

Sentenza n.  
Registro generale Appello Lavoro n. 2527/11

597/12



CRON. N. 2888/2013
22.5.2013

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

La Corte d' Appello di Milano, sezione lavoro, composta da:

Dott.ssa LAURA CURCIO	Presidente
Dott.ssa ANGIOLA SBORDONE	Consigliere relatore
Dott.ssa LAURA TROGNI	Consigliere

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella causa civile in grado d'appello avverso la sentenza del Tribunale di Milano n. 4062/11, est. Stefano Tarantola, discussa all'udienza collegiale del 20 aprile 2012 e promossa

**DA**

**MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA**, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano, Via Freguglia n.1

**APPELLANTE**

**CONTRO**

**LUPO ROSALINDA**, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Violetta, Emanuele Corgiat Mecio e Daniele Angelo Beretta elettivamente domiciliati in Milano, Corso di Porta Vittoria n. 54

**APPELLATA**

I procuratori delle parti come sopra costituiti precisavano le

**CONCLUSIONI**

Come in atti

## FATTO E DIRITTO

Con sentenza n. 4062/11 il Tribunale di Milano, pronunciando sul ricorso proposto da LUPO ROSALINDA nei confronti del MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, UNIVERSITA' E RICERCA (in seguito MIUR) ha dichiarato la illegittimità dei contratti a termine sottoscritti dalle parti ed ha condannato il convenuto al risarcimento del danno liquidato in 5 mensilità di retribuzione globale di fatto ed a pagare alla Lupo un importo pari alla differenza stipendiale tra quanto percepito in forza dei contratti a tempo determinato impugnati e quanto avrebbe dovuto percepire se fosse stata correttamente collocata nei gradoni stipendiali previsto dalla successione dei CCNL del comparto scuola in base all'anzianità di servizio complessivamente maturata dalla prima assunzione.

Il Ministero ha proposto appello eccependo in primo luogo l'inammissibilità della domanda e, in subordine, la carenza di giurisdizione del giudice ordinario, sotto il profilo che, la decisione impugnata, definendo illegittimo il criterio legalmente tipizzato per la stipulazione dei contratti a termine, inciderebbe sulle scelte di bilancio e di politica economico finanziaria espressione di alta amministrazione e, in quanto tali, non soggette al controllo giurisdizionale del giudice ordinario.

Lupo si è costituita regolarmente ed ha chiesto la conferma della sentenza impugnata.

La soluzione della questione comporta l'applicazione dei principi già affermati da questo giudice nelle sentenze n. 566/12 e 569/12 che di seguito si riportano integralmente e dalle quali questo Collegio non intende discostarsi.

“Preliminarmente, devono essere disattese le eccezioni di inammissibilità della domanda giudiziale e di carenza del giudice ordinario – nella prospettazione del gravame strettamente intrecciate – che il ministero ripropone espressamente in grado di appello: in proposito, basta osservare che l'oggetto del giudizio non è certamente l'accertamento della legittimità o meno degli atti di alta amministrazione che definiscono il contingente di personale assumibile a tempo indeterminato, sulla base della determinazione dei posti vacanti e disponibili – e, all'esito di tale operazione, comportano il reclutamento degli assunti a tempo determinato per i restanti posti non coperti -, bensì l'illegittimità del termine apposto ai contratti di lavoro stipulati tra le parti, per violazione delle disposizioni di diritto nazionale e comunitario in materia di apposizione del termine e l'accertamento della violazione del principio di non discriminazione, con le conseguenze del caso – solo risarcitorie, non avendo impugnato il lavoratore la sentenza nella parte in cui ha respinto la domanda di conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato – per una e l'altra violazione.

Di conseguenza, alcun dubbio sussiste sulla giurisdizione del giudice ordinario ex art. 63 D.Lgs. 165/01, non vertendo la controversia su procedure concorsuali per l'assunzione del pubblico dipendente.

Nel merito i motivi di appello sono solo in parte fondati.

Esaminando, prima di tutto, la questione dell'illegittimità dei contratti a termine stipulati tra le parti, il ministero censura, con una articolata serie di argomentazioni, la sentenza impugnata per avere erroneamente ritenuto applicabile alla fattispecie in esame gli artt. 1 e 5 D.Lgs. 368/01, valutando, di conseguenza, illegittimi i contratti di cui si discute per non essere stati stipulati ai sensi di una obiettiva, specifica e individuata esigenza temporanea e per essere stati reiterati in assenza di dedotte e provate ragioni obiettive e temporanee: in particolare, l'appellante lamenta che il primo giudice non abbia considerato che il regime di reclutamento del personale scolastico si caratterizza come una disciplina separata e speciale che assolve, in virtù del meccanismo delle immissioni in ruolo in base alle risultanze delle graduatorie permanenti, la finalità antiabusiva a presidio della quale sono poste le norme del Tribunale.

Ai fini del corretto inquadramento della fattispecie in esame, occorre sommariamente ricostruire il quadro normativo di riferimento per il sistema di reclutamento del personale – docente ed amministrativo – del comparto della scuola, la cui specialità è stata riconosciuta dal primo giudice, senza, tuttavia, trarne le dovute conseguenze sul piano della infondatezza della domanda di illegittimità del termine apposto ai contratti stipulati tra le parti.

Come ampiamente sottolineato dall'Avvocatura dello Stato, il D. Lgs. 16 aprile 1994 n. 297, ha confermato il c.d. doppio canale di accesso ai ruoli, riservando al sistema della selezione meritocratica mediante concorsi per titoli ed esami il 50% delle assunzioni e analoga percentuale a coloro che avevano maturato una certa esperienza come supplenti mediante concorso per soli titoli.

La L. 3 maggio 1999 n. 124 ha modificato il meccanismo eliminando il concorso per soli titoli, già previsto dall'art. 399 D.Lgs. n. 297/1994, e trasformando le graduatorie cui era iscritto il personale supplente in graduatorie permanenti, periodicamente integrabili – ed utilizzabili anche per il conferimento delle supplenze annuali e temporanee previste dall'art. 4 della medesima legge. Tali graduatorie sono divenute ad esaurimento *ex art.* 1 comma 605 L. 27 dicembre 2006 n. 296.

Il cit. art. 4 L. 124/1999 fissa un'articolata disciplina sulle supplenze, stabilendo al 1° comma che “alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che restino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile prevedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero, e sempre che ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo, si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione del personale docente di ruolo.

Il secondo comma disciplina le c.d. supplenze sino al termine delle attività didattiche prevedendo “che 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 conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche. Si provvede parimenti al conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche per la copertura delle ore di insegnamento che non concorrono a costituire cattedre o posti orario”, mentre il terzo comma della citata disposizione regola i casi diversi da quelli previsti dai precedenti commi risolti con il conferimento di supplenze temporanee.

Il quarto comma del medesimo art. 4 stabilisce, come già anticipato, che per il conferimento delle supplenze annuali e delle supplenze temporanee, di cui ai precedenti commi, si utilizzino le graduatorie di cui all'art. 401 D. Lgs. N. 297/1994, mentre l'undicesimo ne estende le disposizioni anche al personale ATA – con una regola confermata dall'art. 9 XVIII comma D.L. n. 70/2011.

In attuazione del quinto comma dell'art. 4 L. 124/1999 cit. il ministero ha adottato appositi decreti per la disciplina del conferimento delle supplenze annuali e temporanee (D.M. n.201/2000 e D.M. n. 131/2007 per il personale docente, D.M. n. 430/2000 per il personale ATA) che, dopo aver sostanzialmente richiamato l'art. 4 cit. e la differenziazione ivi contenuta delle supplenze annuali, temporanee sino al termine delle attività didattiche e temporanee tout court ed aver ribadito che per le supplenze annuali e quelle temporanee fino al termine delle attività didattiche si utilizzano le graduatorie permanenti di cui all'art. 401, D.Lgs. 297/1994 e succ. mod., integrate e aggiornate secondo le disposizioni contenute nel regolamento adottato con D.M. n. 123/2000, ha precisato che il conferimento delle supplenze si attua mediante la stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato, sottoscritti dal dirigente scolastico o dal docente interessato, decorrenti dal giorno dell'assunzione in servizio e termine per le supplenze annuali al 31 agosto, per le supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche il giorno annualmente indicato dal relativo calendario scolastico quale termine delle attività didattiche – di regola il 30 giugno – e per le supplenze temporanee l'ultimo giorno di effettiva permanenza delle esigenze di servizio.

Gli artt. 399 e 400 D.Lgs. 297/94 contengono la disciplina delle modalità di accesso al ruolo – ed analoghe regole contengono per il personale ATA gli artt. 554 ss. Dello stesso D.Lgs. – prevedendo il primo che

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

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

3. I docenti immessi in ruolo non possono chiedere il trasferimento ad altra sede nella stessa provincia prima di tre anni scolastici. La disposizione del presente comma non si applica al personale di cui all'art. 21 della legge 5 febbraio 1992, n. 104" ed il secondo che:

"I concorsi per titoli ed esami sono indetti su base regionale con frequenza triennale, con possibilità del loro svolgimento in più sedi decentrate in relazione al numero dei concorrenti. L'indizione dei concorsi è subordinata alla previsione del verificarsi nell'ambito della regione, nel triennio di riferimento, di un'effettiva disponibilità di cattedre o di posti di insegnamento, tenuto conto di quanto previsto dall'art. 442 per le nuove nomine e dalle disposizioni in materia di mobilità professionale del personale docente recante dagli specifici contratti collettivi decentrati nazionali, nonché del numero dei passaggi di cattedra o di ruolo attuati a seguito dei concorsi di riconversione professionale. Per la scuola secondaria resta fermo quanto disposto dall'art. 40, comma 10, della legge 27 dicembre 1997, n. 449.

All'indizione dei concorsi regionali per titoli ed esami provvede il Ministero della pubblica istruzione, che determina altresì l'ufficio dell'amministrazione scolastica periferica responsabile dello svolgimento dell'intera procedura concorsuale e della approvazione della relativa graduatoria regionale. Qualora, in ragione dell'esiguo numero dei candidati, si ponga l'esigenza di contenere gli oneri relativi al funzionamento delle commissioni giudicatrici, il Ministero dispone l'aggregazione territoriale dei concorsi, indicando l'ufficio dell'amministrazione scolastica periferica che deve curare l'espletamento dei concorsi così accorpati. I vincitori del concorso scelgono, nell'ordine in cui sono inseriti nella graduatoria, il posto di ruolo fra quelli disponibili nella regione."

Il complesso quadro normativo che è stato appena descritto rappresenta, certamente, un sistema di reclutamento speciale, autonomo, e distinto anche rispetto alla disciplina generale del reclutamento del personale delle altre pubbliche amministrazioni, in sé compiuto e tale rimasto pure successivamente alla contrattualizzazione del pubblico impiego, come emerge dall'art. 70 VIII D.Lgs. 165/01 – "sono fatte salve le procedure di reclutamento di cui al D.Lgs. 16 aprile 1994 n. 297 e successive modificazioni ed integrazioni."

D'altro canto, i successivi interventi legislativi relativi all'assunzione del personale scolastico hanno inciso direttamente sulle disposizioni del cit. D. Lgs. 297/1994 e della cit. L. 124/1999, trasformando – come già detto, con l'art. 1 comma 695 lettera c) L. 269/2006 cit. – le graduatorie permanenti disciplinate dall'art. 401 del D.Lgs. 297 in graduatorie ad esaurimento ed aggiungendo – attraverso l'art. 1 comma I D.L. 134/2009 – all'art. 4 L. 124/1999 cit., il comma 14 bis, secondo cui "i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1,2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, possono trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato solo nel caso di immissione di ruolo ai sensi delle disposizioni vigenti e sulla base delle graduatorie previste dalla presente legge e dall'art. 1, comma 695, lettera c) della legge 27 dicembre 2006 n. 296 e successive modificazioni".

Ritiene il collegio che, con riferimento alla disciplina generale del rapporto a termine contenuta nel D.Lgs. 368/01 – che, come è noto, non contiene alcuna norma espressa di salvezza del sistema sopra delineato per il settore scolastico – la tipizzazione legislativa delle diverse tipologie di supplenza individuata dall'art. 4 L. 124/99 assolve quell'esigenza di assicurare la trasparenza e la veridicità della causa dell'apposizione del termine e l'immodificabilità della stessa nel corso del rapporto, essendo poi accompagnata per ciascun contratto dalle ulteriori indicazioni dell'ambito territoriale di riferimento, della durata e del periodo di sostituzione e talvolta anche dal nome del sostituto.

L'incompatibilità con i principi che ispirano il sistema di reclutamento del personale della scuola emerge con evidenza, al contrario, con riferimento alla disciplina della proroga e della successione dei contratti a termine di cui al cit. D. Lgs. 368/01, perché il principio del c.d. doppio canale, prevedendo la possibilità di immissione definitiva in ruolo a chi ha maturato esperienza lavorativa nel settore, favorisce la reiterazione dei rapporti a tempo determinato - che aggiungono ulteriore punteggio, per ogni mese o frazione di mese di insegnamento o di servizio prestato, utile per la collocazione nella graduatoria ad esaurimento - che configurano un meccanismo alternativo di accesso all'impiego a tempo indeterminato.

Pertanto, se è indubbio che il D.Lgs. 368/01 cit. detti una disciplina, in linea generale, applicabile a tutti i settori, ivi compreso quello del lavoro pubblico c.d. contrattualizzato, il sistema delle fonti che lo regolano contenuto nell'art.2 II comma D.Lgs. 165/01 comporta che” le leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, siano esse antecedenti o successive, trovano applicazione anche ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche solo se non in contrasto con le diverse disposizioni contenute nel presente decreto” tra le quali certamente rientra il già citato art.70 VIII comma D.Lgs. 165/01, secondo cui sono fatte salve le procedure di reclutamento di cui al D.Lgs. 16 aprile 1994 n.297 e successive modificazioni ed integrazioni”.

Tale incompatibilità, del resto, viene confermata dal legislatore nel novellato testo dell'art.4 L.124/99 il cui comma 14 bis - introdotto dal D.L.134/09 - ammette la trasformazione dei contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3 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'art. 1, comma 695, lettera c) della legge 27 dicembre 2006 n., 296 e successive modificazioni”- come pure nell'art. 9 XVIII comma D.L.13 maggio 2011 n.70, convertito con modifiche dalla L. 12 luglio 2011 n.106, ampiamente richiamato dalla difesa dell'appellante, laddove si esclude che ai contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale ATA e docente sia applicabile il D. Lgs. 368/01 cit. ed in particolare l'art.5 comma IV bis, con una disposizione che riafferma principi, quali il divieto di conversione dei rapporti a tempo determinato in rapporti a tempo indeterminato e l'inapplicabilità del limite massimo di durata dei rapporti a termine in caso di reiterazione

di contratti a tempo determinato, già desumibili, come visto, dal complesso della disciplina in materia.

Accertato, allora, il carattere di specialità del sistema di reclutamento nel comparto scuola, essendo non contestata tra le parti la conformità dei contratti a termine impugnati alla legislazione nazionale esaminata, rimane solo da interrogarsi sulla legittimità del complesso normativo così delineato ai principi della direttiva 70/1999 CE ed in particolare alla clausola 5 n.1 dell'accordo quadro - in relazione ai punti 7 e 10 delle considerazioni generali della direttiva medesima - sotto il profilo della prevenzione dal ricorso abusivo ad una successione di contratti a tempo determinato in danno dei lavoratori: la clausola in esame prevede che " Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e delle prassi nazionali e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti, per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori una o più misure relative a: **a)** ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; **b)** la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; **c)** il numero dei suddetti contratti o rapporti".

Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia (cfr. : sentenza 4 luglio 2006 causa C 212/04, Adelener e altri, punti 65, 80, 92 e 101; sentenza 7 settembre 2006 causa C 53/04, Marrosu e Sardino, punto 50 e causa 180/04, Vassallo, punto 35; sentenza 15 aprile 2008, causa C 268/06, Impact, punti 69 e 70; sentenza 23 aprile 2009, cause riunite da C 378/07 a C 380/07, Angelidaki e altri, punti 74 e 151; ordinanze 12 giugno 2008, causa C 364/07, Vassilakis e a., punti 80, 103 e 124, e 24 aprile 2009, causa C 519/08, Koukou, punto 53), tale disposizione impone agli stati membri, al fine di prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato, l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure in essa elencate" qualora il diritto nazionale non preveda norme equivalenti", mentre la nozione di ragione obiettiva ai sensi della lett. a) della disposizione in esame deve essere intesa nel senso che si riferisce a "circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare, in tale peculiare contesto, l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi. Dette circostanze possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi i contratti in questione, dalle caratteristiche ad esse inerenti o, eventualmente dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro "( così: sentenza 23 aprile 2009, cause riunite da C 378/07 a C 380/07, Angelidaki e altri, punto 96)

Ora, ritiene la corte che il sistema normativo delle supplenze di cui all'art. 4 L. 124/99 cit. e agli artt.399 ss. D.Lgs 297/1994 rappresenti quel corpo di "norme equivalenti" idoneo a prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato, in quanto consente l'instaurazione di rapporti a termine non solo a fronte di esigenze precise e

6

concrete, tipizzate legislativamente, bensì anche attraverso procedure rigide e prive di spazi di discrezionalità per l'amministrazione nella scelta del destinatario dell'assunzione a termine: decisivo in proposito è il rilievo che la necessità di sostituire temporaneamente un altro dipendente al fine di soddisfare esigenze provvisorie del datore di lavoro può, in linea di principio, costituire ragione obiettiva ai sensi della clausola 5 punto 1 lett.a) dell'accordo (sentenza 23 aprile 2009, Angelidaki e altri cit., punto 102; sentenza 26 gennaio 2012 C 586/10 Kukuc punto 30). " Tale conclusione si impone a maggior ragione allorché la normativa nazionale che giustifica il rinnovo di contratti a tempo determinato persegue altresì obiettivi di politica sociale riconosciuti come legittimi (sentenza 26 gennaio 2012 Kukuc cit., punto 32).

Tali argomentazioni consentono di ritenere legittima alla stregua del parametro comunitario la successione di contratti a termine in cui si alternano non solo incarichi temporanei ex art.4 III comma L.124/99 - in cui la ragione oggettiva che giustifica la supplenza è quella di assicurare l'espletamento del servizio scolastico nel caso di assenza temporanea del titolare per malattia, congedo o simili altri causali - ed incarichi per la copertura di posti non vacanti ma disponibili di fatto entro il 31 dicembre ex art.4 II L.124 cit. - in cui la ragione oggettiva è rappresentata dalla necessità di soddisfare il servizio in presenza di una situazione di imprevedibilità e variabilità delle esigenze e dei dati che le determinano in relazione, da un lato, alla mobilità del personale, e, dall'altro ai bisogni dell'utenza - bensì anche incarichi annuali per la copertura di posti effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e rimarranno prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico - che, parimenti, sono soggetti a variazioni riconducibili alla variabilità dell'organico di diritto per motivi connessi alla programmazione di corsi e indirizzi, alle caratteristiche demografiche, economiche e socio-culturali del bacino di utenza e, non da ultimo, a scelte del legislatore orientate dai limiti di spesa imposti dalla situazione debitoria dello Stato.

A ciò si aggiunga che l'interpretazione della clausola 5 punto 1 dell'accordo in esame fornita recentemente dalla Corte di Giustizia non autorizza alcuna distinzione tra carenze temporanee di organico ed esigenze ricorrenti al punto da divenire permanenti: il mero fatto che un'esigenza di personale sostitutivo possa essere soddisfatta attraverso la conclusione di contratti a tempo indeterminato non comporta che un datore di lavoro che decida di ricorrere a contratti a tempo determinato per far fronte a carenze temporanee di organico, sebbene queste ultime si manifestino in modo ricorrente, se non addirittura permanente, agisca abusivamente in violazione della clausola" di cui si discute ((sentenza 26 gennaio 2012 Kukuc cit., punto 50), dal momento che allo stato membro è assicurato un margine di discrezionalità consistente nella facoltà di tenere in considerazione, quando ciò sia oggettivamente giustificato, le esigenze particolari degli specifici settori di attività e/o delle categorie di lavoratori considerate (sentenza 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino cit., punto 45).



In altri termini, il ricorso ad assunzioni a tempo determinato per esigenze sostitutive temporanee ma ricorrenti, se non addirittura permanenti, è legittima e conforme ai principi comunitari, in quanto non esclude l'esistenza di una ragione obiettiva ai sensi e per gli effetti di cui alla clausola 5.1, e ciò anche se a tale sostituzione si possa provvedere attraverso l'assunzione di lavoratori con contratti a tempo indeterminato. D'altro canto, il sistema di reclutamento del personale della scuola non rappresenta una fonte di abuso in danno dei lavoratori neppure sotto il profilo di realizzare una situazione di precarizzazione dei dipendenti, dal momento che il sistema del c.d. doppio canale consente proprio ad essi, pur non avendo superato il concorso, un accesso riservato, nella misura del 50% alle assunzioni a tempo indeterminato, in rapporto alla posizione nella graduatoria permanente, ora ad esaurimento, che, come già evidenziato, aumenta appunto in ragione del servizio a termine prestato.

La sentenza va quindi riformata in *parte qua* non essendo ravvisabile alcun abuso nella reiterazione dei contratti a termine intercorsi tra le parti così che alcun risarcimento del danno può spettare alla lavoratrice.

Il Ministero ha inoltre contestato l'insussistenza della discriminazione con una serie di argomentazioni già esaminate e ritenute non condivisibili dalla corte in numerose precedenti decisioni.

Innanzitutto, priva di pregio è la tesi che, anche voler ritenere applicabile alla fattispecie in esame la disposizione di cui all'art. 6 D.Lgs. 368/01 cit. sul principio di non discriminazione, attuativo della direttiva n.199/70/CE, tale disciplina non potrebbe ritenersi vincolante per i contratti stipulati prima dell'entrata in vigore del citato D.Lgs. 368.

In proposito, "deve osservarsi che il principio di non discriminazione contenuto nella citata direttiva è certamente disposizione dal punto di vista sostanziale 'incondizionata e sufficientemente precisa', tanto da poter essere invocata dai singoli la sua efficacia diretta (per il suo carattere *self executing*).

Peraltro, tale efficacia diretta, pur sempre di natura verticale e non orizzontale, è possibile quando sia lo Stato il datore di lavoro : nel caso in esame siamo infatti in presenza di una controversia che vede datore di lavoro il Ministero dell'Istruzione, non un soggetto privato. Conseguentemente, per il periodo successivo all'entrata in vigore della direttiva e antecedente la emanazione della legge di recepimento nazionale, il principio di non discriminazione disciplinato dalla direttiva in esame" può "essere direttamente invocato dai singoli nei confronti dello Stato Italiano, proprio in quanto datore di lavoro, secondo l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, sin dalla sentenza Marshall del 26.2.1986 , poi seguita in termini dalla sentenza Impact del 15.4.2008 (punto 57) e da ultimo dalla (...) sentenza del 22-12-2010, C444/09 Gavieiro e C 456/09 Torres. In tale ultima sentenza peraltro, si ribadisce quanto già in parte rilevato nella sentenza Impact, secondo cui non solo il principio di non discriminazione, ma anche il principio della tutela

giurisdizionale effettiva derivante da norme dell'Unione, costituiscono principi generali del diritto dell'Unione, che ora trovano fonte secondo la Corte anche nell'art.47 della Carta dei diritti fondamentali, così ribadendo l'obbligo del giudice nazionale a garantire la piena efficacia delle direttive, anche quando non vi sia stata ancora una trasposizione nel diritto dello Stato membro (cfr. punto 75 sentenza Gavieiro Torres citata)" (così : Corte Appello Milano 10 marzo 2011 nr.388/11).

Tali argomentazioni valgono, peraltro, anche ad escludere che il carattere speciale del sistema di reclutamento del personale della scuola e la riconosciuta legittimità del termine apposto ai contratti per cui è causa contrastino con l'accertamento di un trattamento discriminatorio nei confronti dei lavoratori a tempo determinato, in presenza di situazioni "comparabili": ciò in quanto non solo alcuna incompatibilità sussiste tra il complesso normativo in tema di supplenze e l'art.6 D.Lgs. 368/01, ma anche perché, come appena rilevato, il principio di non discriminazione è sancito dall'art.4 della Direttiva 1999/70/CE e costituisce, accanto al principio della tutela giurisdizionale effettiva derivante da norme dell'Unione un principio generale del diritto dell'Unione.

Del resto, come ammesso dalla stessa Avvocatura dello Stato, una volta respinta la domanda risarcitoria per illegittima apposizione del termine, ben può essere esaminata l'autonoma *causa petendi*, rappresentata dalla violazione del divieto di discriminazione, solo indirettamente riconducibile all'abuso vietato dalla direttiva n.70/99/CE.

Ora, l'art.6 cit. stabilisce che al lavoratore assunto con contratto a tempo determinato spetta "ogni altro trattamento in atto" per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quelli inquadrati nello stesso livello, in proporzione al periodo lavorativo prestato, e non obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine.

Dal canto suo, la clausola 4 punto 1 dell'accordo cit. dispone 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 un rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive".

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha chiarito la portata generale della direttiva 99/70 e del principio della parità di trattamento e del divieto di discriminazione che vi sono affermati: "la mera circostanza che un impiegato sia qualificato come 'di ruolo' in base all'ordinamento interno e presenti taluni aspetti caratterizzanti il pubblico impiego di uno Stato membro interessato è priva di rilevanza sotto questo aspetto, pena rimettere seriamente in questione l'efficacia pratica della direttiva 1999/70 e quella dell'accordo quadro nonché la loro applicazione uniforme negli Stati membri, riservando a questi ultimi la possibilità di escludere, a loro discrezione, talune categorie di persone dal beneficio della

tutela voluta da tali strumenti comunitari” (così : Corte di Giustizia 13 settembre 2007 C-307/5 Del Cerro punto 29; Corte di Giustizia 22 dicembre 2010 C-444/09 Gavieiro e C-456/09 Torres punto 43).

“Infatti, una disparità di trattamento che riguardi le condizioni di impiego tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato non può essere giustificata mediante un criterio che, in modo generale ed astratto, si riferisca alla durata stessa dell’impiego. Ammettere che la mera natura temporanea di un rapporto di lavoro basti a giustificare una siffatta disparità di trattamento priverebbe del loro contenuto gli scopi della direttiva 70/99 e dell’accordo quadro “(Corte di Giustizia 22 dicembre 2010 cit. punto 57), scopi individuati dalla stessa corte nella “garanzia della parità di trattamento ai lavoratori a tempo determinato, proteggendoli dalle discriminazioni (...) al fine di impedire che un rapporto di impiego di tale natura venga utilizzato da un datore di lavoro per privare questi lavoratori di diritti riconosciuti ai lavoratori a tempo indeterminato”(punti 47 e 48).

Il trattamento retributivo progressivamente collegato all’anzianità di lavoro - che è ciò di cui si discute - rientra indiscutibilmente nel concetto di “condizioni di impiego” di cui parla la direttiva, trasposta nel D.Lgs. 368 con la formula di cui all’art.6 cit.

Questa corte non condivide l’interpretazione contenuta nella sentenza impugnata in punto di comparabilità tra la posizione del docente a tempo indeterminato e quella di chi ha lavorato - come l’odierno appellato - con continuità nella medesima mansione in forza di una pluralità di rapporti a termine, non potendo essere preclusiva la circostanza che si tratta di un impiegato non di ruolo, non assunto per pubblico concorso e non soggetto a stabilizzazione dopo un periodo di prova, come evidenziato dalle decisioni del giudice comunitario sopra riportate.

D’altro canto, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, l’unico limite che giustifica un trattamento differenziato, e cioè la sussistenza di ragioni oggettive, non può essere ravvisato dalla mera circostanza che un impiego sia qualificato di ruolo in base all’ordinamento interno e presenti alcuni aspetti caratterizzanti il pubblico impiego (cfr.: Corte di Giustizia II Sez. 13 settembre 2007 causa 307/05 Del Cerro, punti da 26 a 29; Corte di Giustizia 22 dicembre 2010 cause riunite 444/09 e 456/09 Gavieiro e Torres).

La Corte di Giustizia ha definito la nozione di ragioni oggettive tali da giustificare una diversità di trattamento tra assunti a termine e assunti di ruolo, nel senso che si deve trattare di “elementi precisi e concreti (...) che possono risultare segnatamente dalla particolare natura delle funzioni per l’espletamento delle quali sono stati conclusi i contratti a tempo determinato” (cfr.: Corte di Giustizia sentenza Del Cerro citata, punti da 49 a 58).

In altri termini, - come puntualizzato dalla citata sentenza Gavieiro e Torres ai punti 54 e 55, richiamando la precedente decisione C 307 punti 57 e 58 - le ragioni oggettive che ai sensi

dell'art.4 punto 1 della direttiva clausola legittimano la differenza di trattamento non possono consistere nel fatto che questa sia prevista da una norma interna generale ed astratta, quale la legge o il contratto collettivo, ma riguardano "la 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".

Dunque, la reale necessità così come descritta dalla corte europea non può certo identificarsi con l'essere un dipendente a tempo determinato, di ruolo o meno e assunto o meno con concorso nè tali peculiarità del rapporto di impiego hanno alcuna correlazione logica con il negare la progressione retributiva in funzione dell'anzianità maturata (cfr. in questi esatti termini: Corte di Giustizia 22 dicembre 2010, cit. punto 43) - nè, in tale ottica antidiscriminatoria, può condividersi l'argomentazione della difesa del ministero in punto di valutazione dell'anzianità di servizio a fini economici nei medesimi termini posti per il personale di ruolo, ovvero limitata ad un terzo per l'anzianità eccedente il quadriennio, in quanto o il meccanismo consente di recuperare la retribuzione, maturata per anzianità nei periodi di servizio maturati prima dell'ingresso in ruolo, in costanza del rapporto a termine ovvero non elimina la discriminazione retributiva ed è perciò illegittima.

Quanto infine all'applicabilità della prescrizione quinquennale, eccepita genericamente nell'appello, basti osservare, da un lato, che la corte ha più volte affermato che, trattandosi di inadempimento anche contrattuale - configurandosi in tal caso una condotta illecita del datore di lavoro che contravviene sia ad una disposizione imperativa di legge in termini di responsabilità extracontrattuale, secondo il combinato disposto degli artt.36 II comma D.Lgs. nr. 165/2001 e 6 D.Lgs. n.36882001, quanto ad un preciso dovere di adempimento contrattuale, trasfondendosi il divieto di discriminazione nell'ambito dei doveri comunque scaturenti dal rapporto di lavoro - e di importi richiesti a titolo risarcitorio, rispetto ai quali le differenze retributive annualmente determinate a far tempo dall'astratto riconoscimento dell'anzianità lavorativa, operano semplicemente quali parametri di liquidazione, deve applicarsi l'ordinaria prescrizione decennale - e non la prescrizione quinquennale invocata dall'appellante.

Dall'altro, la mera possibilità di una riassunzione successiva, legata pur sempre a scelte amministrative ed a tempi che vengono periodicamente ridefiniti, non consente di escludere quel connotato di precarietà della condizione lavorativa che non si riscontra nei lavoratori di ruolo del settore, con contratto a tempo indeterminato per definizione titolari di un rapporto assistito da stabilità di impiego nel senso ed ai fini di cui alla nota sentenza 10 giugno 1966 n.63 della Corte Costituzionale.

In conclusione il Ministero va condannato a pagare a Lupo le differenze retributive tra quanto percepito e quanto avrebbe percepito ove collocata correttamente nei gradoni stipendiali previsti dai ccnl nel tempo succedutisi in base alla anzianità di servizio maturata.

M

Le spese del doppio grado sono compensate nella misura della metà e poste a carico del ministero appellante, in applicazione del principio della soccombenza, nella misura residua indicata in dispositivo di € 1.500 oltre spese generali, Iva e Cpa, da distrarsi in favore dei difensori.

P.Q.M.

In parziale riforma della sentenza n. 4062/11 del Tribunale di Milano

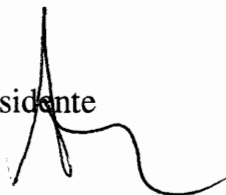
Rigetta le domande relative all'accertamento della illegittimità del termine apposto ai contratti per cui è causa e al conseguente risarcimento del danno;

conferma nel resto;

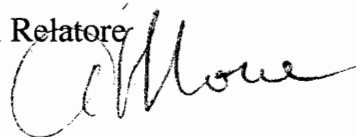
compensa per metà le spese di entrambi i gradi e condanna l'appellante alla rifusione della residua quota liquidata in euro 1.500,00 oltre spese generali, IVA e CPA da distrarsi in favore dei difensori.

Milano, 20 aprile 2012

Il Presidente



Il Relatore



IL FUNZIONARIO  
dott.ssa Francesca PRESTI

CORTE D'APPELLO DI MILANO  
SEGRETERIA  
Rosa pubblica  
Deposito in Cancelleria  
CASI 22/2012  
IL FUNZIONARIO  
dott.ssa Francesca PRESTI