



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**TRIBUNALE ORDINARIO DI NAPOLI NORD
- SEZIONE LAVORO -**

Il Giudice Unico di Napoli Nord in funzione di giudice del lavoro dr. Marco Bottino ha pronunciato all'udienza del 11.5.17 la seguente

SENTENZA

Nella causa iscritta al n. 6667/2016
Vertente

[REDACTED] rapp.ta e dif. dall' avv.to Sarnacchiaro Giovanna

RICORRENTE

E

MINISTERO dell'ISTRUZIONE, della UNIVERSITA' e della RICERCA, in persona del legale rapp.te p.t., **UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE**, in persona del legale rapp.te p.t.

RESISTENTI -Contumaci

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Per parte ricorrente:

Accertamento della illegittimità della reiterazione dei contratti a termine e condanna del Ministero della Istruzione al risarcimento del danno ex art. 36 co. 4 D.Lgs. 165/2001 o in via alternativa, nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri del danno per mancata attuazione della direttiva del Consiglio dell'Unione europea 28/06/1999/70/CE. Riconoscimento dell'anzianità di servizio maturata in tutti i servizi non di ruolo prestati ai fin giuridici ed economici. Vittoria di spese.

Per il Ministero:

Rigetto della domanda.

Per l'ufficio scolastico regionale e per la P.C.M.
difetto di legittimazione passiva



MOTIVI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con ricorso del 26.5.16 la parte ricorrente in epigrafe, premesso di essere docente inserito nelle graduatorie permanenti ed ad esaurimento della Provincia di Napoli e di essere stata dipendente del Ministero della Istruzione in forza di plurimi contratti a termine intercorsi nei periodi meglio specificati nello stesso atto in ciascuno degli anni scolastici dall'anno 2009/2010 all'anno 2014/2015, per periodi dal mese di settembre/novembre al 30 giugno dell'anno successivo, ha agito nei confronti del Ministero della Istruzione per sentire accertare la nullità del termine di durata apposto ai contratti, e per l'effetto dichiararsi il suo diritto al risarcimento del danno ex art. 36 del D.lgs 165/01 o in via alternativa il risarcimento del danno per mancata attuazione della direttiva del Consiglio dell'Unione europea 28/06/1999/70/CE. Riconoscimento dell'anzianità di servizio maturata in tutti i servizi non di ruolo prestati ai fin giuridici ed economici.

Ha dedotto quale ragione di illegittimità la rispondenza dei contratti ad una esigenza permanente e durevole del datore di lavoro, riguardando posti vacanti, ossia in assenza di ragioni sostitutive, ciò, sulla base delle articolate argomentazioni contenute nel ricorso, ravvisando la violazione delle seguenti disposizioni normative:

- art. 1 del d. lgs. n. 368 del 2001 stante l'insussistenza delle ragioni temporanee; per la violazione dell'art. 5 del d. lgs. n. 368 del 2001 per avere il datore di lavoro reiterato i contratti senza rispettare i limiti temporali in esso previsti e in ogni caso superando complessivamente il termine di 36 mesi; per la violazione della Direttiva 1999/70/CE, e l'annesso accordo quadro;
- art. 4, commi 1 e 2 e 14 bis, dalla legge n. 124 del 1999, dell'art. 10, comma 4 bis, del D.lgs. 368/2001, dell'art. 36, commi 2, ultimo periodo, 5 ter e 5 quater del D.lgs. 165/2001 dovevano ritenersi incostituzionali per contrasto con gli artt. 3, 4, 97, comma 3, seconda parte e 117, comma 1 della Costituzione, per contrasto con la Direttiva 1999/70/CE, e l'annesso accordo quadro.

Inoltre la ricorrente deduceva di aver sempre percepito per ogni periodo una retribuzione commisurata allo stipendio tabellare iniziale a tempo indeterminato parametrato al personale di prima nomina, senza tener conto dell'anzianità maturata nel corso dei rispettivi contratti.

Pertanto rappresentava di non avere fruito di alcuna progressione economica e, quindi, di averne diritto perché tale esclusione era in contrasto con quanto disposto dal diritto dell'U.E., che sancisce il divieto di discriminazione tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato.



Il Ministero ha contestato il fondamento in punto di diritto della domanda evocando la conformità dei contratti alla disciplina speciale prevista dalla legislazione di settore (TU 297/1994 e legge 124/99), sottolineando, di conseguenza, la non abusività della reiterazione dei contratti. L'Avvocatura ha chiesto inoltre, dichiararsi il difetto di legittimazione passiva dell'ufficio scolastico regionale e della P.C.M.

All'odierna udienza veniva comunicata l'assunzione a tempo indeterminato del ricorrente.

Il ricorso merita accoglimento nei termini che seguono.

Va preliminarmente rigettata l'eccezione preliminare di carenza di legittimazione passiva dell'Ufficio scolastico Regionale, in quanto conformemente alle disposizioni normative di seguito illustrate, ha stipulato i contratti di supplenza per cui è causa, trattandosi di supplenze di cui all'art. 4, comma 2 L. 124/1999.

Parimenti va disattesa l'eccezione di carenza di legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio nei confronti della quale risulta spiegata domanda di risarcimento in via alternativa.

Nel merito per chiarezza espositiva occorre prendere le mosse dalla disciplina di reclutamento a termine del personale nel settore scolastico dello Stato, che è fissata tanto per il personale docente che per il personale ATA dall'art. 4 legge 124/1999, che ha espressamente abrogato (comma 14) le corrispondenti disposizioni del testo unico in materia di istruzione (D.L.vo 297/94) .

La attuazione dell'art. 4 è stata demandata (comma 5) ad un regolamento del Ministro della Pubblica Istruzione.

La normativa regolamentare è contenuta :

- nel D.M. 25 maggio 2000, n. 201, poi sostituito dal D.M. del 13 giugno 2007, per il personale docente ed educativo

- nel DM 13 dicembre 2000, n. 430 per il personale amministrativo, tecnico e ausiliario.

L' art. 4 L. 124/1999, ai primi tre commi- (formulati con riferimento al personale docente ma applicabili al personale ATA per il rinvio contenuto al successivo comma undicesimo) - testualmente, dispone:

1. *Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni*



organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero, e sempreche' ai posti medesimi non sia stato gia' assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo, si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo.

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

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

Vengono dunque distinte tre tipologie di contratto a termine:

1) **supplenza annuale** (*id. est:* fino al 31 agosto, termine dell'anno scolastico) : per la copertura di posti vacanti in pianta organica entro la data del 31 dicembre, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali di assunzione in ruolo

2) **supplenza temporanea fino al termine delle attività didattiche** (*id est:* 30 giugno) : per la copertura di posti **NON** vacanti ma di fatto disponibili entro la stessa data del 31 dicembre.

3) **supplenza temporanea:** per tutti gli altri casi ovvero per i posti- siano essi vacanti che disponibili solo in via di fatto- rimasti scoperti dopo il 31 dicembre

I criteri in base ai quali sono conferite le supplenze sono precisati dai successivi commi 6 e 7, i quali stabiliscono, quale criterio generale per la normativa regolamentare, che:

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



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

Le graduatorie permanenti di cui all'art. 401 TU Istruzione , richiamate dal comma 6, derivano dalla trasformazione di precedenti graduatorie di concorso.

Nelle graduatorie permanenti, divise in tre fasce, sono iscritti i docenti provvisti di abilitazione all'insegnamento.

Le graduatorie sono strutturate su base provinciale e vengono aggiornate ogni tre anni per quanto riguarda i titoli e le posizioni degli iscritti; dall'anno 2008 sono chiuse all'inserimento di nuovi nominativi, in quanto la legge 296/06 (art. 1, comma 605, lett. e) ha trasformato le graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento. Non sono dunque previsti nuovi inserimenti mentre i docenti già iscritti possono aggiornare titoli e posizione ogni 3 anni.

Il conferimento della supplenza, in tali casi, è effettuato dall'Ufficio Scolastico Territoriale.

Le graduatorie richiamate dal comma 7, di Circolo (per la scuola materna ed elementare) e di Istituto (per la scuola secondaria) sono tenute dai singoli enti scolastici; in tal caso la supplenza è conferita dal dirigente della istituzione scolastica.

Sono anch' esse articolate in tre fasce:

-la I FASCIA, comprende i docenti iscritti nella I, II, o III fascia delle Graduatorie ad esaurimento

-la II FASCIA, comprende i docenti abilitati ma non iscritti nelle Graduatorie a esaurimento

-la III FASCIA comprende i docenti non abilitati ma in possesso del titolo di studio valido per l'accesso all'insegnamento.

Le graduatorie di II e III fascia hanno validità biennale, per quelle di prima fascia la validità temporale è pari a quella della corrispondente graduatoria ad esaurimento.

Tale sistema deve essere coordinato con quello previsto dal D.lvo 297/1994 per le assunzioni del personale scolastico a tempo indeterminato.

Per i docenti ed il personale educativo l'accesso ai ruoli avviene per il 50 per cento dei posti mediante concorso per titoli ed esami - ovvero attingendo dalle graduatorie di merito del concorso (D. Lgs. n. 297 del 1994, art. 399)- e, per il restante 50 per cento, attingendo dalle graduatorie permanenti (D.Lgs. n. 297 del 1994, art. 401) : sistema *cd. del doppio canale*.



Il descritto quadro normativo secondo un parte della giurisprudenza di merito, tesi è fatta propria dalle parti resistenti al punto 1) e 2) della memoria difensiva, che ha ricevuto avallo nell'unico precedente di legittimità sul tema (Cassazione civile sez. lav. 20 giugno 2012 n. 10127) costituisce un "corpus speciale autonomo" ovvero un sistema organico disciplinante compiutamente la materia del reclutamento a termine del personale scolastico sicchè non troverebbe applicazione il D.Lgs. n. 368 del 2001, contenente la disciplina comune del contratto di lavoro a termine.

Il legislatore è intervenuto nel dibattito in corso, che ha dato luogo ad un ampio contenzioso nazionale, inserendo nell'art. 10 del D.L.vo 368/2001- (articolo che disciplina i casi di esclusioni e di deroghe) - un comma 4 bis .

Con la prima parte del predetto comma 4 bis, inserita dall'articolo 9, comma 18, del D.L. 70/ 2011 ha disposto:

4. bis. Stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui all'articolo 40, comma 1, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, all'articolo 4, comma 14-bis, della legge 3 maggio 1999, n. 124, e all'articolo 6, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessita' di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato. In ogni caso non si applica l' articolo 5, comma 4-bis , del presente decreto

La modifica legislativa ha dunque previsto nella scuola statale tanto la inapplicabilità "in ogni caso" del termine di durata massima totale di 36 mesi relativo ai contratti a termine successivi (fissato dall'art. 5 co. 4 bis) che la esenzione dall'intero corpus normativo del decreto legislativo 368/2001.

Successivamente, con l'articolo 4, comma 11, del D.L. 101/2013, ha aggiunto, in fine, un ulteriore periodo, con il quale viene estesa la medesima disciplina di esclusione alle scuole degli enti locali.

In sostanza, la esigenza di assicurare il diritto alla istruzione costituirebbe nella intenzione del legislatore la ragione oggettiva che giustifica il rinnovo dei contratti a termine, in ragione dei vincoli alle assunzioni di personale della scuola contenuti nelle disposizioni normative richiamate .

La tesi che faceva leva sulla specialità della normativa sulle assunzioni a termine nella scuola ha ritenuto di rinvenire nelle disposizioni del 2011 la mera enucleazione di un



principio già contenuto nel sistema, con la conseguenza della portata interpretativa e retroattiva della norma.

Così, Cass. Sez. lav. 20 giugno 2012 n. 10127: *“Trattasi, invero, di esplicitazione di un principio che, in quanto già enucleabile, alla stregua di quanto in precedenza rimarcato, dal precedente sistema, non ha comportato alcuna innovazione e risponde, piuttosto, all'esigenza, avvertita dal legislatore, di ribadire, a fronte del proliferare di controversie sulla illegittimità delle assunzioni a termine nel settore in parola, di una regola iuris già insita nella legislazione concernente la c.d. privatizzazione del pubblico impiego”*.

Tale sistema è stato dagli interpreti (e dallo stesso precedente di legittimità) in vari sensi giustificato.

Da un parte, si è posto l'accento sulla conformità della normativa ad interessi costituzionali, quali il diritto alla istruzione, il contenimento della spesa pubblica e persino la migliore formazione scolastica del personale in vista di una successiva immissione in ruolo.

Dall'altra, si è evidenziata la esistenza di un ragione oggettiva di giustificazione del termine, che è stata individuata nella variabilità del fabbisogno annuale di personale in ragione delle fluttuazioni della popolazione scolastica per fenomeni demografici, migratori nonché per la imprevedibilità delle scelte degli studenti relativamente all'indirizzo di istruzione.

Da ultimo, si è posto l'accento anche sulla specialità del sistema di reclutamento del personale docente statale, in virtù del quale poiché l'accesso ai ruoli avviene per la metà dei posti attingendo alle graduatorie permanenti, il conferimento dell'incarico di supplenza- specie quello annuale- sarebbe il veicolo attraverso il quale l'incaricato si assicura l'assunzione a tempo indeterminato; infatti man mano che gli vengono assegnati detti incarichi, la sua collocazione in graduatoria avanza e, quindi, gli permette l'incremento del punteggio cui è correlata l'immissione in ruolo (ex art. 399 del T.U. di cui al D.Lgs. n. 297 del 1994).

Inevitabile il dubbio circa la conformità del sistema così ricostruito alla normativa europea ed, in particolare, alla clausola 5 dell'accordo quadro recepito dalla direttiva 1999/70, che impone agli stati della Unione Europea la adozione di una o più misure, tra quelle previste nella lettera da a) a c) della stessa clausola, atte a prevenire ed, eventualmente, a sanzionare l'abuso del contratto a termine.

Si legge in Cassazione 10127/2012 che l'art. 4 L. 124/99 *“ nel consentire la stipula di contratti a tempo determinato in relazione alla oggettiva necessità di far fronte, con riferimento al singolo istituto scolastico - e, quindi, al caso specifico-, alla copertura dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre, ovvero alla copertura dei posti di insegnamento non vacanti che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre, ovvero ancora ad altre*



necessità quale quella di sostituire personale assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro, riferendosi a circostanze precise e concrete caratterizzanti la particolare attività scolastica costituisce "norma equivalente" alle misure di cui alla clausola 5 n. 1, lett. da A) a C) dell'accordo quadro".

La richiamata opzione ermeneutica è destinata ad essere rivisitata a seguito della recente, nota pronuncia della Corte di Giustizia della UE (sentenza 26 novembre 2014, Mascolo + altri / Ministero dell'Istruzione e Comune di Napoli); il giudice europeo ha infatti ritenuto che la normativa nazionale statale, così interpretata, **non risulterebbe prevedere alcuna misura di prevenzione del ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, in violazione della clausola dell' articolo 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a termine.**

Il diritto dell'Unione europea, ha osservato la Corte, impone agli Stati membri di adottare in caso di successione dei contratti a termine almeno una delle misure indicate dalla clausola 5 ovvero:

- lettera a): *ragioni obiettive* per la giustificazione del rinnovo;
- lettera b): *durata massima* totale dei contratti a termine successivi;
- lettera c) : *numero* dei rinnovi.

Orbene, esclusa la applicazione del termine di durata massima di cui all'art. 5 co. 4 bis D.Lvo 368/2001 (lettera b) e non essendovi alcuna previsione del numero di rinnovi (lettera c), resterebbe da verificare se il regime dei rinnovi possa essere giustificato da ragioni obiettive (lettera a).

Tali ragioni obiettive non sono state rinvenute dal giudice europeo nella normativa italiana delle supplenze della scuola statale nella ipotesi della successione di contratti a termine su posti vacanti e disponibili, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale (art. 4, comma 1, L.124/99).

La Corte di Giustizia ha rilevato che seppure in punto di principio il rinnovo dei contratti a termine in attesa dell'esito di dette procedure concorsuali possa essere giustificato da ragioni oggettive, la normativa italiana nella sua applicazione non è conforme alla clausola 5, in quanto in essa non vi è alcuna certezza riguardo alla data di indizione della procedura concorsuale.

Essa dunque consente -di fatto- di soddisfare esigenze permanenti e durevoli delle scuole statali, derivanti dalla mancanza strutturale di personale di ruolo.

Contrariamente a quanto argomentato nella memoria difensiva al punto 2), il percorso argomentativo seguito dalla Corte, sebbene riferito all'ipotesi specifica della supplenza annuale (per la copertura di posti vacanti), orienta l'interprete anche in riferimento alle altre ipotesi di supplenza.

Si osserva infatti che il giudice europeo ha fatto giustizia:

- tanto dell'argomento secondo cui la tutela del lavoratore a termine sarebbe in qualche modo recessiva rispetto all'interesse a garantire il servizio di istruzione (in quanto



(corrispondente ad un diritto costituzionale del cittadino);

- sia dell'argomento secondo cui nel settore pubblico un ampliamento della flessibilità dell'impiego potrebbe essere giustificato da esigenze di finanza pubblica.

Si legge al punto 110 della sentenza :

'A tale riguardo va ricordato che sebbene considerazioni di bilancio 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''.

Sicché la attenzione deve essere focalizzata- (in assenza della previsione di termini di durata massima totale dei contratti o di limiti al numero dei loro rinnovi) - esclusivamente sulla presenza o meno di "ragioni oggettive" per la giustificazione del rinnovo.

Sul punto il giudice europeo nella sua attività interpretativa/ normativa ha altresì affermato che il rinnovo dei contratti a termine per rispondere ad una "ragione oggettiva" ai sensi della clausola 5 punto 1 lettera a) dell'accordo quadro deve servire a soddisfare esigenze di carattere provvisorio.

Si legge ai punti 100 e 101 della sentenza:

"100. Orbene, come la Corte ha già dichiarato in numerose occasioni, il rinnovo di contratti o di rapporti 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, non è giustificato ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro. Infatti, un utilizzo siffatto dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato è direttamente in contrasto con la premessa sulla quale si fonda tale accordo quadro, vale a dire il fatto che i contratti di lavoro a tempo indeterminato costituiscono la forma comune dei rapporti di lavoro, anche se i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori o per determinate occupazioni e attività (sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punti 36 e 37 nonché giurisprudenza ivi citata)

101 L'osservanza della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro richiede quindi che si verifichi



concretamente che il rinnovo di successivi contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato miri a soddisfare esigenze provvisorie, e che una disposizione nazionale quale l'articolo 4, comma 1, della legge n. 124/1999, letta in combinato disposto con l'articolo 1 del decreto n. 131/2007 non sia utilizzata, di fatto, per soddisfare esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro in materia di personale (v., in tal senso, sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punto 39 e giurisprudenza ivi citata)".

La normativa statale sul conferimento delle supplenze su posti disponibili di fatto fino al termine dell'attività didattica (art. 4 co. 2 L. 124/99), che viene in considerazione nella fattispecie di causa, non si presta a considerazioni analoghe.

Per chiarire le differenze tra supplenze annuali e supplenze temporanee si evidenzia che secondo la normativa delineata dall'art. 4, L. n. 124/1994, e dai relativi decreti attuativi, ogni anno scolastico si procede all'individuazione del *cd. "organico di diritto o provvisoriale"*, che viene determinato dopo il 31 gennaio di ogni anno a chiusura delle iscrizioni per l'anno successivo, e alla definizione della pianta organica del personale di ruolo.

Poiché questo organico viene stabilito sulla base di dati suscettibili di variazione per le più svariate ragioni, è possibile che lo stesso al termine dell'anno scolastico e dell'effettuazione degli scrutini necessiti di una revisione.

Per organico di diritto dunque si intende la dotazione delle cattedre e dei posti del personale, assegnata annualmente alle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado, in riferimento al numero di alunni iscritti e di classi previste; si tratta di un organico previsionale determinato tenendo conto delle classi autorizzate sulla base del numero degli alunni iscritti e dei piani orari delle singole materie di insegnamento.

Rispetto ai posti così determinati si possono verificare situazioni di esubero o di vacanza; i posti vacanti sono utilizzati innanzitutto per consentire le operazioni di trasferimento o passaggio e per sistemare i docenti individuati come soprannumerari in altre scuole, poi per le nuove immissioni in ruolo, infine le cattedre che rimangono vacanti dopo le immissioni in ruolo vengono coperte con le supplenze annuali fino al 31 agosto, regolate dall'art. 4 comma 1, L. n. 124/1999.

Sistematicamente però nel corso dell'anno scolastico e, comunque dopo la scadenza delle iscrizioni da parte degli studenti, si verificano delle variazioni nell'organico di diritto a causa della variazione del numero degli alunni, che si ripercuote nella formazione delle classi, dovuta a richieste di trasferimenti in altra scuola da parte degli allievi, alla presenza di un numero di alunni ripetenti, al sopraggiungere di nuove iscrizioni, per cui si rende necessario adeguare la previsione alla realtà e determinare quell'organico di fatto che consentirà realmente, all'inizio dell'anno scolastico, la piena realizzazione delle condizioni di funzionalità e di efficienza dei servizi scolastici.



All'inizio dell'anno scolastico è anche possibile che si rendano vacanti, e quindi disponibili di fatto, altri posti in conseguenza di richieste di part-time, di esigenze particolari ed eccezionali, di alcune tipologie di assenze del personale docente quali comandi, servizi presso altri enti, mandati politici o sindacali ecc.

Se a seguito di questa nuova determinazione dell'organico di fatto si rende necessaria la copertura di posti vacanti, si procede con le operazioni di utilizzazione e assegnazione provvisoria, cioè la mobilità annuale del personale docente di ruolo, e poi con le supplenze sino al termine delle attività didattiche fissato al 30 giugno, regolate dal comma 2 dell'art. 4.

Da tale ricostruzione emerge con chiarezza che solo per la prima tipologia di supplenze si può porre in concreto un problema di immotivata reiterazione, a fronte di esigenze talmente prevedibili da aver giustificato la previsione del posto in organico, e quindi la necessità di una supplenza in attesa della sua copertura con una immissione in ruolo ; tali posti sono infatti quelli potenzialmente destinati alle assunzioni con il doppio canale, la cui perdurante scopertura è sintomatica della presenza di esigenze permanenti e durevoli che avrebbero meritato di essere soddisfatte con una assunzione a tempo indeterminato, con l'effetto di rendere abusiva la reiterata copertura con contratti a tempo determinato.

Analoghe valutazioni non possono, invece, essere fatte, a parere di chi scrive, anche aderendo al più recente orientamento della Suprema Corte di Cassazione (sentenza n. 22552 del 7 novembre 2016), **per le supplenze temporanee su posti disponibili solo nell'organico di fatto**, che sono il prodotto fisiologico di quella aleatorietà ben evidenziata dalla Suprema Corte e riconosciuta dalla Corte Costituzionale, riconducibile a fattori diversi quali ad es. il mutamento quantitativo e la variazione territoriale della popolazione scolastica, le richieste di trasferimento o altre forme di assenze dei docenti, che le rende funzionali ad esigenze per definizione temporanee e variabili che ben possono dunque costituire delle "ragioni oggettive", tali da giustificare, per il peculiare contesto in cui si svolgono, l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi.

Del resto la presenza di tali ragioni è stata anche riconosciuta dalla CGUE nella sentenza del 26-11-14 allorchè ai punti da 91 a 95 dà atto che *"l'insegnamento è correlato a un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione della Repubblica italiana che impone a tale Stato l'obbligo di organizzare il servizio scolastico in modo da garantire un adeguamento costante tra il numero di docenti e il numero di scolari. Orbene, non si può negare che tale adeguamento dipenda da un insieme di fattori, taluni dei quali possono, in una certa misura, essere difficilmente controllabili o prevedibili, quali, in particolare, i flussi migratori esterni ed interni o le scelte di indirizzi scolastici da parte degli scolari"*

La Corte ritiene che fattori del genere determinano nel settore dell'insegnamento un'esigenza particolare di flessibilità idonea *"a giustificare oggettivamente, alla luce della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, il ricorso a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato per rispondere in maniera adeguata alla domanda scolastica ed evitare di esporre lo Stato, quale datore di lavoro in tale settore, al rischio di dover*



inmettere in ruolo un numero di docenti significativamente superiore a quello effettivamente necessario per adempiere i propri obblighi in materia”.

Va, dunque, ritenuto che il rinnovo dei contratti di lavoro a tempo determinato stipulati ai sensi del comma 2 dell'art. 4 della l. 124 del 1999 sia giustificato da una «ragione obiettiva» ai sensi del punto 1, lettera a) della clausola 5 della Direttiva n. 1999/70/CE.70 e che, pertanto, si possa concludere per un giudizio positivo di compatibilità di detta norma con detta clausola che porta ad escludere ogni ulteriore profilo di illegittimità.

Tanto premesso, dal momento che la ricorrente risulta aver lavorato, seppure per un numero rilevante di anni, sempre con supplenze sino al termine delle attività didattiche va escluso a priori che per tali supplenze sia configurabile una forma di ricorso abusivo alla contrattazione a termine che, in quanto illegittima, giustifichi una legittima aspettativa alla stabilità del posto di lavoro da sanzionare.

Infatti la ricorrente risulta non aver mai stipulato contratti che andavano oltre il 30 giugno e trattasi comunque di contratti fino al 30 giugno presso istituti scolastici diversi.

Come si vede non vi sono, nella fattispecie supplenze annuali per un periodo di durata complessiva superiore al limite di 36 mesi.

Per le suesposte considerazioni le domande relative all'illegittimità dell'apposizione del termine non possono trovare accoglimento, secondo quanto recentemente stabilito dalla Suprema Corte di Cassazione con sentenza n. 22552 del 7 novembre 2016 cit. (“102. Ne consegue, pertanto, che non può configurarsi, in relazione ai posti individuati per le supplenze su “organico di fatto” e per le supplenze temporanee, l'abuso, contrario alla Direttiva 1999/70/CE, salvo che non sia allegato e provato da parte del lavoratore che, nella concreta attribuzione delle supplenze della tipologia in esame, vi sia stato un uso improprio o distorto del potere di organizzazione del servizio scolastico, delegato dal legislatore al Ministero, e, quindi, prospettandosi non già la sola reiterazione ma le condizioni concrete della medesima (quali il susseguirsi delle assegnazioni presso lo stesso Istituto e con riguardo alla stessa cattedra)”).

Il secondo nucleo di domande ha per oggetto il riconoscimento del diritto all'anzianità maturata, per il cumulo dei periodi lavorati in esecuzione dei contratti a tempo determinato stipulati in successione col Ministero convenuto, ed al trattamento economico più elevato che ne deriverebbe.

Quanto alla domanda per il riconoscimento degli scatti di anzianità si ricorda che:

- l'art. 79 del CCNL di comparto riconosce al personale scolastico di ruolo una progressione economica sulla base dell'anzianità di servizio ; nessuna norma contrattuale riconosce la progressione economica al personale non di ruolo.

- l'art. 53 della L. n. 312/1980, rubricato “ Personale non di ruolo” disciplina il trattamento retributivo del personale non di ruolo : il primo comma sancisce che “per l'attribuzione del trattamento economico, secondo le disposizioni vigenti, al personale



docente, educativo e non docente, non di ruolo, si ha riguardo allo stipendio iniziale del personale di ruolo di corrispondente qualifica"; il terzo comma che " al personale di cui al presente articolo, con nomina da parte del provveditore agli studi od altro organo in base a disposizioni speciali, escluse in ogni caso le supplenze, sono attribuiti aumenti periodici per ogni biennio di servizio prestato a partire dal giugno 1977 in ragione del 2,50% calcolati sulla base dello stipendio iniziale ..."; il quarto comma che "ai docenti di religione dopo quattro anni di insegnamento si applica una progressione economica di carriera con classi di stipendio corrispondenti all'80% di quelle attribuite ai docenti laureati di ruolo....";

- tale norma limita il riconoscimento degli aumenti per anzianità a personale non di ruolo ai soli docenti incaricati a tempo indeterminato ed agli insegnanti di religione, con espressa esclusione dei supplenti che in quanto dipendenti a tempo determinato, che non rientrano tra il personale di ruolo, mantengono con ogni contratto, nonostante il decorso degli anni, il livello economico stipendiale iniziale;

- anche l'art. 526 del decreto legislativo n. 297/94 prevede che : "*.... al personale docente ed educativo non di ruolo spetta il trattamento economico iniziale previsto per il corrispondente personale docente di ruolo..*";

Il richiamo alla contrattazione collettiva di settore, ed in particolare alla omessa abrogazione dell'art. 53 L. n. 312/1980, in virtù della norma di salvaguardia di cui all'art. 48 del CCNL 1998/2001 e della previsione espressa di cui all'art. 146 del CCNL 2006/200, non consente, a giudizio di chi scrive, il riconoscimento del diritto alla equiparazione.

L'art. 53 L. n. 312/1980 infatti riconosce aumenti stipendiali anche a personale non di ruolo da un lato alla categoria dei docenti incaricati a tempo indeterminato, istituita formalmente con la legge 13 giugno 1969, n. 282, e con l'art. 2 del decreto-legge 19 giugno 1970, n. 366, ma poi soppressa definitivamente dall'art. 3 del decreto-legge 6 giugno 1981, n. 281, convertito, con modifiche, dalla legge 24 luglio 1981, n. 392 e dal successivo art. 15, quarto comma, della legge 20 maggio 1982, n. 270, e dall'altro alla categoria autonoma e peculiare costituita dagli insegnanti di religione.

Ebbene, come sapientemente evidenziato dalla Corte Costituzionale nelle recenti sentenze n. 146 e n. 215 del 2013, la circostanza che già l'art. 66, comma 7, del contratto collettivo del comparto scuola per il periodo 1994-1997 disponesse che per gli insegnanti di religione rimanessero in vigore le norme di cui all'art. 53 della legge n. 312 del 1980, che l'art. 142, comma 1, lettera f), numero 5), del contratto collettivo per il quadriennio 2002-2005, si limitasse a specificare che continua ad applicarsi il menzionato art. 53, unitamente all'art. 3, commi 6 e 7, del D.P.R. 23 agosto 1988, n. 399, disposizioni che chiaramente si riferiscono ai soli insegnanti di religione - non a caso indicati, in parentesi, a conclusione della previsione citata di cui all'art. 142 del contratto collettivo - rende evidente che il richiamo contenuto in tali disposizioni contrattuali si riferiva ai soli insegnanti di religione, attesa l'indubbia particolarità della loro situazione, nè a diversa conclusione può pervenirsi in riferimento all'art. 146, comma 1, lettera g), numero 5), del contratto collettivo del settore scuola per il periodo 2006-2009, specificante invocata in ricorso



Ne deriva che da un lato le norme della contrattazione collettiva ora considerate non hanno ricondotto in vita la figura dei docenti non di ruolo a tempo indeterminato, ormai soppressa, e dall'altro che i richiami all'art. 53 della l. 312/80 sono giustificati per il perdurare della sua applicazione agli insegnanti di religione non di ruolo.

L'accoglimento del ricorso non può neanche conseguire alla disparità di trattamento con gli insegnanti di religione, attesa l'inidoneità di questa categoria di docenti a fungere da idoneo tertium comparationis, in conseguenza dell'intrinseca diversità del loro rapporto di lavoro, messo in evidenza nelle già richiamate sentenze del Giudice delle leggi alle cui ampie e convincenti motivazioni in termini ci si riporta integralmente (cfr sentenze n. 146 e n 215 del 2013).

La domanda merita invece accoglimento in applicazione diretta del principio di non discriminazione di cui alla clausola 4 della Direttiva 1999/70/CE che ha recepito l'accordo quadro tra le organizzazioni intercategoriale a carattere generale – Unione delle confederazioni delle industrie della Comunità europea (UNICE), Centro europeo dell'impresa a partecipazione pubblica (CEEP) e Confederazione europea dei sindacati (CES) – del 18 marzo 1999 sul lavoro a tempo determinato.

Tale clausola riempie di contenuto il primo obiettivo di cui alla clausola 1 della medesima direttiva, sancendo il principio di non discriminazione tra lavoro a tempo determinato e lavoro a tempo indeterminato:

al punto 1 prevede che: *“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”*;

al punto 4 prevede che : *“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 clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, specificazione del più ampio e generale principio di eguaglianza, poiché esclude qualsiasi disparità di trattamento non obiettivamente giustificata nei confronti dei lavoratori a tempo determinato per quanto riguarda le condizioni di impiego, ha un contenuto sufficientemente preciso affinché possa essere invocata da un singolo nei confronti dello Stato ed applicata dal giudice, anche previa disapplicazione di una normativa interna difforme.

Il divieto ivi stabilito non necessita dell'emanazione di alcun atto delle istituzioni dell'Unione e non attribuisce agli Stati membri la facoltà, in occasione della sua trasposizione in diritto nazionale, di condizionare o di restringere la portata del diritto stabilito in materia di condizioni di impiego (vedi sentenze 15 aprile 2008, causa C-268/06, Impact; 22 aprile 2010, causa C-486/08, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols; 22 dicembre 2010, C-444 e 456/09 Gavieiro Gavieiro; 8 settembre 2011 C- 177/10 Rosado Santana).



Tale principio non è tuttavia applicabile alle eventuali disparità di trattamento tra determinate categorie di lavoratori a tempo determinato, in quanto lo stesso riguarda unicamente le disparità di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e quelli a tempo indeterminato comparabili (sul punto sentenze CGUE 13 settembre C- 307/05 Del Cerro Alonso e Zentralbetrieb-srat der Landeskrankenhäuser Tirols già citata nonché l'ordinanza 11 novembre 2010 C- 20/10 Vito)

La clausola 4.1. è invece applicabile anche a coloro che abbiamo avuto un solo rapporto a termine (vedi sentenza 23 aprile 2009 C- 378 e 380/07 An-gelidaki.).

I precedenti rilevanti della giurisprudenza comunitaria sono le sentenze 13 settembre 2007 C- 307/05 Del Cerro Alonso, 22 dicembre 2010 C-444 e 456/09 Gavieiro Gavieiro, 8 settembre 2011 C- 177/10 Rosado Santana e da ultimo la sentenza 18 ottobre 2012 nelle cause riunite da C 302/11 a C 305/11, Valenza ed altre c. Autorità Garante della Concorrenza del Mercato nonché e le ordinanze del 18 marzo 2011, Montoya Medina, C- 273/10, del 9 febbraio 2012, Lorenzo Martinez, C-556/11, del 7 marzo 2013, Bertazzi causa C-393/11 .

I principi in esse affermati sono ormai consolidati:

- l'indennità per anzianità di servizio costituisce una condizione d'impiego, per cui i lavoratori a tempo determinato possono opporsi ad un trattamento che, relativamente al versamento di tale indennità, al di fuori di qualsiasi giustificazione obiettiva, sia meno favorevole di quello riservato ai lavoratori a tempo indeterminato che si trovino in una situazione comparabile;

- il carattere temporaneo del servizio prestato da taluni dipendenti pubblici non può costituire di per sé una ragione oggettiva ai sensi della clausola 4 ; tale clausola deve essere intesa nel senso che essa non autorizza a giustificare una differenza di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato per il fatto che sia prevista da una norma interna generale ed astratta, quale una legge o un contratto collettivo;

- la nozione di " ragione oggettiva" richiede che la disparità di trattamento sia giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti, che contraddistinguono il rapporto di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s'inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria;

- detti elementi possono risultare segnatamente dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi contratti a tempo determinato e dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro.

Ai fini sempre dell'applicabilità dell'invocato principio di non discriminazione si impone al Giudice nazionale di verificare la comparabilità tra la situazione del lavoratore a tempo determinato e quella del lavoratore a tempo indeterminato rispetto a cui viene fatta valere la discriminazione.

Il criterio principale per verificare la comparabilità resta la natura delle funzioni espletate dal dipendente durante il corso del rapporto di lavoro a tempo determinato, nonché la qualità



dell'esperienza dallo stesso acquisita a tale titolo rispetto alle condizioni di impiego di dipendenti di ruolo assunti a tempo indeterminato dalla stessa amministrazione; ritenuta la comparabilità, andrebbe poi verificata la sussistenza di eventuali ragioni oggettive che giustificano la totale mancanza di presa in considerazione dei periodi di servizio maturati nell'ambito di contratti di lavoro a tempo determinato ai fini della mera progressione economica.

Ebbene nessuna ragione oggettiva è stata addotta dalla parte convenuta a giustificazione della disparità di trattamento: del resto sul piano delle mansioni esercitate e delle funzioni ricoperte non sussiste alcuna oggettiva diversità tra l'attività di docenza svolta da un insegnante di ruolo e quella esercitata da un insegnante non di ruolo.

La mera natura temporanea del lavoro del personale della pubblica amministrazione non può configurare poi di per sé una «ragione oggettiva» ai sensi della clausola 4, punti 1 e/o 4, dell'accordo quadro; sul punto è sufficiente richiamare i precedenti e consolidati pronunciamenti della Corte di Giustizia UE secondo cui il trattamento differenziato del lavoratore a tempo determinato può ritenersi giustificato solo laddove lo stesso derivi dalla necessità di tener conto di esigenze oggettive attinenti all'impiego, non essendo all'uopo sufficiente la mera durata determinata del rapporto di lavoro.

In assenza di tali differenze concrete e di dedotte ragioni oggettive ostative, va ritenuto che la mancata considerazione dell'anzianità di servizio maturata durante il periodo di lavoro a tempo determinato ai fini della determinazione del trattamento economico costituisca una disparità di trattamento contraria alla clausola 4, punti 1 e 4, della Direttiva 1999/70/CE.

Stante l'efficacia diretta pacificamente riconosciuta a tale disposizione, è consentito al Giudice nazionale procedere alla disapplicazione della normativa nazionale difforme al fine di assicurare gli obiettivi di non discriminazione fissati dalla normativa comunitaria.

La Corte di giustizia nelle sue decisioni ha individuato da subito nel potere di disapplicazione l'espressione del cosiddetto primato o supremazia del diritto comunitario sulla norma interna incompatibile, ed affermato che ai giudici, quali articolazioni dello Stato membro, compete non solo il compito di dare piena applicazione alla norma comunitaria ma anche, in caso di contrasto di una norma nazionale con una norma comunitaria provvista di effetto diretto, di procedere alla disapplicazione della prima.

Il presupposto del riconoscimento di un tale potere al giudice nazionale va individuato nella concezione "cd monista" dei rapporti tra il diritto comunitario ed il diritto interno degli Stati adottata dalla Corte di Lussemburgo che ha visto nel Trattato Istitutivo il fondamento di un ordinamento giuridico proprio, integrato con quelli nazionali, con la conseguenza che gli Stati membri non avrebbero più potuto opporre leggi interne contrastanti per il rischio di far venir meno l'uniformità e l'efficacia del diritto comunitario.

La sentenza Simmenthal del 9 marzo 1978 in cui la Corte testualmente afferma "*il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza di propria iniziativa qualsiasi disposizione contrastante della*



legislazione nazionale , anche posteriore, senza doverne chiedere od attendere la rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”;

Nel caso di specie, in presenza di una disposizione che seppure contenuta in una direttiva, in quanto sufficientemente precisa, chiara e dettagliata, è provvista di efficacia diretta, è possibile procedere alla disapplicazione con sostituzione della regola comunitaria alla norma interna incompatibile e diretto utilizzo da parte del giudice del parametro normativo comunitario secondo cui ai fini del calcolo dell'anzianità di servizio, stante la comparabilità delle posizioni lavorative ed in assenza di ragioni oggettive che giustifichino un trattamento differenziato, va tenuto conto anche del periodo lavorato con contratto a tempo determinato.

Per le suesposte considerazioni considerato che non vi sono “ragioni oggettive” che giustificano il fatto che la parte ricorrente, alle dipendenze del Ministero convenuto da diversi anni senza soluzione di continuità, a parte le vacanze estive, si sia vista reiterare lo stesso contratto a termine senza alcuna considerazione dell'anzianità di servizio nelle more maturata, previa disapplicazione del comma 1 dell'art. 53 della l. 312 del 1980, dell'art. 526, comma 1°, del D.Lgs. n. 297/94, nelle parti relative al trattamento economico del personale non di ruolo, per contrasto con la clausola 4 della Direttiva 1999/70/CE c, così come interpretata dalla Corte di Giustizia, va riconosciuto il suo diritto ad ottenere il trattamento stipendiale che avrebbe percepito qualora fosse stata inquadrata a tempo indeterminato, con conseguente condanna del Ministero convenuto al pagamento dell'incremento retributivo determinato sulla base di una anzianità di servizio calcolata cumulando tra loro i diversi periodi lavorati.

Si deve dichiarare in definitiva il diritto della parte ricorrente alla progressione professionale retributiva ed a percepire le differenze stipendiali maturate in ragione dell'anzianità di servizio.

Il Ministero va dunque condannato al pagamento delle differenze retributive maturate dal dalla data del conseguimento del diritto al primo scatto della ricorrente e sino al 30.8.2015 data di scadenza dell'ultimo contratto indicato in ricorso.

In ordine al quantum se ne rimette ad un successivo giudizio la determinazione secondo i criteri innanzi indicati.

Rivalutazione monetaria ed interessi legali sono dovuti nei limiti di cui all'articolo 22, comma 36, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, in relazione all'articolo 16, comma 6, della legge 30 dicembre 1991, n. 412, cit., nella lettura datane dalla Corte Costituzionale (sentenza n 459 del 2000), dalle singole scadenze al soddisfo.

Quanto alle spese di lite occorre seguire il criterio della soccombenza parziale e condannare il MIUR al pagamento di un terzo delle spese di lite liquidate nella misura indicata in dispositivo; eccezionali ragioni, tenuto conto dell'accoglimento solo parziale delle domande, della complessità e della novità degli argomenti trattati e dei contrasti presenti nella



giurisprudenza di merito, sussistono nella fattispecie per compensare fra le parti i restanti due terzi delle spese di giudizio.

P.Q.M.

- Rigetta le domande relative all'illegittimità dell'apposizione del termine e alla retrodatazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato;
- Dichiarò il diritto della parte ricorrente al trattamento stipendiale che avrebbe percepito qualora fosse stata inquadrata a tempo indeterminato, tenuto conto degli scatti di anzianità previsti dalla normativa contrattuale di comparto, e per l'effetto condanna il Ministero convenuto al pagamento delle differenze retributive, da determinarsi in separato giudizio sulla base di una anzianità di servizio calcolata a partire dalla prima assunzione e cumulando tra loro i diversi periodi lavorati, come precisato in motivazione, oltre interessi legali, e rivalutazione monetaria se eccedente, dalle scadenze al soddisfo;
- condanna il Ministero convenuto al pagamento di un terzo delle spese processuali, che liquida in tale misura ridotta € 2.000,00, oltre Iva, Cpa, e spese generali, con attribuzione;
- compensa i restanti due terzi delle spese.

Aversa, 11.5.17

Il Giudice del Lavoro
Dott. Marco Bottino

