retribuzione (tempo necessario a trovare nuova occupazione, sulla scorta di uno studio statistico); il Tribunale di Genova ha statuito un risarcimento di 15 mensilità.

Accanto a poche pronunce di Tribunali di I grado e di Corti di Appello tese a ritrovare faticosamente parametri per un effettivo risarcimento del danno, l'orientamento maggioritario è stato nel senso della irrisarcibilità del danno perché il lavoratore era a conoscenza della non convertibilità.

La Corte di Cassazione, ha quindi oscillato tra: - ricorso alle ordinarie categorie civilistiche, rigettando quindi le richieste di risarcimento del danno (Corte di cassazione, sentenza n. 392/12); - (sentenza n. 19371/13) applicazione diretta (non parametrica), dell'art. 32, commi 5/7, della legge n. 183/10; l'art. 32, comma 5, presuppone però la conversione del contratto di lavoro, per cui certamente il danno liquidato non attiene alla perdita del posto di lavoro, non compensa il lavoratore pubblico della situazione di miglior favore in cui versa il lavoratore privato; - (sentenza n. 4417/12) delibare positivamente una sentenza di secondo grado che aveva adottato il criterio liquidatorio del Tribunale di Rossano; - (Sentenza 27481/14) applicazione dell'art. 8 della l. 604/66, stimato, incomprensibilmente, il criterio risarcitorio più basso presente nell'ordinamento adeguato rispetto a criteri più alti (ma stimati insufficienti), al fine di liquidare un non meglio precisato danno "comunitario".

Non giova nella presente sede una compiuta disamina delle diverse argomentazioni giuridiche: ciò che è necessario avere presente è la assoluta incertezza del piano delle conseguenze della violazione del disposto di cui alla direttiva 1999/70/CE, che rende, a distanza di circa 14 anni dalla scadenza dei termini di trasposizione della stessa, indeterminato e confuso il piano della effettività delle conseguenze sanzionatorie e la efficacia dissuasiva della sanzione prevista dall'art. 36 verso la P.A.. La compatibilità dell'art. 36, con la Direttiva 1999/70/CE non costituisce un dato certo e ciò dalla prima sentenza della C.g.u.e. in argomento (Sentenza Marrosu Sardino, causa C-53/04, CGUE Sezione II, sentenza 7 settembre 2006). Nella ordinanza resa nella causa C-50/13, Papalia, la Corte di giustizia è giunta di contro al dato certo della incompatibilità dell'art 36, comma 5, con la direttiva 1999/70/Ce (cfr. punti 22/28).



Il quadro normativo interno presenta quindi forti elementi di criticità, perché la misura risarcitoria non era strutturata e pensata quale misura ostativa, avente lo scopo specifico di prevenire gli abusi derivati dalla reiterazione dei contratti a termine (la disposizione era già presente nel D.Lgs. n. 29/93, quindi ben prima della direttiva 1999/70/CE): la sua concreta idoneità ostativa è assai dubbia.

**In questa ottica la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 27363/14 del 15/10- 23/12/14 ha ritenuto la applicabilità dell'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. 368/01 al precariato pubblico non scolastico, con costituibilità di contratto a tempo indeterminato.**

### **L'EVOLUZIONE DEL QUADRO NORMATIVO DAL 24.12.07**

Ai sensi della Clausola 5 della Direttiva 1999/70/CE sono possibili 3 misure ostative (anche cumulativamente tra loro) agli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato: 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. L'ordinamento italiano non prevedeva, fino al 24.12.07, la misura ostativa sub b). Il legislatore interno è intervenuto, prevedendo detta misura, con la legge 24 dicembre 2007, n. 247, che ha modificato l'art. 5 del DLgs 368/01 ed introdotto il comma 4-bis (cfr art 1, comma 40, L. n. 247/07). Esso dispone: 4-bis. Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti, 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... (il comma è stato poi così modificato dal Decreto Legge 25 giugno 2008, n. 112, come convertito: Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti e fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente piu' 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....). Il comma 4-ter prevede espressamente una ipotesi di esenzione nella applicazione



del comma 4 bis che non riguarda però la P.A.: il legislatore, quindi quando ha ritenuto di escluderne la applicazione, lo ha fatto esplicitamente. Il comma 43 dell'art. 1 della legge 247/07 prevede una disciplina transitoria, statuendo che in fase di prima applicazione delle disposizioni di cui ai commi da 40 a 42: a) i contratti a termine in corso alla data di entrata in vigore della presente legge continuano fino al termine previsto dal contratto, anche in deroga alle disposizioni di cui al comma 4-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dal presente articolo; b) il periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della presente legge si computa, insieme ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di cui al citato comma 4-bis, decorsi quindici mesi dalla medesima data. Ne deriva che la nuova disciplina opera, con valutazione dei periodi pregressi di lavoro, dal 1° aprile 2009. Ritiene questo giudice che il comma 4-bis si applichi alla P.A., deponendo in tal senso chiarissimi argomenti letterali e sistematici (tra i quali del comma 4-ter del medesimo art. 5 si è già detto).

L'art. 36 del D.Lgs. n. 165/01 sanziona solo la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori. Nel caso dell'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. 368/01 la sanzione scatta al superamento dei 36 mesi, ovvero il contratto si costituisce (non si converte) a quella data: la sanzione non scatta, come negli altri casi, sul contratto, non è l'ultimo contratto che si considera a tempo indeterminato, ma sul rapporto, con una presunzione iuris et de iure di stabilità della esigenza. L'art. 5, comma 4-bis, non presuppone neppure una deviazione dall'impiego ordinario dei lavoratori (come ad esempio in ipotesi di co.co.pro. apparentemente legittimi ma con prestazioni che si svolgono in maniera analoga ad un rapporto di lavoro ordinario), per cui non è impiego in difformità rispetto a disposizioni imperative: il contratto a termine è legittimo e l'impiego di lavoratori è legittimo ma il superamento dei 36 mesi determina da quella data la costituzione del rapporto. Si tratta di una ipotesi di costituzione automatica del contratto di lavoro, sanzione esterna al contratto di assunzione (che considerato di per sé è assolutamente conforme a norma e si è svolto in maniera analogamente conforme), avente lo scopo di prevenire e reprimere l'abusiva reiterazione di contratti a termine.

L'art. 36 trova la sua origine nel DLgs n. 29/93 ed all'epoca la direttiva 1999/70/CE non era stata adottata: il legislatore aveva previsto una sanzione risarcitoria per vizi del contratto di assunzione, ovvero riguardanti le modalità di svolgimento del rapporto, in via assolutamente generale. Ne deriva che la applicazione dell'art 5, comma 4-bis, alla P.A. passa per l'unica misura sanzionatoria possibile compatibile con l'istituto, la costituzione del contratto a tempo indeterminato. Detta conclusione è imposta dalla introduzione dei commi 5-ter e 5-quater





all'art. 36, per come si vedrà in prosieguo. Seguono ulteriori argomenti sistematici che depongono nel senso indicato. Il primo argomento sistematico è contestuale alla modifica del predetto art. 5. Il medesimo giorno (24 dicembre 2007) il legislatore ha modificato il d.lgs. 368/01, con la legge n. 244, vietando alla PA di procedere alla stipula di contratti a termine (cfr. il testo allora vigente a seguito della sostituzione operata dall'articolo 3, comma 78, legge n. 24 dicembre 2007, n.244).

Il legislatore in particolare ha previsto: 1. Le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi fatte salve le sostituzioni per maternità relativamente alle autonomie territoriali. Il provvedimento di assunzione deve contenere l'indicazione del nominativo della persona da sostituire. 2. In nessun caso è ammesso il rinnovo del contratto o l'utilizzo del medesimo lavoratore con altra tipologia contrattuale.... È stato quindi previsto un divieto generalizzato di assunzioni a termine (salvo limitatissime deroghe contenute nei commi successivi) ed un divieto categorico di procedere a rinnovo del contratto con il medesimo lavoratore. In pratica la sanzione di cui all'art. 5, comma 4 bis, del d.lgs. 368/01, come contestualmente introdotta, non veniva ad operare nei confronti della P.A., non in forza di una previsione normativa interna all'art. 5, ma ab externo, a causa della contestuale introduzione dello specifico divieto di reiterazione nelle assunzioni a termine. Il legislatore era quindi ben consapevole della introduzione della specifica misura sanzionatoria di cui all'art. 5, comma 4 bis, del D.Lgs. n. 368/01, non ne escludeva la astratta operatività, ma prevedeva un divieto di assunzioni, così impedendo, in concreto, il verificarsi dell'evento sanzionato da detta disposizione.

L'art. 36, di applicabilità generale, è stato poi sostituito, dall'art. 49 del decreto legge n. 112 del 2008 (sul punto non modificato dalla legge di conversione n. 133 del 2008), rimuovendo il previsto divieto di reiterazione dei contratti di lavoro a termine, con ciò elidendo la norma ostacolo alla verifica dell'evento sanzionato dall'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01 (il superamento dei 36 mesi). Lo stesso legislatore (con il medesimo D.L. 112/08) è altresì intervenuto sulla specifica disciplina del contratto a termine (d.lgs. 368/01) con l'art. 21, inserendo da un lato l'art. 4-bis (poi dichiarato incostituzionale) e dall'altro operando proprio sull'art 5, comma 4 bis, nonché sul comma 4-quarter. Non appare quindi sostenibile un difetto di coordinamento tra norme: il medesimo legislatore ha modificato l'art. 36 da una parte, rimuovendo il divieto alla stipula e rinnovo dei contratti a termine con la P.A., ed ha



modificato proprio il comma 4-bis (in maniera irrilevante ai fini che interessano) senza prevedere alcun ostacolo alla sua operatività verso la P.A..

A riprova deve ricordarsi come la L. 3 agosto 2009, n. 102 (art 17, comma 26, lett d) abbia ancora una volta modificato l'art. 36 del d.lgs. 165/01 introducendo il comma 5-bis che prevede: "Le disposizioni previste dall'articolo 5, commi 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano esclusivamente al personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b), del presente decreto". Il legislatore, intervenendo espressamente sul coordinamento tra l'art. 5 del D.Lgs. n. 368/01 e l'art. 36 del D.Lgs. n. 165/01, espressis verbis, non ha inteso escludere la operatività del comma 4 bis, ma solo di diversi e successivi commi del medesimo articolo 5, che peraltro sono stati inseriti dalla legge n. 247/07 unitamente al comma 4-bis: non appare ipotizzabile una dimenticanza o un difetto di coordinamento tra norme.

Quindi il legislatore, con la legge n. 102/09, ponendosi espressamente il problema del coordinamento tra l'art. 36 del D.Lgs. n. 165/01 e delle disposizioni introdotte con la legge n. 247/07 (ed in particolare con l'art. 1, comma 40, che ha introdotto i commi da 4-bis in poi dell'art. 5 del D.Lgs. 368/01), ha inteso escludere la operatività solo di alcune di esse al pubblico impiego: tra le stesse non figura il comma 4-bis, il quale, conseguenzialmente, si applica alla P.A..

Ancora, alcune disposizioni hanno espressamente previsto la non applicabilità, in specifiche, nominate e tipiche ipotesi dell'art 5, comma 4-bis, del d.lgs. 368/01, così confermando che la disposizione si applica integralmente in via generale (ad esempio art. 2, comma 6, del D.L. n. 225/10 convertito, senza modifiche sul punto, con Legge 26 febbraio 2011, n. 10).

È risolutivo rilevare come il legislatore, con il D.L. 13 maggio 2011, n. 70, "Disposizioni urgenti per l'economia", pubblicato in G.U. n. 110 del 13 maggio 2011, con decorrenza da tale data, ha espressamente previsto (art 9, comma 18) che all'articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dopo il comma 4 e' aggiunto il seguente: "4-bis. Stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui alla legge 3 maggio 1999, n. 124, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo



indeterminato ed anche determinato. In ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-bis, del presente decreto.".

Proprio detta disposizione dimostra inequivocabilmente che prima del 13.5.11 il D.Lgs. n. 368/01, e segnatamente l'art. 5, comma 4-bis, si applica al rapporto di cui è causa, posto che detta disposizione non sarebbe stata necessaria (e sarebbe priva di alcuna efficacia) se la conversione fosse già esclusa sulla scorta dell'art. 36 del D.Lgs. n. 165/01: una interpretazione diversa dell'art. 36, con riferimento ai rapporti di durata superiore ai 36 mesi, condurrebbe ad una interpretazione che priverebbe di significato il predetto comma 14-bis. Non è di ostacolo alla costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato l'art. 1, comma 14-bis, del d.lgs. n. 124/1999.

La disposizione nella sua originaria formulazione (cfr. D.L. n. 134/09, in vigore dal 25.9.09) prevedeva: I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, non possono in alcun caso trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato e consentire la maturazione di anzianità utile ai fini retributivi prima della immissione in ruolo.

La disposizione come convertita (con legge conversione 24 novembre 2009, n. 167) dispone: "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".

Infatti la sentenza ben può far luogo della immissione in ruolo, dovendosi altrimenti ritenere la immissione in ruolo atto non giustiziabile e, dunque, la carenza assoluta di giurisdizione: invero la carenza assoluta di giurisdizione è riscontrabile solo in relazione ad atti di alta amministrazione ed atti politici. Proprio la diversità tra il testo originario del D.L. e quello convertito dimostra ancora una volta la volontà legislativa di non vietare la trasformazione del contratto.

Ne consegue che, per lo specifico settore della scuola, ai contratti in essere al 24.12.07 non si applica la sanzione della conversione per il superamento del periodo massimo di 36 mesi; solo dall'1.4.09 il periodo di lavoro già effettuato alla data del 1.1.08 (data di entrata in vigore



della legge 247/07) si computa, insieme ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di cui al citato comma 4-bis: all'1.4.09 sono infatti decorsi quindici mesi dalla ... data di entrata in vigore della legge n. 247/07.

In ultimo vi è solo da dare atto di come non sia rilevante, ai fini della interpretazione del comma 4-bis in esame, l'art. 1, co. 519 e 558, l. n. 296/2006, che prevede un analogo requisito di 36 mesi per accedere alle procedure di stabilizzazione (che potrebbero ritenersi logicamente incompatibili con un già costituito rapporto di lavoro in forza del medesimo requisito temporale) e ciò per tre ordini di ragioni: 1) l'art. 5, comma 4-bis del D.Lgs. n. 368/01 è stato introdotto da legge successiva; 2) l'art. 5, comma 4-bis prevede la necessità che i 36 mesi di lavoro siano stati svolti con lo stesso datore di lavoro, mentre l'art 1, co. 519 e 558, richiede 36 mesi con qualsiasi datore di lavoro pubblico; 3) l'art. 5, comma 4-bis opera solo dall'1.4.09, mentre le procedure di stabilizzazione operano anche per i periodi precedenti. La integrale applicabilità alla P.A. dell'art. 5, comma 4-bis, del D.Lgs. n. 368/01 (comprensiva della conversione del contratto a termine), dopo le leggi nn. 244/07 e 247/07 è stata confermata da ben otto disposizioni successive (D.L. n. 112 del 2008, Legge n. 102/09, D.L. n. 134/09, Legge n. 167/09, D.L. 25.09.2009, n. 134, D.L. n. 225/10, Legge n. 10/11 e D.L. 70/11), per cui ogni diversa interpretazione appare, sulla scorta del dato normativo interno, insostenibile, perché le predette otto disposizioni normative sarebbero prive di alcun effetto e significato (inammissibile interpretatio abrogans).

La necessità di costituire di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in forza dell'art. 5, comma 4-bis, è imposta, da un punto di vista sistematico, dalla recente modifica dell'art. 36 del d.lgs. 165/01, ed in specie dopo la introduzione dei commi 5-bis/5-quater all'art. 36 ad opera del D.L. n. 101/13, convertito con L. n. 125/13, che ha abolito la misura ostativa del risarcimento del danno.

L'art. 36 per la parte ed i commi che interessano, oggi statuisce: *“Per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti. ... i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato, ...in applicazione di quanto previsto dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, ... nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina con riferimento alla individuazione dei contingenti di personale utilizzabile. ...Per prevenire fenomeni di*



precariato, le amministrazioni pubbliche, nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, sottoscrivono contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato... ..... 5. In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286. 5-bis. Le disposizioni previste dall'articolo 5, commi 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano esclusivamente al personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b), del presente decreto. 5-ter. Le disposizioni previste dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano alle pubbliche amministrazioni, fermi restando per tutti i settori l'obbligo di rispettare il comma 1, la facoltà di ricorrere ai contratti di lavoro a tempo determinato esclusivamente per rispondere alle esigenze di cui al comma 2 e il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato. 5-quater. I contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione del presente articolo sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono, altresì, responsabili ai sensi dell'articolo 21. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato. È previsto dunque, per i contratti a termine, un meccanismo ostativo (comma 5- quater) uguale a quello previsto dal comma 5, senza il solo risarcimento del danno.

Si tratta di una disposizione speciale, relativa alle ipotesi di nullità della clausola appositiva del termine ed alle sue conseguenze, che cancella la previsione del risarcimento del danno. L'assenza di danno risarcibile fa venir meno ogni efficacia dissuasiva alla previsione della responsabilità erariale, stante la conseguente assenza di danno erariale. D'altro canto neanche la precedente previsione del risarcimento del danno e, dunque, di possibile responsabilità erariale ha costituito, nella pratica, ostacolo alla crescita esponenziale del



precariato pubblico di lunga durata. Il comma 5-quarter prevede, altresì, la responsabilità dei dirigenti ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 165/01 (responsabilità dirigenziale), accompagnata dal divieto di erogazione della retribuzione di risultato. Quanto alla prima conseguenza, essa è già presente nel comma 5; quanto alla seconda, peraltro già implicitamente presente nella responsabilità ex art. 21 (e dunque già prevista), appare evidente che, nella pratica, quando l'accertamento definitivo della illegittimità della apposizione del termine a contratti di lavoro interverrà, la retribuzione di risultato sarà già stata erogata.

Dalla ordinanza Papalia e dalla sentenza Mascolo della C.g.u.e. emerge che responsabilità dirigenziale ed erariale non costituiscono misure ostative: infatti la Corte di giustizia nel riprodurre, nel corpo della ordinanza, la normativa interna ostativa (il comma 5 dell'art. 36) non ha riprodotto l'inciso relativo a tali forme di responsabilità così evidenziando di non ritenere che le stesse costituiscano misure ostative. È dunque ius receptum (le statuizioni della C.g.u.e. integrano il precetto della disposizione interpretata, chiarificandolo) che responsabilità dirigenziale ed erariale non costituiscono misure ostative.

Dunque solo la costituzione dei contratti a termine per il superamento dei 36 mesi, può costituire disposizione ostativa, stante che la norma speciale per i contratti a termine non prevede più il risarcimento del danno. Dunque o si ritiene che, in presenza di contratti a termine legittimi e rispettosi delle procedure selettive di legge è possibile costituire contratti a tempo indeterminato con la P.A., ovvero si deve concludere che l'ordinamento interno è privo di misure ostative, almeno dal D.L. 101/13.

Il legislatore della tarda estate 2013 ha modificato l'art. 7 dello stesso d.lgs. n. 165/01, aggiungendo un inciso al comma 6: Il ricorso a contratti di collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei collaboratori come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti... Si applicano le disposizioni previste dall'articolo 36, comma 3, del presente decreto e, in caso di violazione delle disposizioni di cui al presente comma, fermo restando il divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, si applica quanto previsto dal citato articolo 36, comma 5-quater.

Lo stesso legislatore (quello del D.L. n. 101/13, convertito con legge n. 125/13) distingue, dunque, la trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato dalla costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato.



L'art. 5, comma 4-bis, prevede la costituzione e non la trasformazione per cui la costituzione suddetta non è affatto vietata dall'art. 36, d.lgs. n. 165/01, che riguarda il solo divieto di trasformazione. Inoltre il legislatore ha normato con chiarezza un principio antagonistico alla mancata conversione e che, invero, era già nel sistema.

Esso è contenuto nel comma 2, penultimo periodo, dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/01, come modificato dal D.L. n. 101/13: Per prevenire fenomeni di precariato, le amministrazioni pubbliche, nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, sottoscrivono contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato.

Tale previsione può impedire fenomeni di precariato se accompagnata da una sanzione: la costituzione del rapporto di lavoro, posto che il risarcimento del danno è stato abrogato. La conclusione è del tutto coerente con la circostanza che la procedura di reclutamento, per l'impiego a tempo determinato ed indeterminato, è oggi assolutamente la stessa (come già era previsto per i precari della scuola), per cui non si pone alcun problema di mancata effettuazione di una procedura di accesso corretta.

Dopo il 31.1.13 è indubitabile che la procedura selettiva (concorso pubblico o equiparata) per i precari ed i non precari sia la stessa e che da detta previsione debba derivare l'effetto di prevenire fenomeni di precariato: non è dato comprendersi come l'effetto sarebbe realizzabile, se non con la costituzione del rapporto di lavoro. Il legislatore ha dunque abbandonato definitivamente la opzione risarcitoria, in favore della costituzione del rapporto di lavoro, coerentemente con la difficile configurabilità, secondo i canoni del diritto civile comune, del risarcimento del danno (Cassazione, sentenza n. 392/12).

### **LA SENTENZA MASCOLO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA**

La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 26 novembre 2014 (cause riunite C 22/13, da C 61/13 a C 63/13 e C 418/13) su ordinanza di rinvio pregiudiziale sia da parte del Giudice del Lavoro del Tribunale di Napoli nelle cause civili nn. 5288/12 RG e n. 57536/11 RG, nonché, successivamente, della Corte costituzionale, si segnala per alcuni passaggi significativi, ma anche per talune omissioni, così rimettendo la soluzione, come suo compito, alla giurisdizione interna.

Preliminarmente deve ricordarsi come la Sentenza non riguardi solo il precariato scolastico ma pubblico in generale (maestri e personale ATA degli asili comunali, causa C-63/13, Russo).



Ancora deve rilevarsi come, se pure la CGUE ha ritenuto in contrasto con il diritto eurounitario solo la assunzione di lavoratori a termine su posti vacanti e disponibili, in assenza di concorso pubblico da espletarsi entro termini certi, il diritto interno non consente di differenziare le conseguenze sanzionatorie per le assunzioni su posti vacanti ma non disponibili.

La interpretazione conforme del diritto interno impone dunque di interpretare conformemente disposizioni che si applicano alle assunzioni su posti vacanti e disponibili, ma la medesima interpretazione, visto l'identico dato testuale, deve valere anche per precari assunti su posti vacanti ma non disponibili.

Per la Corte di Giustizia l'art. 97 della Costituzione non opera in subjecta materia, non essendo riportato tra le disposizioni interne rilevanti.

Tra la normativa rilevante, l'art. 36 del d.lgs. 165/01 è richiamato senza la parte della disposizione che prevede che “le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286”, per cui è evidente che detta previsione non è considerata dalla CGUE misura ostativa. Ne deriva la incompatibilità eurounitaria dell'art. 36, comma 5-quater del d.lgs. 165/01, aggiunto dall'art. 4, comma 1, lett. b), D.L. 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 ottobre 2013, n. 125, salvo a ritenersi, come si è detto, la costituzione del rapporto di lavoro ex art. 5, comma 4-bis.

Per la sentenza Mascolo solo il risarcimento del danno (effettivo, energico e dissuasivo ma, come visto, impossibile per disposizione interna) o la costituzione del rapporto di lavoro sono misure ostative.

### **Le pregiudiziali**

La Corte di giustizia così le sintetizza ai punti da 27 a 35 della sentenza Mascolo.

La normativa (sulla scuola) non contemplerebbe alcuna misura di prevenzione ai sensi del punto 1, lettera a), della clausola 5, poiché non consentirebbe di verificare concretamente, in modo obiettivo e trasparente, l'esistenza di un'esigenza reale di sostituzione temporanea e autorizzerebbe, come previsto esplicitamente dall'articolo 4, comma 1, della legge n. 124/1999, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato a copertura di posti





effettivamente vacanti. Orbene, tale normativa non contemplerebbe neppure misure di prevenzione ai sensi del punto 1, lettera b), di detta clausola. Infatti, l'articolo 10, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001 escluderebbe d'ora in avanti l'applicazione alle scuole statali dell'articolo 5, comma 4-bis, del suddetto decreto, che prevede che i contratti di lavoro a tempo determinato di durata superiore a 36 mesi siano trasformati in contratti di lavoro a tempo indeterminato. Inoltre, tale normativa non conterrebbe alcuna misura di prevenzione ai sensi del punto 1, lettera c), della medesima clausola.

Peraltro, non sarebbe prevista alcuna misura sanzionatoria, poiché i contratti di lavoro a tempo determinato non potrebbero essere trasformati in contratti di lavoro a tempo indeterminato, secondo l'articolo 4, comma 14 bis, della legge n. 124/1999, se non in caso di immissione in ruolo sulla base delle graduatorie. Inoltre, sarebbe altresì escluso il diritto al risarcimento del danno causato dalla successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

Secondo la sentenza n. 10127/12 della Corte suprema di cassazione, infatti, l'articolo 36, comma 5, del decreto legislativo n. 165/2001, che prevede, in linea di principio, un siffatto diritto nel settore pubblico, non è applicabile qualora i contratti di lavoro a tempo determinato successivi abbiano superato il limite massimo di 36 mesi previsto dall'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001.

In secondo luogo, il giudice del rinvio, osservando che solo la scuola statale ha la facoltà di assumere personale a tempo determinato senza essere soggetta ai limiti previsti dal decreto legislativo n. 368/2001, comportando così una distorsione della concorrenza a danno della scuola privata, si chiede se la scuola statale rientri nella nozione di «settori e/o categorie specifici di lavoratori» ai sensi della clausola 5 dell'accordo quadro, che giustificano un regime distinto di prevenzione e di sanzioni per il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

In terzo luogo, tale giudice si interroga sulla conformità della normativa nazionale di cui trattasi rispetto alla clausola 4 dell'accordo quadro, nei limiti in cui essa prevede che un lavoratore del settore pubblico illegittimamente assunto a tempo determinato, a differenza di un lavoratore assunto a tempo indeterminato illegittimamente licenziato, non abbia diritto al risarcimento del danno subito.

In quarto luogo, tale giudice, osservando che, nella causa che ha dato luogo all'ordinanza Affatato (C 3/10, EU:C:2010:574), il governo italiano ha sostenuto che l'articolo 5, comma 4



bis, del decreto legislativo n. 368/2001 è applicabile al settore pubblico, mentre la Corte di Cassazione ha dichiarato il contrario: nella sua sentenza n. 10127/12, si chiede se, in considerazione del principio di leale cooperazione, tale erronea interpretazione del diritto nazionale da parte del governo non si debba più imporre ai giudici nazionali, rafforzando così il loro obbligo di procedere a un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione.

In quinto luogo, il Tribunale di Napoli si interroga sulla questione se la possibilità di trasformazione di un contratto di lavoro a tempo determinato in contratto di lavoro a tempo indeterminato, prevista dall'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001, rientri nelle informazioni di cui all'articolo 2, paragrafi 1 e 2, lettera e), della direttiva 91/533 che il datore di lavoro è tenuto a comunicare al lavoratore e, in caso affermativo, se l'esclusione retroattiva dell'applicazione di tale articolo 5, comma 4 bis, alla scuola statale tramite il decreto legge n. 70/2011 sia conforme a detta direttiva.

Infine, in sesto luogo, il giudice del rinvio si chiede se una siffatta modifica con efficacia retroattiva della normativa nazionale, che ha avuto come conseguenza di privare il personale della scuola statale di un diritto di cui godeva al momento dell'assunzione, sia compatibile con i principi generali del diritto dell'Unione. In tali circostanze, il Tribunale di Napoli ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali, di cui la settima è stata sollevata unicamente nelle cause C 61/13 e C 62/13, mentre, nella causa C 63/13, sono state sollevate unicamente la seconda, la terza e la quarta questione, le quali costituiscono la prima, la seconda e la terza questione di tale ultima causa:

«1) Se il contesto normativo del settore scuola, come descritto, costituisca misura equivalente ai sensi della clausola 5 della direttiva [1999/70].

2) Quando debba ritenersi che un rapporto di lavoro sia alle dipendenze dello "Stato", ai sensi della clausola 5 della direttiva [1999/70] ed in particolare anche dell'inciso "settori e/o categorie specifiche di lavoratori" e quindi sia atto a legittimare conseguenze differenti rispetto ai rapporti di lavoro privati.

3) Se, tenuto conto delle esplicazioni di cui all'articolo 3, [paragrafo] 1, lettera c), della direttiva 2000/78/CE nella nozione di condizioni di impiego di cui alla clausola 4 della direttiva [1999/70] siano comprese anche le conseguenze dell'illegittima interruzione del rapporto di lavoro; [i]n ipotesi di risposta positiva al quesito che precede, se la diversità tra le conseguenze ordinariamente previste nell'ordinamento interno per la illegittima



interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed a tempo determinato siano giustificabili ai sensi della clausola 4 [della direttiva 1999/70].

4) Se, in forza del principio di leale cooperazione, ad uno Stato sia vietato rappresentare in un procedimento pregiudiziale interpretativo alla Corte (...) un quadro normativo interno volutamente non corrispondente al vero ed il giudice sia obbligato, in assenza di una diversa interpretazione del diritto interno ugualmente soddisfattiva degli obblighi derivanti dalla appartenenza alla Unione europea, ad interpretare, ove possibile, il diritto interno conformemente alla interpretazione offerta dallo Stato.

5) Se nelle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro previste dalla direttiva [91/533] e segnatamente dall'articolo 2, [paragrafi] 1 e 2, [lettera] e), rientri la indicazione delle ipotesi in cui il contratto di lavoro a termine si può trasformare in contratto a tempo indeterminato.

6) In ipotesi di risposta positiva al quesito che precede se una modifica con efficacia retroattiva del quadro normativo tale che non garantisca al lavoratore subordinato la possibilità di far valere i suoi diritti derivanti dalla direttiva [91/533], ovvero il rispetto delle condizioni di lavoro indicate nel documento di assunzione, sia contrari[a] all'articolo 8, [paragrafo] 1, della direttiva [91/533] ed alle finalità di cui alla [stessa].

7) Se i principi generali del vigente diritto [dell'Unione] della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, della uguaglianza delle armi del processo, dell'effettiva tutela giurisdizionale, del diritto a un tribunale indipendente e, più in generale, a un equo processo, garantiti dall'articolo 6 TUE (...) – in combinato disposto con l'articolo 6 della [CEDU], e con gli artt. 46, 47 e 52, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (...) – debbano essere interpretati nel senso di ostare, nell'ambito di applicazione della direttiva 1999/70, all'emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco temporale apprezzabile (3 anni e sei mesi), di una disposizione normativa, quale l'articolo 9 del decreto legge n. 70/2011 convertito con L. 12 luglio 2011, n. 106, che ha aggiunto il comma 4-bis all'articolo 10 del decreto legislativo n. 368/2001 – atto ad alterare le conseguenze dei processi in corso danneggiando direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro – Stato ed eliminando la possibilità conferita dall'ordinamento interno di sanzionare l'abusiva reiterazione di contratti a termine».

La Corte costituzionale ha deciso di sospendere un proprio procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:



«1) Se la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro (...) debba essere interpretata nel senso che osta all'applicazione dell'articolo 4, commi 1, ultima proposizione, e 11, della legge n. 124/1999– i quali, dopo aver disciplinato il conferimento di supplenze annuali su posti “che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre”, dispongono che si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, “in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo” – disposizione la quale consente che si faccia ricorso a contratti a tempo determinato senza indicare tempi certi per l'espletamento dei concorsi e in una condizione che non prevede il diritto al risarcimento del danno;

2) Se costituiscano ragioni obiettive, ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, le esigenze di organizzazione del sistema scolastico italiano come sopra delineato, tali da rendere compatibile con il diritto dell'Unione europea una normativa come quella italiana che per l'assunzione del personale scolastico a tempo determinato non prevede il diritto al risarcimento del danno».

La Sentenza fornisce interessantissime risposte con riferimento al precariato non scolastico. Lo stesso Tribunale di Napoli, infatti, constata, nella sua ordinanza di rinvio nella causa C 63/13 (relativa al precariato pubblico ordinario), che la ricorrente nel procedimento principale beneficia, a differenza delle ricorrenti nei procedimenti principali nelle cause C 22/13, C 61/13 e C 62/13, dell'applicazione dell'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001, disposizione che prevede la trasformazione dei contratti a tempo determinato successivi di durata superiore a 36 mesi in contratto di lavoro a tempo indeterminato. Da tale constatazione detto giudice rileva, giustamente, che la citata disposizione costituisce una misura che, nei limiti in cui previene il ricorso abusivo a siffatti contratti e implica l'eliminazione definitiva delle conseguenze dell'abuso, è conforme ai requisiti derivanti dal diritto dell'Unione ....In ogni caso, dall'ordinanza di rinvio non risulta assolutamente in che modo un lavoratore che benefici di una siffatta trasformazione, la cui domanda di risarcimento è, peraltro, presentata in via subordinata, subisca, al pari dei lavoratori che si trovino nella situazione delle ricorrenti nei procedimenti all'origine delle cause C 22/13, C 61/13 e C 62/13, che sono esclusi dall'applicazione di tale articolo 5, comma 4 bis, un danno che dia diritto al risarcimento.

Ne deriva che per la CGUE non vi è sleale cooperazione potendosi applicare la misura ostativa, sufficiente, della costituzione dei rapporti di lavoro, ex art. 5, comma 4-bis, in maniera conforme a quanto indicato dallo Stato italiano nella causa Affatato (C-3/10), come



sostenuto dal Tribunale di Napoli nella ordinanza di rinvio pregiudiziale, almeno in relazione al precariato pubblico generale. Dunque, mettendo a sistema le statuizioni delle cause Papalia e Mascolo, per la CGUE o si costituisce il rapporto di lavoro ex art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. 368/01 o, nel settore pubblico, vi è violazione del diritto eurounitario, in assenza di valida misura ostativa alla illegittima reiterazione dei rapporti di lavoro a termine con la P.A.. Non costituisce infatti idonea misura ostativa il risarcimento del danno.

Quanto alla deduzione difensiva erariale per cui dal complesso delle disposizioni primarie e secondarie sulle supplenze si evinceva che le esigenze erano temporanee e che erano connesse ad esigenze di spesa e che le disposizioni del settore Scuola costituivano ragioni oggettive per il ricorso al contratto a termine, la CGUE afferma (punto 118) che sebbene, certamente, uno Stato membro possa legittimamente, nell'attuazione della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, prendere in considerazione esigenze di un settore specifico come quello dell'insegnamento, tale facoltà non può essere intesa nel senso di consentirgli di esimersi dall'osservanza dell'obbligo di prevedere una misura adeguata per sanzionare debitamente il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. Per cui le ragioni oggettive non possono essere ritenute astrattamente tali, ma necessitano di verifica concreta, nonchè che deve essere prevista una misura sanzionatoria, riscontrabile nel caso di specie solo nella costituzione del rapporto di lavoro al superamento dei 36 mesi.

Al punto 77 della sentenza Mascolo la CGUE afferma: quando, come nel caso di specie, il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche nell'ipotesi in cui vengano nondimeno accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro (v., in particolare, sentenza Fiamingo e a., EU:C:2014:2044, punto 62 nonché giurisprudenza ivi citata).

Il termine "energico" viene usato dalla CGUE per la prima volta nella sentenza Fiamingo (del 03/07/2014, procedimento C-362/13) che riguarda l'Italia, e, per la seconda, nella sentenza Mascolo, il che dimostra inequivocabilmente che la Corte richiede alle autorità interne, tra cui alla giurisdizione, di ricercare senza incertezze una soluzione alla questione del precariato, compatibile col diritto eurounitario.

Solo con l'Italia la CGUE ha ritenuto, fino ad oggi, di specificare che la misura ostativa deve essere energica. Per i supplenti precari, come per altri pubblici dipendenti, normalmente la



assunzione avviene senza concorso pubblico, con medesime modalità (doppio canale) sia in relazione a contratti a termine che a tempo indeterminato. Le argomentazioni della Sentenza della Corte di cassazione n. 10127/12 appaiono pertanto evidenziare che i principi dalla stessa applicati vadano oltre quanto necessario al raggiungimento dello scopo di selezionare i migliori candidati a condizioni il più possibile oggettive. Invero detta sentenza, contraria alle statuizioni della CGUE in punto di interpretazione del diritto eurounitario, non può per tale ragione più costituire un precedente ermeneutico. Il concorso pubblico è analizzato ai punti 89 e 111 della Sentenza Mascolo. Nel caso di specie si deve, in via preliminare, rilevare che dalle ordinanze di rinvio, in forza della normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali, come prevista dalla legge n. 124/1999, l'assunzione di personale nelle scuole statali ha luogo sia a tempo indeterminato tramite l'immissione in ruolo sia a tempo determinato mediante lo svolgimento di supplenze.

L'immissione in ruolo si effettua secondo il sistema cosiddetto «del doppio canale», ossia, quanto alla metà dei posti vacanti per anno scolastico, mediante concorsi per titoli ed esami e, quanto all'altra metà, attingendo alle graduatorie permanenti, nelle quali figurano i docenti che hanno vinto un siffatto concorso senza tuttavia ottenere un posto di ruolo, e quelli che hanno seguito corsi di abilitazione tenuti dalle scuole di specializzazione per l'insegnamento. Si è fatto ricorso alle supplenze attingendo alle medesime graduatorie: la successione delle supplenze da parte di uno stesso docente ne comporta l'avanzamento in graduatoria e può condurlo all'immissione in ruolo....

In ogni caso, va osservato che, come risulta dal punto 89 della sentenza Mascolo, una normativa nazionale quale quella di cui al pubblico impiego in ambito scolastico non riserva l'accesso ai posti permanenti nelle scuole statali al personale vincitore di concorso, poiché essa consente altresì, nell'ambito del sistema del doppio canale, l'immissione in ruolo di docenti che abbiano unicamente frequentato corsi di abilitazione. In tali circostanze, come la Commissione ha fatto valere in udienza, non è assolutamente ovvio – circostanza che spetta, tuttavia, ai giudici del rinvio verificare – che possa essere considerato oggettivamente giustificato, alla luce della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, il ricorso, nel caso di specie, a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili in dette scuole motivato dall'attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali.

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, punto 1, lettera a), di tale accordo quadro (punto 91 della sentenza Mascolo). Sebbene una normativa nazionale che consenta il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi per la sostituzione di personale in attesa dell'esito di procedure concorsuali possa essere giustificata da una ragione obiettiva, l'applicazione concreta di tale ragione, in considerazione delle particolarità dell'attività di cui trattasi e delle condizioni del suo esercizio, deve essere conforme ai requisiti dell'accordo quadro. Nell'applicazione della disposizione del diritto nazionale di cui trattasi, le autorità competenti devono quindi essere in grado di stabilire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia atto a raggiungere lo scopo perseguito e sia necessario a tal fine ... (punto 99). Ritiene quindi il Tribunale di Napoli nella sentenza ut supra citata che effettivamente si tratta di una motivazione applicata secondo modalità ingiustificabili, nonché con effetti non necessari al raggiungimento della finalità perseguita.

Da un lato non può essere rimessa alla scelta libera del datore di lavoro (lo Stato) l'espletamento delle procedure concorsuali anche in presenza di esigenze permanenti e durevoli quali quelle sia su posti vacanti e disponibili, ma anche per esigenze sostitutive certe, almeno in grandissima parte, nell'an. È fisiologico che, a fronte di organici di rilevantissime dimensioni, sorgano esigenze di sostituzione, per come indicato dalla stessa Corte di giustizia.

**L'Ordinamento non può, se vuole evitare abusi, ovviare ad una scopertura fisiologica attraverso la precarizzazione. Ciò non vuol dire che una quota di precariato non sia fisiologica, ma che è altresì fisiologica la scopertura dovuta ad esigenze contingenti fisiologicamente certe nell'an e statisticamente certe, almeno in parte (statisticamente), nel quantum.**

Detta conclusione è provata dallo stesso ordinamento interno: è previsto infatti un organico di ruolo, senza cattedra, per esigenze di supplenza. La legge 20 maggio 1982, n. 270, prevede la presenza di una dotazione organica aggiuntiva (DOA) del 5%, proprio al fine di sopperire, almeno parzialmente, alle ordinarie necessità di sostituzione di personale docente, del sistema scolastico.

Le dotazioni aggiuntive sono confermate dagli artt. 1 e segg. del D.L. n. 104/1988, dall'art. 4 della L. n. 498/1992, dagli artt. 445 (che ripartisce le DOA su base regionale) e 455 del d.lgs. n. 297/94. Detta ultima disposizione, al comma 1, prevede che l'utilizzazione dei docenti delle dotazioni organiche aggiuntive è finalizzata alla copertura di posti e cattedre



da attribuire alle supplenze annuali, nonché di posti comunque disponibili per l'intero anno scolastico, in misura prevalente rispetto a tutte le altre attività previste dai successivi commi. Il comma 71 dell'art. 1 della L. 662/1996 ha determinato che la dotazione organica aggiuntiva sia divenuta dotazione organica provinciale (DOP).

L'art. 4 della legge n. 124/1999 dispone che alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili ..., 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. Il comma 4 ribadisce che la D.O.P. è composta da personale di ruolo. Ne deriva come per lo stesso ordinamento interno supplente/precario non costituisca una equazione necessaria.

Dunque occorre a tal fine esaminare di volta in volta tutte le circostanze del caso, prendendo in considerazione, in particolare, il numero di detti contratti successivi stipulati con la stessa persona oppure per lo svolgimento di uno stesso lavoro, al fine di escludere che contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, sebbene palesemente conclusi per soddisfare un'esigenza di personale sostitutivo, siano utilizzati in modo abusivo dai datori di lavoro (v., in tal senso, sentenza Küçük, EU:C:2012:39).

La mancanza di un termine certo ed non procrastinabile entro il quale effettuare il concorso (punti 105-106 della Sentenza) ed anzi gravissimi i numeri in fatto (punto 109) depongono nel senso di un abuso in fatto, in assenza di valide ed effettive (energiche) misure ostative alla abusiva reiterazione di contratti a termine. Le ragioni di bilancio (punto 110) sebbene ... possano costituire il fondamento delle scelte di politica sociale di uno Stato membro e possano influenzare la natura ovvero la portata delle misure che esso intende adottare,... esse non costituiscono tuttavia, di per sé, un obiettivo perseguito da tale politica e, pertanto, non possono giustificare l'assenza di qualsiasi misura di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro.

Dunque le paventate necessità di bilancio, evidenziate dalla difesa erariale, non possono costituire valida ragione per il ricorso ai contratti a termine. In effetti vi è da dire che la reiterazione di contratti a termine nel settore scuola determina non pochi risparmi di bilancio, sub specie del mancato riconoscimento, in favore dei precari pluriennali, della anzianità di





servizio in relazione agli scatti di anzianità e, dunque, alla progressione economica: un precario costa di meno di un non precario.

Una siffatta normativa, infatti, in assenza di un termine preciso per l'organizzazione e l'espletamento delle procedure concorsuali che pongono fine alla supplenza e, pertanto, del limite effettivo con riguardo al numero di supplenze annuali effettuato da uno stesso lavoratore per coprire il medesimo posto vacante, è tale da consentire, in violazione della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, a causa della mancanza strutturale di posti di personale di ruolo nello Stato membro considerato.

Una siffatta constatazione risulta suffragata, dai seguenti dati numerici: risulta che circa il 30%, o addirittura, secondo il Tribunale di Napoli, il 61%, del personale amministrativo, tecnico e ausiliario delle scuole statali sia impiegato con contratti di lavoro a tempo determinato e che, tra il 2006 e il 2011, il personale docente di tali scuole vincolato da siffatti contratti abbia rappresentato tra il 13% e il 18% di tutto il personale docente di dette scuole.

La Corte di giustizia statuisce infine che la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo.

Risulta, infatti, che tale normativa, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, da un lato, non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine, e, dall'altro, non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.



Per il precariato scolastico, a questo punto, la soluzione condivisibile è la seguente: ritenere che l'art. 10, comma 4-bis, del d.lgs. 368/01 operi dalla data di sua entrata in vigore e dunque per il periodo antecedente la disciplina del contratto a termine nel settore scuola sia rinvenibile nel d.lgs. n. 368/01, con operatività dell'art 5, comma 4-bis. Ne derivano 2 possibili opzioni subordinate: a) interpretare estensiva (rectius contro il dettato normativo) l'art. 36, comma 5, facendo rientrare tra le ipotesi ivi previste (contratto nullo) un contratto che nullo non è e verificare la risarcibilità di ogni contratto successivo ai primi 36 mesi, con tutte le problematiche che il risarcimento del danno comporta; b) Interpretazione nel senso della compatibilità della sanzione tipica dell'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01 con il precariato scolastico, con costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato al superamento dei 36 mesi. Ciò posto, visto l'obbligo di interpretazione conforme e l'obbligo di adoperare tutti gli strumenti interpretativi a disposizione, non resta che ritenere l'applicabilità dell'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. 368/01 e della sanzione ivi prevista almeno fino alla introduzione del comma 4-bis all'art. 10 del d.lgs. 368/01 e dunque una compatibilità della normativa interna fino al 13.5.11.

In tal senso depone anche una interpretazione costituzionalmente orientata e fondata sugli artt. 97, comma 1, ed 81 della Costituzione. Un insegnante precario della scuola costa meno di €. 21.000,00 l'anno. Il costo della stabilizzazione di un docente precario che lavora con supplenze annuali è pari alla retribuzione di luglio ed agosto, non percepita, ovvero meno di €. 3500,00. Invero però il costo non è tale, dovendosi detrarre sia la contribuzione, che è figurativamente accreditata presso l'INPS che versa l'indennità di disoccupazione, sia quest'ultima, pari al 60% della retribuzione. Si ha dunque un costo reale di poco più di €.1100,00 l'anno (da moltiplicarsi per il numero dei precari indicati dalla Corte costituzionale nella Ordinanza 207/13 in 125.934 nel 2012 e dunque €. 138.527.400 l'anno) Il danno nel codice civile è correlato ad ogni singolo fatto (per il fatto illecito si veda l'art. 2043 c.c.; per l'inadempimento contrattuale si vedano gli artt. 1218 e 1223 c.c.); ogni contratto successivo ai primi 36 mesi è diverso per cui sarebbe foriero di un distinto danno da liquidare, salvo non si voglia astrarre dall'Ordinamento interno il danno di cui all'art. 36, comma 5, d.lgs. 165/01, facendo ricorso a categorie giuridiche inesistenti che tendano a comprendere, sotto un'unica ed indifferenziata liquidazione, fatti dannosi distinti e da liquidarsi separatamente. Il costo del risarcimento del danno, sulla scorta della medesima retribuzione, adoperando il minor criterio risarcitorio deliberato favorevolmente dalla Corte di cassazione (2,5 mensilità, ovvero il minimo del collegato lavoro ovvero dell'art 8 della l. 604/66), è pari ad €. 440.769.000 annui, ovvero un costo oltre che triplo (ove fosse statuito un risarcimento del



danno pari a 15 mensilità si avrebbero €. 2.644.614.000, con un costo annuo quasi 20 volte superiori). Il dato non è irrilevante ai fini del decidere perché, dovendosi interpretare le disposizioni anche alla luce degli artt. 97, comma 1, e 81 della Costituzione, nella ricostruzione della voluntas legis non si può non tener conto di tale evidentissimo dato. In senso analogo si è espressa la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 27363 del 15 ottobre/23 dicembre 2014. La stessa ha ritenuto che il danno ex art. 36 debba essere interpretato secondo le classiche categorie del diritto interno (non dunque in relazione ad un imprecisato danno "comunitario"), ma che sia assicurata comunque la conformità dell'ordinamento intero a quello eurounitario (pag. 7 della Sentenza; punto 3.1) perché spetta al giudice nazionale valutare in che misura le disposizioni di diritto nazionale volte a sanzionare il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato siano conformi a questi principi", rendendo effettiva la conversione dei contratti di lavoro da determinato ad indeterminato di tutti i rapporti a termine successivi con lo stesso datore di lavoro pubblico, dopo trentasei mesi anche non continuativi di servizio precario, in applicazione dell'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs n.368/2001.

## **LA CONFORMITÀ DELLA INTERPRETAZIONE OFFERTA ALLA CARTA COSTITUZIONALE**

La interpretazione offerta non contrasta con la Carta costituzionale. Le norme che vengono specificamente il rilievo sono: gli artt. 97, commi 1 e 3, della Costituzione da un lato e gli artt. 11, 117 ed 81 dall'altro. In particolare si potrebbe affermare che l'interpretazione offerta violerebbe da un lato il principio del pubblico concorso, come modalità di accesso ai pubblici uffici, atta a selezionare i migliori e, dall'altro, che non sarebbe assicurato il buon andamento della PA, determinandosi costituzione di rapporti di lavoro senza previa verifica della necessità di manodopera e controllo su un indiscriminato accesso. In via generale deve rilevarsi che, se anche così fosse, l'art. 97 della Costituzione rappresenta un principio costituzionale debole, destinato a cedere di fronte agli obblighi derivanti dalla appartenenza dell'Italia alla U.E.. Detta affermazione è condivisa sia dalla Corte Costituzionale che dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Quest'ultima, nella causa Cordero Alonso (Cgue 27.4.2006, Cordero Alonso .c. Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), causa C-81/05), rispondendo al quesito se "il principio di supremazia del diritto comunitario rispetto al diritto nazionale comporta, di per sé e senza necessità di disposizioni esplicite di diritto interno, l'attribuzione agli organi giurisdizionali nazionali del potere di disapplicare qualsiasi tipo di norma di diritto interno che sia contraria al diritto comunitario, indipendentemente dal rango



di tale norma nella gerarchia delle fonti”, vale a dire anche una norma di rango costituzionale (v. punto 25 ) ha risposto in senso affermativo (la disapplicazione doveva comunque farsi valere nel caso di specie contro lo Stato). Ha risposto in analogo modo anche al quesito “se nell'applicare le norme di diritto interno di attuazione delle disposizioni comunitarie, essi siano vincolate dal principio dell'uguaglianza dinanzi alla legge e dal divieto di discriminazione risultante dal diritto comunitario, con la portata precisata dall'interpretazione fornita dalla Corte, benché essa possa non coincidere con l'interpretazione dell'analogo diritto fondamentale riconosciuto dalla Costituzione spagnola quale interpretato dalla giurisprudenza del Tribunal Constitucional español (punto 25b)”.

La Corte Costituzionale, da parte sua, ha ricordato, sin dalla fondamentale Sentenza n. 170/84 come rimane al suo sindacato la eventuale incompatibilità tra le disposizioni comunitarie e i principi fondamentali del nostro Ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana, per il tramite della sottoposizione a controllo di costituzionalità della legge di esecuzione del Trattato (di recente, nello stesso senso, Corte Costituzionale, Ordinanza n. 454/06 del 28.12.06).

Deve in ogni caso rilevarsi come nel caso di specie l'art. 97, comma 3, della Costituzione non sia violato, essendo la modalità di costituzione del rapporto di lavoro avvenuta nel rispetto di una procedura selettiva automatica di personale, attraverso apposita graduatoria (nello stesso senso la Corte di giustizia con la sentenza Mascolo nei già ricordati punti 89 e 111).

Dette disposizioni sono perfettamente in linea con la norma generale sul reclutamento del personale della P.A. (art. 35 del D.Lgs. n. 165/01) che dispone: 1. L'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene con contratto individuale di lavoro: a) tramite procedure selettive, conformi ai principi del comma 3, volte all'accertamento della professionalità richiesta, che garantiscano in misura adeguata l'accesso dall'esterno; b) mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della legislazione vigente per le qualifiche e profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo, facendo salvi gli eventuali ulteriori requisiti per specifiche professionalità. 2. Le assunzioni obbligatorie da parte delle amministrazioni pubbliche, aziende ed enti pubblici dei soggetti di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68, avvengono per chiamata numerica degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della vigente normativa, previa verifica della compatibilità della invalidità con le mansioni da svolgere....).



La Corte Costituzionale, con la Sentenza n. 41/2011 ha deliberato in senso favorevole la conformità del sistema delle graduatorie permanenti, come corretto metodo di selezione dei più meritevoli: la Consulta ha dichiarato incostituzionale una disposizione normativa derogatoria al sistema delle graduatorie permanenti, contenuta in altra legge (art. 1, comma 4-ter, del decreto legge 25 settembre 2009, n. 134). Nessun problema di costituzionalità quindi si pone. Quanto al primo comma dell'art. 97 della Costituzione, deve rilevarsi che le esigenze lavorative nelle quali era impegnato l'istante sono da ritenersi stabili, visto il tempo di utilizzazione previsto dalla norma (36 mesi di lavoro): non vi sono elementi inoltre per ritenere che la conversione del rapporto di lavoro di cui è causa crei un disservizio. In ogni caso l'Ordinamento interno prevede specifici rimedi a fronte di eventuali surplus di organico: la mobilità (cfr. in special modo gli artt 6, 29-bis, 30, 33 e 34- bis del DLgs n. 165/01).

Non può ritenersi la non conformità al principio di buona andamento della azione amministrativa di una disposizione normativa, per il sol fatto che la sua applicazione (rectius la applicazione della sanzione dalla stessa prevista) possa determinare la attivazione delle procedure di mobilità, funzionali proprio allo scopo di una allocazione delle risorse umane conformemente al principio del buon andamento della pubblica amministrazione. Non rilevano, ai fini del presente giudizio, le Sentenze della Corte Costituzionale riguardanti le c.d. stabilizzazioni (tra cui le Sentenze nn. 215/09, 293/09 e 42/11), considerato che non affrontano in alcun modo la questione del rapporto tra artt. 97, 117 ed 11 della Costituzione: nelle stesse non si evidenzia, con riferimento alle procedure di stabilizzazione, alcun rapporto con la Direttiva 1999/70/CE ed alcun profilo di connesso adempimento agli obblighi derivanti dalla appartenenza alla Unione Europea (in senso diverso invece, CGUE, Ordinanza Vassilakis, del 10.6.08, causa C-364/07, e già prima Sentenza Adeneler del 4.7.06, procedimento C-212/2004, in particolare si veda il punto 22).

Nel caso di specie, contrariamente a quanto statuito dalla Corte costituzionale nelle sentenze sulle stabilizzazioni regionali, si verte nel pieno di detto adempimento, per cui le questioni sono da ritenersi diverse sulla scorta delle stesse pronunce della Consulta (che altrimenti avrebbero dovuto, doverosamente, analizzare i rapporti tra artt. 97, 117 ed 11 della Costituzione). Quindi dette sentenze non sono rilevanti (o perché la materia è diversa ovvero perché partono da presupposti incompleti). In ogni caso il giudice della conformità tra Ordinamento interno ed europeo è il giudice comune il quale, solo ove riscontri il contrasto tra principi fondamentali del nostro Ordinamento costituzionale ed i diritti inalienabili della persona umana, è tenuto a rilevare la questione di costituzionalità della legge di esecuzione del Trattato (Corte Costituzionale, Sentenza n. 170/84): nel caso di



specie invero l'art. 97 della Costituzione non pare principio fondamentale dell'Ordinamento interno, non coinvolgendo la forma di governo o diritti inalienabili della persona umana ed essendo presente nell'Ordinamento lo strumento per ovviare ad ogni problema di allocazione di risorse umane (la già ricordata mobilità).

Quanto all'obbligo costituzionalmente orientato di interpretazione nel senso suddetto basta rimandare a quanto già rilevano in relazione agli artt. 81 e 97, comma 1, della Costituzione, ovvero ai costi del risarcimento del danno. La disposizione, come interpretata, è quindi conforme ai principi di cui alla Carta costituzionale.

### **SULLE CONSEGUENZE ECONOMICHE**

Ai sensi dei commi 5 e 6 dell'art. 32, «nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604. Si deve quindi avere riguardo «alla dimensione dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro e al comportamento delle parti»...». Orbene la conversione del contratto ricorre in ipotesi di declaratoria di nullità della clausola appositiva del termine, mentre nel caso di specie si tratta di costituzione, per cui non ricorre l'ipotesi in esame. La conclusione trova espressa conferma nell'art. 32, commi 3 e 4, della legge 183/10 che tratta diversamente, sub specie di disciplina della decadenza, il superamento dei 36 mesi rispetto alle ipotesi di nullità del termine apposto al contratto e di conversione dello stesso. Il comma 3 statuisce che le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano inoltre: a) ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e successive modificazioni... Il comma 4, lett. d), prevede un caso di estensione della decadenza all'ipotesi in cui si chieda la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto. Lo stesso legislatore dunque conosce la differenza tra costituzione e conversione: quella di cui all'art. 5, comma 4-bis, è costituzione per cui non si applica l'art. 32, comma 5.

Inoltre, con riferimento alla P.A., l'art. 32 della l. 183/2010 fa riferimento generico ai rapporti di lavoro disciplinati dal D.lgs. 368/01 ed il legislatore della l. 183 quando ha voluto disciplinare il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. lo ha fatto espressamente



(sostituzione del comma 2 dell'art. 57 del D.lgs. 165/2001). Anche la Corte costituzionale, con la sentenza n. 313/11, ha statuito che lo Stato datore di lavoro pubblico a termine..., non figura neppure tra i destinatari delle disposizioni censurate e che ...la normativa de qua, escluso ogni vantaggio mirato per lo Stato od altro soggetto pubblico.... Peraltro la applicazione dell'art. 32, ed in specie il comma 7, alla P.A. costituirebbe un caso tipico di violazione dell'art. 6 C.e.d.u., vista l'ingerenza dello Stato nell'amministrazione della giustizia per fini propri. Non inficia la presente interpretazione la sentenza della Corte costituzionale n. 303/11, ed anzi la Corte costituzionale espressamente evidenzia, in relazione all'art 32, commi 5 e 7, che lo Stato-datore di lavoro pubblico a termine, cui la regola della conversione (n.d.r. non della diversa ipotesi di costituzione di cui all'art. 5, comma 4-bis) del contratto a termine non si applica ai sensi dell'art. 36, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), non figura neppure tra i destinatari delle disposizioni censurate. Ne deriva dunque che parte convenuta deve essere condannata al pagamento in favore dell'istante delle retribuzioni contrattualmente dovute per i periodi di interruzione del rapporto di lavoro.

### **L'ANZIANITÀ DI SERVIZIO**

In conseguenza dei numerosi contratti a termine stipulati dall'istante la sua retribuzione, nonostante il ripetersi nel tempo dell'attività, è sempre rimasto al livello economico stipendiale iniziale alla luce della norma di legge di cui all'art. 526 decreto legislativo n. 297/94 che prevede che: "al personale docente ed educativo non di ruolo spetta il trattamento economico iniziale previsto per il corrispondente personale docente di ruolo.." e art. 47 del CCNL Comparto Scuola. Detta conclusione dovrebbe essere rafforzata dal comma 14-bis) dell'art.4 della legge n.124/1999, come inserito dall'art.1, comma 1, D.L. 134/2009: I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, non possono in alcun caso trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato e consentire la maturazione di anzianità utile ai fini retributivi prima della immissione in ruolo.

La stessa norma come convertita con modificazioni (testo vigente dal 25 novembre 2009) dispone: 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. Orbene, indipendentemente dal dettato normativo interno la domanda deve essere accolta in forza della applicazione diretta della Clausola 4 della Direttiva 1999/70/CE. Deve solo ricordarsi che la stessa è espressione di un principio costituzional/comunitario fondato l'Ordinamento dell'Unione europea e, quale principio fondamentale, si colloca ad un grado superiore addirittura alle disposizioni costituzionali interne deboli (residuando in capo allo Stato solo in controllo dei c.d. controlimiti: i principi generali, collocandosi in un grado più elevato dei Trattati fondanti l'UE, operano addirittura in orizzontale, nei rapporti inter-privati.

La Clausola 4 della Direttiva 1999/70/CE (Principio di non discriminazione) dispone:

1. Per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive.
2. Se del caso, si applicherà il principio del pro rata temporis.
3. Le disposizioni per l'applicazione di questa clausola saranno definite dagli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali e/o dalle parti sociali stesse, viste le norme comunitarie e nazionali, i contratti collettivi e la prassi nazionali.
4. I criteri del periodo di anzianità di servizio relativi a particolari condizioni di lavoro dovranno essere gli stessi sia per i lavoratori a tempo determinato sia per quelli a tempo indeterminato, eccetto quando criteri diversi in materia di periodo di anzianità siano giustificati da motivazioni oggettive (Cfr. 3° e 14° considerando della Direttiva).

In merito la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 13.9.07, causa C307/05, Del Cerro Alonso, al punto 48 ha affermato: la nozione di «condizioni di impiego» di cui alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro dev'essere interpretata nel senso che essa può servire da fondamento ad una pretesa come quella in esame nella causa principale, che mira ad attribuire ad un lavoratore a tempo determinato scatti di anzianità che l'ordinamento interno riserva ai soli lavoratori a tempo indeterminato. La clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro dev'essere interpretata nel senso che essa osta all'introduzione di una disparità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato, giustificata dalla mera circostanza che essa sia prevista da una disposizione legislativa o





regolamentare di uno Stato membro ovvero da un contratto collettivo concluso tra i rappresentanti sindacali del personale e il datore di lavoro interessato (punto 59).

## **RISARCIMENTO DEL DANNO**

In ipotesi di illegittima o abusiva successione di contratti di somministrazione di lavoro a termine il lavoratore ha diritto, in conformità con il canone di effettività della tutela giurisdizionale affermato dalla Corte di Giustizia UE (ordinanza 12.12.2013 in C – 50/13), e con i principi enunciati dalle Sezioni Unite della S.C. nella sentenza n. 5072 del 2016 a proposito della abusiva reiterazione di contratti di lavoro a tempo determinato, al risarcimento del danno parametrato alla fattispecie di portata generale di cui all'art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010, con valenza sanzionatoria e qualificabile come “danno comunitario”.

In una recente sentenza il giudice del Lavoro del Tribunale di Roma ha evidenziato come la “misura sanzionatoria che può trovare applicazione al caso in discussione è quella del risarcimento del danno nella misura e secondo i criteri previsti dall'art. 32, comma 5, della l. n. 183/2010, avuto riguardo al fatto che dalla documentazione in atti emerge la fondatezza della deduzione della ricorrente secondo cui ella è stata ripetutamente impiegata alle dipendenze del ministero convenuto con contratti a tempo determinato della durata complessiva superiore ai trentasei mesi, con termine per ognuno al 31 agosto di ogni a.s. , per esigenze legate alla copertura di posti vacanti su posti di organico di diritto, situazione questa che integra pienamente la fattispecie dell'abusiva reiterazione di contratti a termine delineata dalla citata decisione della Cassazione del 2016”.

## **LA QUALIFICAZIONE E LA QUANTIFICAZIONE DEL RISARCIMENTO: LUCRO CESSANTE E DANNO EMERGENTE.**

Il divieto di conversione del contratto previsto dall'art. 36 del D.Lgs 165/01, in quanto coerente con l'art. 97 della Costituzione in merito al buon andamento e imparzialità dei pubblici uffici, deve essere assunto, nell'ermeneutica del giudizio, per evitare l'aggiramento delle procedure di assunzione attraverso concorso e non per mettere in una posizione di privilegio la P.A. sul dipendente.

La stessa normativa che impedisce la stabilizzazione dei precari nella PA secondo le sentenze Adelener e Vassallo del 6 settembre 2006 della CGUE deve essere accompagnata da misure dirette a prevenire l'utilizzazione abusiva da contratti a termine in successione.



D'altronde, in assenza di previsioni di legge che individuino le misure idonee prescritte dalla Corte Europea, la Giurisprudenza interna ha cercato di ricostruire rimedi adeguati in via interpretativa per evitare reiterazioni del fenomeno, ovvero della stipula di contratti a termine.

In alcuni casi è stata ripresa per analogia il risarcimento forfettario del danno previsto dall'art. 18 della Legge 300/70 che prescrive il pagamento dalle 15 alle 20 mensilità della retribuzione globale di fatto.

Pertanto si ritiene che la strada percorribile per punire l'illecito sia la responsabilità in capo al Miur del contatto sociale qualificato ai sensi dell'art. 1218 del Codice civile.

La P.A. è il soggetto con cui il danneggiato ha instaurato un pregresso rapporto di fatto (concorso pubblico, precedenti mansioni). Da tale rapporto scaturirebbe un affidamento in capo a ciascuno circa il corretto comportamento dell'altro, cioè un obbligo di protezione in capo a ciascuno dei paciscenti che va oltre il *neminem laedere* così da poter essere assimilato ad un'obbligazione.

Le stesse SS.UU. della Cassazione, con sentenza n. 14712/07 hanno riconosciuto come nella responsabilità contrattuale l'obbligazione viene in esistenza nel momento fisiologico della vigenza se la responsabilità interna attiene proprio alla violazione di essa: se il danneggiante non è un passante occasionale ma ha avuto rapporti sufficientemente intensi con il danneggiato, in applicazione dei principi solidaristici previsti dall'art. 2 della Costituzione si genera il dovere di curare l'interesse della controparte e di rispettare l'affidamento ingenerato dal contratto sociale, ragion per cui corre l'obbligazione di protezione la cui violazione dà luogo a responsabilità d'inadempimento, secondo l'onere della prova, la prescrizione del diritto e l'individuazione dei danni relativi al risarcimento.

Opinione più moderna ritiene che la parte che ha subito un danno precontrattuale abbia la possibilità di essere messo nella posizione economica in cui si sarebbe trovato se non vi fosse stata la deviazione della trattativa, ai sensi dell'art. 1440 CC così da individuare come dolo incidente quei danni nella perdita dei vantaggi che il contraente avrebbe subito se non fosse stato depistato dalla condotta dolosa di uno dei contraenti, ovvero quella lesione dell'interesse positivo differenziale che deve essere risarcita come medesimo danno patrimoniale secondo gli artt. 1223, 1225, 1227 cc, inteso nelle diminuzioni patrimoniali scaturite immediatamente e direttamente dalla condotta (art. 1223), purchè siano prevedibili (1225) e non riconducibili a fatto e colpa del danneggiato (1227).



In poche parole la giurisprudenza ha chiarito che il risarcimento deve avere ad oggetto le conseguenze che costituiscono effetto normale e prevedibile dell'illecito lamentato cosicché tutto il decremento patrimoniale subito dal danneggiato va risarcito sia che la diminutio riguardi il danno emergente o il lucro cessante, applicando “del più probabile che non “ e non “della certezza oltre ogni ragionevole dubbio” come ha ribadito la Cassazione nelle sentenze nn. 11755/06, 21619/07: nel diritto civile si deve ritenere che il danneggiante ha causato il danno quando, eliminata la condotta, vi è più del 51% di possibilità che pregiudizio venga meno. In questo caso i danni risarcibili diventano anche quelli che si sarebbero presumibilmente evitati e non solo i danni che probabilmente si sarebbero prodotti, applicandosi il criterio della funzione riparatoria dove il peso economico deve gravare su chi è meno ingiusto che lo sopporti; tra i due soggetti, infatti, vi è un equilibrio all'interno del quale si deve rintracciare l'elemento che faccia ritenere meno ingiusto la sopportazione dell'onere economico rappresentato dal danno.

Dovendo rapportare alla fattispecie in esame, le predette considerazioni, va stabilita la perdita che il danneggiato avrebbe potuto evitare dalla reiterata attribuzione di contratti a termine. E' ovvio che, riferendosi all'id quod plerumque accidit il lucro cessante va individuato nella prospettiva di conservare il posto di lavoro fino alla pensione così da considerare le retribuzioni future come risarcimento danni e non retribuzione, nel rispetto dell'art. 97 Cost.

A questo punto è evidente che se il MIUR può non assumere, tuttavia non può farsi scudo del divieto di conversione per abusare dell'inferiorità del lavoratore. Se l'illegittima apposizione del termine come atto negoziale non preclude alcun effetto come fatto, diventa un normale comportamento illecito sul patrimonio di terzi e deve dare luogo al risarcimento del danno visto che non esiste alcuna legge che discrimina la protezione prioritaria del patrimonio pubblico rispetto a quello privato, né la necessità del pubblico concorso può recidere il nesso di causalità tra concorso e danno, come ritiene il Tribunale di Roma della sentenza del 18.9.2012: l'eliminazione della condotta illecita, infatti, qualora intesa nella sua naturale conseguenza della cessazione di alcun rapporto di lavoro annullerebbe lo strumento risarcitorio che rimane l'unica tutela in capo al lavoratore. Ad avviso del giudice, pertanto, il comportamento del MIUR deve essere inteso contra legem produttivo di un pregiudizio e non come atto negoziale produttivo di effetti. La necessità dell'assunzione per pubblico concorso non può giustificare deroghe alle disposizioni che limitano il potere di abuso del datore di lavoro nello stipulare contratti a termine, né a proteggere patrimonio di soggetti pubblici, né ad autorizzare comportamenti contra legem della P.A.. In questo caso



non può essere reciso il nesso di causalità tra comportamento illecito e danno derivato, trovando applicazione l'art. 1440 c.c. per il dolo incidente richiamato secondo cui quando un comportamento di una delle parti ha determinato uno sviamento che ha inciso sul contenuto dell'accordo, questa deve risarcire. Per quanto riguarda la maturazione economica degli scatti di anzianità in regime di precariato, l'art. 4 comma 14 bis introdotto alla legge 124/99 dal decreto legge 134/09, convertito in legge 167/09 deve essere disapplicato, in conformità alle disposizioni di cui alle sentenze della CGEU del 13.9.2007 e del 15.4.2008, mentre è evidente che laddove il posto è vacante e disponibile per mera espressione del legislatore, debba essere riconosciuta l'estensione del contratto nei mesi estivi con liquidazione delle somme spettanti.

Dichiarata l'illegittimità delle clausole apposte nel contratto a termine e, nel prendere in considerazione le annualità nelle quali il ricorrente è stato assunto a tempo su posti vacanti e disponibili senza il pagamento delle mensilità estive e degli scatti di anzianità, il Tribunale adito dovrebbe disporre il pagamento degli stessi.

Per il risarcimento del danno da mancata stabilizzazione, cagionato dal comportamento dell'amministrazione che ha assunto il ricorrente sin dal 2015 e con ogni probabilità continuerà a reiterare i contratti a termine, al netto della posta attiva del risarcimento, atteso che il ricorrente dovrebbe percepire in futuro le stesse retribuzioni, il Giudice del Lavoro del Tribunale di Roma, ha condannato il Miur al pagamento di € 127.000,00, oltre interessi, da capitalizzazione, di cui € 51.000,00 per i mesi di luglio e agosto di ciascun anno futuro, € 42.000,00 per la mancata progressione economica futura, ed € 34.000,00 per gli anni in cui non verrà retribuito perché non assunto, individuati in via equitativa nel 10% del periodo lavorativo residuo.

## II

### **Quanto alle differenze retributive ed al riconoscimento degli scatti di anzianità**

**Al ricorrente**, assunto ripetutamente a tempo determinato con **contratti annuali o fino al termine delle attività didattiche (e comunque per più di 180 giorni per ogni anno di precariato** oppure dal primo febbraio sino al termine delle operazioni di scrutinio finale), è stata applicata la **disciplina dettata dai vari CCNL** del comparto Scuola succedutisi nel tempo (cfr. art. 47 del contratto per il quadriennio normativo 1994/1997 ed il biennio economico 1994/1995 e, da ultimo, l'art. 106 del CCNL 29.11.2007), **fondata sul principio sancito dall'art. 526 del D. Lgs. n. 297/1994, secondo cui al personale non di ruolo**



**spetta il trattamento economico iniziale previsto per il corrispondente personale di ruolo, senza alcun riconoscimento dell'anzianità di servizio e dei connessi aumenti retributivi** (cfr. le allegate buste paga, con l'espressa dicitura "Liv 00 – Fascia 00– Sc. 00"). In altre parole, al ricorrente, ancora precario alle dipendenze del MIUR, **è stato negato qualsiasi avanzamento retributivo connesso all'anzianità di servizio**, unico strumento ad oggi esistente per i docenti per ottenere un giusto riconoscimento dell'incremento del proprio bagaglio di esperienze e della propria capacità e competenza lavorativa.

**Sempre in punto di fatto occorre puntualizzare che:**

- **tutti i servizi scolastici sopra evidenziati sono stati prestati con il prescritto titolo di studio;**
- **i servizi d'insegnamento svolti dal ricorrente per più di 180 giorni per anno scolastico** oppure

dal primo febbraio sino al termine delle operazioni di scrutinio finale **vanno ricondotti ad annualità** ai sensi dell'art. 527 D. Lgs. 297/94 (su cui *infra*).

\*\*\*

#### **VIOLAZIONE DELLA CLAUSOLA 4 DELL'ACCORDO QUADRO SUL LAVORO A TEMPO DETERMINATO CONCLUSO IL 18/3/99 ED ALLEGATO ALLA DIRETTIVA DEL CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA 28 GIUGNO 1999/70/CEE – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 DEL D. LGS. 368/2001.**

Nel comparto Scuola la retribuzione del personale docente ed ATA, assunto a tempo indeterminato, è direttamente connessa all'anzianità di servizio in quanto il **C.C.N.L. del Comparto Scuola del 4 agosto 1995** (confermato sul punto dal successivo C.C.N.L. del 26.5.99, dal C.C.N.L 2006/2009 fino alla stipula del Contratto del 19 luglio 2011) ha inserito la c.d. **"retribuzione individuale di anzianità"** nella struttura della retribuzione del personale docente come **stipendio tabellare**, differenziato in **posizioni progressive** (cd. **"scaglioni" o classi stipendiali**) a seconda dell'anzianità professionale maturata espressa in **anni di servizio per fasce (da 0 a 8 anni di servizio; da 3 a 8; da 9 a 14; da 15 a 20; da 21 a 27; da 28 a 34; da 35 anni di servizio in poi).**

Il trattamento economico del personale della scuola di ruolo è, dunque, direttamente dipendente dall'anzianità di servizio.

**Il docente assunto con contratti a tempo determinato, seppur con diversi anni di precariato, invece, non matura alcuna progressione stipendiale**, percependo durante tutto il servizio svolto con contratti a termine sempre **lo stipendio base**, dipendentemente dagli anni di insegnamento svolti. Ciò, come abbiamo già detto, è previsto dall'**art. 526 D.**



**Lgs. 297/94**, che così dispone: «**Al personale docente ed educativo non di ruolo spetta il trattamento economico iniziale previsto per il corrispondente personale docente di ruolo**».

\*

L'oggettiva disparità di trattamento che sussiste, sotto il profilo retributivo, tra insegnanti a tempo determinato e quelli a tempo indeterminato si pone in aperto contrasto con la normativa comunitaria e precisamente con la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito dalla dir. 99/70 del Consiglio dell'Unione Europea, come interpretata dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee in numerose sentenze.

Detta clausola stabilisce:

- al **1° comma**: «Per quanto riguarda le **condizioni di impiego**, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive»;
- e al **4° comma**: «**I criteri del periodo di anzianità di servizio** relativi a particolari condizioni di lavoro dovranno essere gli stessi sia per i lavoratori a tempo determinato sia per quelli a tempo indeterminato, eccetto quando criteri diversi in materia di periodo di anzianità siano giustificati da motivazioni oggettive».

La Corte di Giustizia CE - le cui sentenze interpretative per pacifica giurisprudenza costituzionale fanno parte delle fonti normative di diritto comunitario di immediata applicabilità - si è ripetutamente pronunciata su detta clausola.

Appare centrale al riguardo la **sentenza “Del Cerro Alonso” emessa il 13.11.2007 nel proc. C 307/05**. In detta sentenza si trova già, infatti, la risposta alle varie questioni che si pongono in merito all'applicabilità del principio di non discriminazione nel caso di specie. La Corte di Giustizia CE ha infatti affermato che «la nozione di “condizioni di impiego” di cui alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro dev'essere interpretata nel senso che essa può servire da fondamento ad una pretesa come quella in esame nella causa principale, che mira ad attribuire ad un lavoratore a tempo determinato scatti di anzianità che l'ordinamento interno riserva ai soli lavoratori a tempo indeterminato».

\*

L'ordinamento comunitario, dunque, prescrive come regola la parità di trattamento tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato nel settore privato come in quello pubblico.



Analoga regola è peraltro ormai prevista in via generale dall'ordinamento interno.

Nel recepire la dir. 99/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, il **D. Lgs.368/2001 ha stabilito all'art. 6 – rubricato come “Principio di non discriminazione”** – che: «Al prestatore di lavoro con contratto a tempo determinato spettano le ferie e la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità, il trattamento di fine rapporto e ***ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili***, intendendosi per tali quelli inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, ed in proporzione al periodo lavorativo prestato sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine».

Sebbene la norma non menzioni espressamente l'anzianità di servizio, l'uso da parte della stessa della formula **“e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili”** non consente dubbi circa l'intenzione del legislatore nazionale di estendere l'affermazione dell'obbligo di equiparazione tra lavoratori a tempo determinato e indeterminato anche sotto il profilo degli scatti di anzianità.

\*

La questione oggi controversa, infine, è stata affrontata e definitivamente risolta dalla Suprema **Corte di Cassazione** che, con la sentenza n. 22558/2016, ha enunciato il seguente principio di diritto: «**La clausola 4 dell'Accordo quadro sul rapporto a tempo determinato recepito dalla direttiva 99/70/CE, di diretta applicazione, impone di riconoscere la anzianità di servizio maturata al personale del comparto scuola assunto con contratti a termine, ai fini della attribuzione della medesima progressione stipendiale prevista per i dipendenti a tempo indeterminato dai CCNL**

**succedutisi nel tempo.** Vanno, conseguentemente, disapplicate le disposizioni dei richiamati CCNL che, prescindendo dalla anzianità maturata, commisurano in ogni caso la retribuzione degli assunti a tempo determinato al trattamento economico iniziale previsto per i dipendenti a tempo indeterminato».

\*\*\*

## **II. SULLA INESISTENZA DI RAGIONI OGGETTIVE IN GRADO DI GIUSTIFICARE LA DISPARITÀ DI TRATTAMENTO.**

La disparità di trattamento, invero, ai sensi della Direttiva 1999/70/CE, potrebbe giustificarsi soltanto ove fosse dimostrata l'esistenza di **“ragioni oggettive”**, ossia di **“elementi precisi e concreti**, che contraddistinguono il rapporto di impiego di cui trattasi” in relazione alla **“particolare natura delle mansioni** per l'espletamento delle quali sono stati conclusi



contratti a tempo determinato” e alle “**caratteristiche inerenti alle mansioni stesse**” - così la **CGUE**, al punto 51 della sentenza Rosanna Valenza (C-302/11 e C-304/11) contro **Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato**.

Nel caso di specie tali “**ragioni oggettive**” sono del tutto inesistenti. Occorre osservare, infatti, che le attività d’insegnamento svolte dal ricorrente ha comportato **un’assoluta identità di mansioni e obblighi contrattuali** rispetto al servizio scolastico svolto dai colleghi di ruolo.

**Identiche sono, in particolare, le mansioni individuali e collegiali richieste ai sensi del CCNL**

**2006/2009 ai docenti precari e a quelli di ruolo:**

- ☐ preparazione delle lezioni e delle esercitazioni;
- ☐ verifica in classe e correzione degli elaborati;
- ☐ rapporti individuali con le famiglie;
- ☐ partecipazione alle riunioni del Collegio dei docenti;
- ☐ informazione alle famiglie sui risultati degli scrutini trimestrali, quadrimestrali e finali;
- ☐ partecipazione alle attività collegiali dei consigli di classe;
- ☐ svolgimento degli scrutini e degli esami, compresa la compilazione degli atti relativi alla valutazione finale;
- ☐ attività di arricchimento dell'offerta formativa e di recupero individualizzato o per gruppi ristretti di alunni con ritardo nei processi di apprendimento;
- ☐ attività funzionale all’insegnamento, ossia le attività di programmazione, progettazione, ricerca, valutazione.

Da rilevare, inoltre, che i docenti precari **con contratto al 30 giugno**, ai sensi del Decreto ministeriale n. 6 del 17 gennaio 2007, **devono presentare la domanda per far parte delle commissioni degli esami di Stato che conferiscono i diplomi finali degli studi**.

\*\*\*

**III. SULLA VALUTAZIONE COME ANNO INTERO DEL SERVIZIO PRESTATO PER ALMENO 180 GIORNI OPPURE DAL PRIMO FEBBRAIO SINO AL TERMINE DELLE OPERAZIONI DI SCRUTINIO FINALE.**

Non possono essere ritenuti validi gli argomenti talvolta utilizzati da controparte per negare l’anzianità di servizio ai ricorrenti a causa della discontinuità di servizio per effetto dell’interruzione del rapporto di lavoro.





Occorre, infatti, ricordare che, **ai sensi del combinato disposto dell'art. 489 del D. Lgs. n. 297/1994 e dell'art. 11, comma 14, della legge 124/1999, ai fini del riconoscimento dell'anzianità di servizio per la collocazione nei corrispondenti scaglioni stipendiali il periodo di insegnamento non di ruolo è considerato come anno scolastico intero se ha avuto durata di almeno 180 giorni**, oppure se è stato prestato ininterrottamente dal primo febbraio sino al termine delle operazioni di scrutinio finale.

**Dunque, condizione necessaria e sufficiente per configurare un anno di anzianità è la sola prestazione di servizio nell'ambito di un anno scolastico per almeno 180 giorni** (oppure dal primo febbraio sino al termine delle operazioni di scrutinio finale).

**Questa soluzione, come dicevamo, trova un chiaro fondamento normativo nella previsione di cui all'art. 489 D. Lgs. 297/94** («Ai fini del riconoscimento di cui ai precedenti articoli il servizio di insegnamento è da considerarsi come anno scolastico intero se ha avuto la durata prevista agli effetti della validità dell'anno dall'ordinamento scolastico vigente al momento della prestazione»), **così come interpretato dall'art. 11, comma 14, l. 124/1999** («Il comma 1 dell'articolo 489 del testo unico è da intendere nel senso che **il servizio di insegnamento non di ruolo prestato a decorrere dall'anno scolastico 1974-1975 è considerato come anno scolastico intero se ha avuto la durata di almeno 180 giorni** oppure se il servizio sia stato prestato ininterrottamente dal 1° febbraio fino al termine delle operazioni di scrutinio finale»).

**Tale regola è stata dettata dal legislatore per risolvere l'identico problema di tradurre in anni di anzianità un servizio discontinuo che si pone quando il Ministero, avendo immesso in ruolo personale che ha già prestato servizio sulla scorta di rapporti a termine, deve provvedere alla ricostruzione dell'anzianità precedente c.d. pre-ruolo ai sensi dell'art. 485 D. Lgs. 297/94.**

**Benché il legislatore abbia dettato la citata regola per consentire l'individuazione della posizione stipendiale da attribuire per il futuro al lavoratore immesso in ruolo (al quale, in tale contesto, non vengono corrisposti arretrati per il periodo precedente), la perfetta identità dell'operazione giuridica che tale regola stabilisce (in entrambi i casi bisogna ricondurre ad anni di anzianità una pluralità di servizi non continui tra loro), appare del tutto sufficiente a consentirne l'applicazione anche nel caso che qui interessa, in cui essa mira invece a ricostruire la retribuzione spettante nel corso dei vari periodi di servizio a termine, prima ed a prescindere dall'eventuale immissione in ruolo.**

\*



Si rileva che in senso conforme rispetto a tale soluzione si sono pronunciate le seguenti Corti d'Appello: **Corte d'Appello di Venezia**, sentenza n. 465/2015; **Corte d'Appello di Palermo**, sentenza n. 1107/2016; **Corte d'Appello di Brescia**, sentenza del 05.06.2014; **Corte d'Appello di Genova**, sentenza del 30.10.2013; **Corte d'Appello di L'Aquila**, sentenza n. 303 del 2012; **Corte d'Appello di Milano**, sentenza n. 576/2012; **Corte d'Appello di Napoli**, sentenza n. 6232/2014; **Corte d'Appello di Roma**, sentenza n. 2488/2015 e 1398/2013; **Corte Appello di Firenze**, sentenza n. 598/2015; **Corte Appello di Torino**, sentenza n. 1603/2015; **Corte Appello di Genova**, sentenza n. 743/2011; **Corte Appello di Trieste**, sentenza n. 375/2015; **Corte Appello di Bari**, sentenza n. 3065/2015; **Corte Appello di Lecce**, sentenza n. 2296/2015.

Occorre, infine, notare che tali conclusioni sono state condivise dalla **Corte di Cassazione** che, con sentenza 262/2015 ha chiarito quanto segue: «[...] *per il periodo di lavoro (o i periodi di lavoro in caso di sequenza di contratti)* il lavoratore ha diritto ad essere retribuito ed ha diritto a che tale periodo o tali periodi siano computati ai fini della anzianità di servizio e, quindi, della maturazione degli scatti di anzianità. Questa interpretazione (...) è coerente (...) con i principi costituzionali e del diritto dell'Unione Europea: in particolare con il *principio di non discriminazione* tra i lavoratori a tempo determinato e a tempo indeterminato, anche e specificamente in ordine all'anzianità di servizio, affermato con la Direttiva 1999/70/CE [...]».

\*\*\* \*\*

Tanto premesso, i sottoscritti procuratori e difensori nella spiegata qualità rassegnano le seguenti

### CONCLUSIONI

- **Nel merito:** previa disapplicazione degli artt. 485 e 526 del D. L gs n. 297/94 e/o di ogni eventuale atto e/o provvedimento contrario al principio di non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito dalla dir. 99/70 del Consiglio dell'Unione Europea e comunque a tutto quanto esposto in narrativa;
- **previa declaratoria della nullità** delle norme del contratto collettivo e dei contratti individuali di lavoro del ricorrente in contrasto con il principio di non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito dalla dir. 99/70 del Consiglio dell'Unione Europea e comunque a tutto quanto esposto in narrativa;
- **previo annullamento e/o declaratoria della nullità/inefficacia** delle eventuali rinunce contenute nei contratti di lavoro stipulati dal ricorrente che vengono impugnate anche ai sensi dell'art. 2113 del cc, per l'effetto



**In via principale:**

- 1) accertare e dichiarare che tra l'istante e il Ministero convenuto sussiste un rapporto di lavoro a tempo indeterminato dal 11/12/2015 o da diversa data ritenuta di giustizia;
- 2) condannare il Ministero convenuto al pagamento in favore del ricorrente delle retribuzioni contrattualmente dovute per i periodi di interruzione del rapporto intercorsi dal 2015 e la immissione in ruolo, eventualmente da quantificarsi all'esito della CTU contabile come richiesta;
- 3) condannare il Ministero convenuto alla ricostruzione di carriera dell'istante con il conteggio, ai fini economici e normativi, dell'anzianità di servizio per il servizio pre -ruolo in maniera integrale, eventualmente da quantificarsi all'esito della CTU contabile come richiesta.

**In subordine:** nella denegata e non creduta ipotesi di mancato accoglimento delle ragioni di cui alle domande svolte in via principale, condannarsi l'amministrazione resistente a risarcire il danno alla professionalità ed alle chances di progressione di carriera del ricorrente da liquidarsi secondo i parametri di legge o secondo giustizia e/o equità.

**In ogni caso:**

- 1) accertare e dichiarare il diritto del ricorrente all'*immediato* riconoscimento, ai fini giuridici ed economici, di *tutta* l'anzianità di servizio maturata con i contratti a tempo determinato della durata di almeno 180 giorni in ciascun anno oppure dal primo febbraio sino al termine delle operazioni di scrutinio finale come se il rapporto fosse stato costituito sin dall'inizio a tempo indeterminato, e quindi con la medesima progressione professionale riconosciuta dal CCNL Comparto Scuola applicabile *ratione temporis* al personale docente assunto a tempo indeterminato di pari qualifica;
- 2) condannare l'Amministrazione resistente al pagamento, in favore del ricorrente, delle differenze retributive dovute in virtù del suo collocamento nella fascia stipendiale conseguente all'intera e immediata valutazione del predetto servizio pre-ruolo;
- 3) condannare l'Amministrazione resistente, anche a titolo di risarcimento del danno per responsabilità contrattuale (e dunque con prescrizione decennale), al pagamento delle differenze retributive corrispondenti agli incrementi stipendiali maturati durante il periodo di precariato sin qui svolto e dovuti in virtù della piena equiparazione, anche sotto il profilo del CCNL applicabile *ratione temporis*, tra il servizio d'insegnamento prestato con contratto a tempo indeterminato ed il servizio d'insegnamento prestato con i contratti a tempo determinato della durata di almeno 180 giorni in ciascun anno oppure dal primo febbraio sino al termine delle operazioni di scrutinio finale.



**Sempre in ogni caso:** Con condanna al compimento di tutte le attività procedurali e provvedimentali strumentali a tali fini.

Spese rifuse.

**In via istruttoria:**

I) SI DEPOSITANO I SEGUENTI DOCUMENTI:

doc. n. 1) attestato laurea specialistica;  
doc. n. 2) contratto prot. N. 3920 del 11.12.2015;  
doc. n. 3) contratto prot. N. 5518 del 19.9.2016;  
doc. n. 4) contratto prot. N. 4679 del 12.10.2016;  
doc. n. 5) contratto prot. N. 6074 del 24.10.2016;  
doc. n. 6) contratto prot. N. 6629 del 9.11.2016;  
doc. n. 7) contratto prot. N. 7588 del 14.12.2016;  
doc. n. 8) contratto prot. N. 7736 del 19.12.2016;  
doc. n. 9) contratto prot. N. 103 del 10.1.2017;  
doc. n. 10) contratto prot. N. 462 del 31.1.2017;  
doc. n. 11) contratto prot. N. 1681 del 1.4.2017;  
doc. n. 12) contratto prot. N. 2098 del 2.5.2017;  
doc. n. 13) contratto prot. N. 2655 del 10.6.2017;  
doc. n. 14) contratto prot. N. 2675 del 12.6.2017;  
doc. n. 15) contratto prot. N. 1835 del 14.9.2017;  
doc. n. 16) contratto prot. N. 2016 del 3.10.2017;  
doc. n. 17) contratto prot. N. 4035 del 25.10.2017;  
doc. n. 18) contratto prot. N. 2259 del 24.9.2018;  
doc. n. 19) contratto prot. N. 4146 del 16.10.2018;  
doc. n. 20) contratto prot. N. 2387 del 24.9.2019;  
doc. n. 21) contratto prot. N. 3098 del 5.10.2020;  
doc. n. 22) attestato riconoscimento 24 CFU;  
doc. n. 23) pec impugnativa contratti a termine del 26.10.2020;

II) Si richiede CTU contabile volta a quantificare l'esatto importo dovuto al ricorrente in virtù delle domande sopra premesse.

III) Ogni ulteriore istanza riservata.

\*\*\*

Si dichiara che il presente giudizio ha valore indeterminabile. Il CU dovuto ammonta ad € 259,00.



## **ISTANZA PER LA DETERMINAZIONE MODALITA' DI NOTIFICA**

### **EX ART. 151 C.P.C**

I sottoscritti procuratore, in nome e per conto della parte ricorrente, giusta delega in calce all'atto introduttivo del sopra citato ricorso

### **PREMESSO CHE:**

ai fini di una corretta instaurazione del contraddittorio tra le parti, il ricorso dovrebbe essere notificato a tutti i docenti quanto potenziali controinteressati,

### **RILEVATO CHE**

La notifica nei modi ordinari sarebbe eccessivamente onerosa dato il numero dei destinatari, e comunque non sarebbe sufficiente a garantire l'effettiva instaurazione del contraddittorio;

La tradizionale notifica per pubblici proclami, con pubblicazione in Gazzetta Ufficiale sarebbe eccessivamente onerosa, nonché non prevederebbe la pubblicazione integrale del testo del ricorso introduttivo del presente giudizio;

– l'Ill.mo Giudice adito può autorizzare ai sensi dell'art. 151 C.p.c che la notifica avvenga con qualsiasi mezzo, purché *“Le modalità con cui siffatta notificazione viene disposta devono comunque essere tali da non compromettere il diritto di difesa, tutelato dall'art. 24 come «inviolabile» in ogni stato e grado del processo (C. 13868/2002), così come devono trovare corrispondenza nello scopo dell'atto e le modalità prescelte debbono garantire i principi fondamentali del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio (C. 3286/2006; C. 4319/2003).”*

– La notifica mediante pubblicazione integrale del ricorso e del decreto di fissazione udienza sul sito del Ministero della Pubblica Istruzione sarebbe idonea ad assicurare la conoscibilità dello stesso, e permetterebbe ad eventuali interessati di intervenire nel presente procedimento.

– Tutto ciò premesso e considerato, il sottoscritto avvocato nella veste di cui sopra, formula

### **ISTANZA**

affinché l'Ill.mo Giudice del Lavoro adito, alla luce di quanto sopra premesso

– VOGLIA autorizzare la notificazione del ricorso:

– quanto ai potenziali controinteressati attraverso la pubblicazione sia sul sito del MIUR



– quanto al MIUR, all'Ufficio scolastico regionale per il Veneto e U.S.R Ambito territoriale della Provincia di Belluno mediante notifica all'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso la sede di competenza;

Feltre- Belluno, 09.12.2020

Avv. Serena Maccagnan

Avv. Sabrina Bellumat

