

N 1658 RG 2011;



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

89/2013 Sentenza
1658/11 RG
12/11 Cron

Il Tribunale di Trapani in persona del dott. Mauro Petrusa in funzione di Giudice del Lavoro, nella causa tra:

G [] P [], C.F. [] elettivamente domiciliato a Trapani in via Delle Rose n. 45 presso lo studio dell'avv. A. Corso che lo rappresenta e difende giusta procura in atti

- **Ricorrente**

e

MIUR - Ministero della Pubblica Istruzione - Ufficio Scolastico Regionale - Ufficio Scolastico Provinciale di Trapani, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., tutti elettivamente domiciliati a Palermo presso gli uffici dell'Avvocatura distrettuale dello Stato dal quale sono difesi

- **Resistente**

e

GOVERNO della REPUBBLICA ITALIANA, in persona del legale rappresentante pro tempore

- **Resistente CONTUMACE**

OGGETTO: Contratto a tempo determinato - pubblico impiego

all'udienza del 15.2.2013 ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Con ricorso ritualmente notificato la parte ricorrente in epigrafe ha convenuto in giudizio gli Enti in epigrafe esponendo:

- di essere abilitato all'insegnamento nelle classi di concorso A029 (educazione fisica scuola II grado), A 030 (educazione fisica scuola media), AD04 (sostegno scuola II grado), AD00 (sostegno scuola media), in virtù di procedura concorsuale di abilitazione che ha consentito l'inserimento nelle graduatorie provinciali ad esaurimento a decorre dal 18.9.2001;
- di aver stipulato, a decorre dall'a.s. 2001/2002, molteplici contratti di lavoro a tempo determinato con l'Amministrazione scolastica, come analiticamente riportato a pp. 5 e ss. del ricorso e, in particolare, a decorrere dall'a.s. 2005/2006 di essere stato assunto spesso per ricoprire ricoprire posti "vacanti e disponibili" (in particolare, nel 2005, 2006, 2007 e 2009);

Si duole dell'illegittima reiterazione dei contratti a tempo determinato, di fatto avvenuta in violazione del limite legale di 36 mesi, nonché della mancata indicazione nei detti contratti delle ragioni giustificatrici del termine, come invece previsto dal D.lgs. n. 368/01. Si duole altresì della mancata progressione economica e del fatto che i suddetti contratti a termine avevano scadenza sistematica alla data del 30 giugno, mentre il posto da ricoprire era vacante e disponibile fino al 31 agosto di ciascun anno.

Ha chiesto pertanto:

- L'accertamento dell'illegittimità del termine finale apposto ai contratti stipulati e/o l'accertamento del superamento del limite di 36 mesi alla durata del rapporto a tempo determinato;
- La conversione del rapporto lavorativo in rapporto a tempo indeterminato, previa disapplicazione dell'art. 36, comma 5 del d.lgs. n. 368/2001, oltre alla corresponsione dell'indennità omnicomprensiva di cui all'art. 32 co. 5 L. 183/2010;
- La condanna del MIUR al risarcimento del danno causato con l'illegittima apposizione del termine/reiterazione di rapporti, danno da quantificarsi nelle retribuzioni globali di fatto maturate successivamente alla data della messa in mora, detratto *l'aliunde perceptum*;

In subordine a tutte le precedenti domande chiede la condanna del Ministero al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale causato con l'apposizione illegittima del termine da quantificarsi equitativamente in n. 20 mensilità.

In via ulteriormente subordinata chiede la condanna dello Stato italiano al risarcimento del danno per violazione/mancata attuazione della Direttiva Europea n. 1999/70 CEE quantificabile in n. 20 mensilità.

In via residuale, nel caso di mancato accoglimento di tutte le precedenti domande, chiede che venga sollevata la questione di costituzionalità relativamente all'art. 9 co. 18° D.l. n. 70/2011 per asserita violazione degli artt. 3 e 117 Cost., ovvero di rimettere gli atti alla Corte di Giustizia Europea per conoscere della compatibilità della normativa interna con quella comunitaria.

La parte ricorrente si duole poi del fatto che la propria posizione stipendiale sia rimasta immutata negli anni, mancando qualsiasi meccanismo di progressione economica. A tal fine chiede la condanna della P.A. resistente al pagamento di € 4.832,62 a titolo di differenze retributive.

In ultimo la doglianza investe la lesione del diritto ad ottenere gli effetti giuridici ed economici dei servizi svolti fino al 31 agosto di ciascun anno. Sotto tale profilo chiede l'attribuzione del punteggio di servizio relativo ai mesi di luglio e agosto di ciascun anno nonché la condanna del MIUR ad erogare le retribuzioni per i mesi di luglio e agosto di ciascun anno.

Costituitisi in giudizio, il MIUR e l'Ufficio Scolastico Regionale hanno eccepito la prescrizione quinquennale dei crediti retributivi azionati e, nel merito, ha chiesto il rigetto del ricorso stante la legittimità dei termini apposti ai diversi contratti di

lavoro e tenuto conto dell'inapplicabilità della conversione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato nell'ambito del pubblico impiego, nonché dell'assenza di un danno risarcibile.

Sul contraddittorio così costituito la causa è stata decisa all'udienza odierna

MOTIVAZIONE

Preliminarmente va detto che sono inammissibili le domande nei confronti del Governo della Repubblica e dell'Ambito Territoriale Provinciale.

Per quanto concerne il Governo, infatti, lo stesso non è munito di alcuna soggettività giuridica, essendo tale connotato ravvisabile solo in capo al Consiglio dei Ministri, dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e a i singoli Ministri.

Lo stesso vale con riferimento all'Ambito Territoriale: in mancanza di alcuna disposizione di legge che conferisca agli ambiti territoriali la soggettività giuridica, la stessa va ravvisata unicamente in capo all'Ufficio Scolastico Regionale (del quale l'Ambito territoriale è mera articolazione).

Venendo al merito della controversia, la stessa presenta diversi profili connessi ma pur sempre autonomi fra loro:

- 1) L'individuazione del confine fra legittimità e illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro nell'ambito del pubblico impiego;
- 2) L'individuazione di un rimedio (alternativo rispetto alla c.d. conversione) per i casi di illegittimità del termine;
- 3) La conformità col principio di non discriminazione della mancata progressione economica dei lavoratori a termine;
- 4) La legittimità della determinazione di scadenze contrattuali anteriori al 31 agosto per incarichi di insegnamento.

A) Sulla legittimità/illegittimità del termine nell'ambito del pubblico impiego.

Giova ricapitolare il panorama normativo che fa da sfondo alla problematica delle assunzioni a termine nella scuola.

L'art. 4 della legge n. 124/99, nei primi tre commi, recita:

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

2. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento non vacanti che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico si provvede mediante il conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle

attività didattiche. Si provvede parimenti al conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche per la copertura delle ore di insegnamento che non concorrono a costituire cattedre o posti orario.

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

Il personale chiamato ad assumere incarichi di supplenza viene selezionato in base ad una graduatoria permanente su base provinciale (art. 4, comma 6 cit. l. n. 124/1999 che richiama l'art. 401 del testo unico approvato con D.lgs. n. 297/94), poi sostituita da graduatorie "ad esaurimento" per effetto della disposizione di cui all'art. 1, comma 605, lett. c) L. n. 296/06.

Più di recente il legislatore è intervenuto sulla materia aggiungendo al citato art. 4 l. n. 124/1999 il comma 14-bis, in cui si afferma che «I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, possono trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato solo nel caso di immissione in ruolo, ai sensi delle disposizioni vigenti e sulla base delle graduatorie previste dalla presente legge e dall'articolo 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e successive modificazioni» (art. 1 d.l. 25.9.2009, n. 134, convertito in legge dalla legge 24.11.2009, n. 167). Il citato art. 1, comma 605, lett. c) della legge 296 del 2006 concerne un «piano triennale per l'assunzione a tempo indeterminato di personale docente per gli anni 2007-2009, da verificare annualmente [...], circa la concreta fattibilità dello stesso, per complessive 150.000 unità, al fine di dare adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico e di evitarne la ricostituzione, di stabilizzare e rendere più funzionali gli assetti scolastici, di attivare azioni tese ad abbassare l'età media del personale docente».

A.2) Come è evidente, nel panorama normativo tracciato non si ravvisano disposizioni che riconducano la materia delle assunzioni a termine nel settore della scuola alla disciplina generale sui contratti di lavoro a termine (oggi dettata dal d.lgs. n. 368/2001).

La normativa in esame appare quindi speciale rispetto a quelle generalmente dettata in materia di contratti a termine. Dunque, nella disciplina sul personale della scuola non vi sono prescrizioni che impongano di predeterminare specificamente le ragioni poste a supporto della clausola di apposizione del termine, né che disciplinino le materie della proroga e delle assunzioni successive.

Del resto, le peculiarità del settore scolastico sono state ben evidenziate dalla Corte d'appello di Perugia, sent. n. 143/2011 (inedita), la quale ha rilevato che «I contratti a tempo determinato nella scuola sono riconducibili a tre tipologie (v. l'art. 4, comma 11 della legge n. 124/99, l'art. 1 del regolamento per le supplenze del personale ata, d.m. n. 430 del 2000, e, per il personale docente, l'art. 1 del d.m. n. 201 del 2000, poi il d.m. n. 131 del 2007).

Vi sono, anzitutto, le supplenze annuali cosiddette su "organico di diritto", ossia riguardanti posti disponibili e vacanti, con scadenza al termine dell'anno scolastico (31 agosto). I posti in questione sono quelli che risultano effettivamente vacanti entro la

data del 31 dicembre e che rimarranno prevedibilmente scoperti per l'intero anno. Per essi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali, si procede al conferimento di supplenze annuali, con la stipulazione di contratti a termine in scadenza al 31 agosto, allorché non sia possibile provvedere con il personale di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante utilizzazione del personale in soprannumero, se non vi sia stato assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo. Si tratta, di regola, di posti in sedi disagiate o comunque di scarso gradimento, per i quali non vi sono domande di assegnazione da parte del personale di ruolo. La scopertura di questi posti non è prevedibile, e si manifesta solo dopo l'esaurimento delle procedure di trasferimento, assegnazione provvisoria, utilizzazione di personale soprannumerario e immissione in ruolo; solo allora, verificato che sono rimasti privi di titolare, quei posti possono essere coperti - in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo - mediante l'assegnazione delle supplenze su organico di diritto, dette anche annuali.

V'è, poi, la tipologia delle supplenze annuali cosiddette su "organico di fatto", con scadenza al 30 giugno, cioè, al termine dell'attività didattica. I posti con esse coperti non sono tecnicamente vacanti, ma si rendono di fatto disponibili. Ciò può avvenire, ad esempio, per un aumento imprevisto della popolazione scolastica nel singolo istituto, la cui pianta organica resti tuttavia immutata, oppure per l'aumento del numero di classi, dovuto a motivi contingenti, ad esempio di carattere logistico.

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

In conclusione, stando al diritto positivo richiamato, le autorità scolastiche, al fine di coprire posti vacanti (supplenze annuali) o posti di fatto disponibili (supplenze temporanee fino al termine dell'anno scolastico), potrebbero liberamente assumere lo stesso lavoratore ripetutamente da un anno all'altro senza soluzione di continuità e senza che sia necessaria l'indicazione delle specifiche ragioni a giustificazione del termine.

La possibilità di assumere reiteratamente a termine, cioè, scaturisce dal solo fatto che vi è un posto vacante che sarà coperto in un momento futuro indeterminato, cioè, in attesa dell'espletamento di procedure concorsuali, ovvero, perché persistono stabilmente esigenze di coperture di posti di fatto liberi.

A.3) Tale conclusione, però, appare difficilmente conciliabile con le disposizioni Comunitarie le quali individuano talune puntuali condizioni che devono essere soddisfatte affinché il termine finale non comprometta la tutela di interessi fondamentali dei lavoratori.

L'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, del 28.06.1999, cui ha dato attuazione la Direttiva comunitaria 1999/70/CE, infatti, con la clausola n. 1 si ripromette di "creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato". Lo stesso accordo, poi, nella clausola n. 5, poi, afferma che gli

Stati membri dell'Unione Europea sono tenuti ad introdurre nelle rispettive legislazioni nazionali norme idonee a prevenire ed a sanzionare l'abuso nella successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

La citata clausola 5 dispone, infatti: *"per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri [...] dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti"*.

Nell'ordinamento italiano i detti principi sono stati recepiti con il D.lgs. n. 368/2001, il quale è stato emanato col dichiarato intento di dare attuazione alla suddetta dir. 1999/70/CE. L'art. 5 del d.lgs. n. 368 del 2001, come novellato nel 2007, ha appunto dettato una serie di prescrizioni in tema di proroghe e successione di contratti a termine volte ad evitare l'abusivo ricorso a detta tipologia contrattuale.

L'art. 1 co. 2° D.lgs. n. 368/01, invece, afferma che *"E' consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro"*.

Tenuto conto del fatto che tale disciplina è stata emanata proprio per superare i dubbi circa la compatibilità dell'istituto in esame con l'Ordinamento comunitario, è chiaro che il perimetro operativo delle garanzie in essa contenute non può di certo essere più circoscritto rispetto a quello della Direttiva 1999/70/CE (pena la violazione dell'Ordinamento comunitario, le cui disposizioni risulterebbero in parte non recepite);

Occorre pertanto risalire all'ambito di operatività della suddetta Direttiva al fine di comprendere la sfera applicativa della disciplina interna di attuazione. Sul punto è univoca e chiarissima la storica pronuncia resa il 4.7.2006 dalla Corte di Giustizia Europea (sentenza Adeneler, punti 54-57):

"54 ... si deve anzitutto precisare che la direttiva 1999/70/CE e l'accordo quadro si applicano altresì ai contratti e ai rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e altri enti del settore pubblico."

55 Infatti le disposizioni di questi due atti non contengono alcuna indicazione dalla quale possa dedursi che il loro campo di applicazione si limiterebbe ai contratti a tempo determinato conclusi dai lavoratori con datori di lavoro del solo settore privato."

56 Al contrario, da un lato, come risulta dalla stessa formulazione della clausola 2, n. 1, dell'accordo quadro, il campo di applicazione di quest'ultimo viene inteso in senso lato, riguardando in maniera generale i «lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro». Inoltre, la definizione della nozione di «lavoratori a tempo determinato» ai sensi dell'accordo quadro, enunciata nella

clausola 3, n. 1, di quest'ultimo, include tutti i lavoratori, senza operare distinzioni basate sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro.

57 Dall'altro, la clausola 2, n. 2, dello stesso accordo quadro, lungi dal prevedere l'esclusione dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con un datore di lavoro del settore pubblico, si limita a offrire agli Stati membri e/o alle parti sociali la facoltà di sottrarre al campo di applicazione di tale accordo quadro i «rapporti di formazione professionale iniziale e di apprendistato», nonché i contratti e rapporti di lavoro «definiti nel quadro di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici».

La stessa sentenza 4.7.2006 (Adeneler), poi, chiarisce che il giudice nazionale ha l'obbligo di provvedere, laddove possibile, all'interpretazione delle norme di diritto interno in modo compatibile con l'ordinamento comunitario:

«108 Si deve ricordare che, nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali devono interpretarlo per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 249, terzo comma, CE (v. segnatamente, sentenza 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer e a., Racc. pag. I-8835, punto 113, e giurisprudenza ivi citata). Tale obbligo di interpretazione conforme riguarda l'insieme delle disposizioni del diritto nazionale, sia anteriori sia posteriori alla direttiva di cui trattasi (v., in particolare, sentenze 13 novembre 1990, causa C-106/89, Marleasing, Racc. pag. I-4135, punto 8, e Pfeiffer e a., cit., punto 115).

109 L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è infatti inerente al sistema del Trattato, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia delle norme comunitarie quando risolve la controversia ad esso sottoposta (v., in particolare, sentenza Pfeiffer e a., cit., punto 114).

(...)

111 Il principio di interpretazione conforme richiede nondimeno che i giudici nazionali facciano tutto quanto compete loro, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e pervenire ad una soluzione conforme alla finalità perseguita da quest'ultima (v. sentenza Pfeiffer e a., cit., punti 115, 116, 118 e 119)».

Ebbene, secondo tali coordinate, lo scrivente è tenuto a ritenere che, nonostante la specificità delle norme sul reclutamento nel settore pubblico (e, in particolare, in quello della scuola), le esigenze sottese alla direttiva n. 1999/70/CE (ossia la già richiamata "prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato") debbano in ogni caso trovare applicazione. Poiché la disciplina deputata a contenere l'istituto del lavoro a tempo determinato entro i limiti tracciati dall'ordinamento europeo è quella racchiusa nel D.lgs. n. 368/01, si deve concludere che le disposizioni di tale corpo normativo (nella parte in cui dettano i criteri per distinguere la legittima apposizione del termine da

quella illegittima), siano applicabili tanto nell'ambito del lavoro privato quanto nell'ambito del pubblico impiego.

Se infatti si ritenesse la disciplina speciale del settore scolastico svincolata dai limiti propri applicabili a tutti gli altri rapporti a termine, si dovrebbe giungere alla conclusione che la stessa sarebbe in contrasto insanabile con la disciplina vincolante comunitaria e l'intera legislazione sull'assunzione del personale scolastico dovrebbe essere quindi disapplicata.

Giova a questo punto ricordare che il legislatore comunitario nutre una certa diffidenza per le assunzioni a termine che si susseguano a breve distanza di tempo fra loro, ritenendole potenzialmente dannose per i lavoratori.

Conseguentemente è necessario, tanto nel lavoro privato, quanto il quello pubblico, che i contratti a termine siano sorretti da ragioni oggettive, ossia, che sussistano esigenze quanto meno temporanee del datore di lavoro, senza che con le assunzioni a termine si possano soddisfare fabbisogni permanenti e durevoli.

Per le stesse ragioni, anche le proroghe e le reiterazioni nelle assunzioni a termine sono sottoposte, anche nel lavoro per le Amministrazioni Pubbliche, ai stessi limiti dettati in via generalizzata dall'art. 5 del D.lgs. n. 368/01.

In definitiva, le assunzioni non possono aver luogo in successione e tali devono reputarsi quelle che si ripetono nel tempo con intervalli ridotti (si veda sul punto ordinanza della Corte di Giustizia 12 giugno 2008 - Vassilakis, procedimento C-364/07).

Nella specie, avendo avuto luogo, di fatto, un'assunzione senza soluzione di continuità, con distinti contratti a termine non corredati dell'indicazione di ragioni obiettive, deve ravvisarsi per ciò solo la violazione del D.lgs. n. 368/01, applicabile (per le ragioni dette) anche nei rapporti di pubblico impiego.

Il fatto che la ricorrente abbia stipulato in successione una molteplicità di contratti con la medesima Amministrazione, per un lungo lasso di tempo e per l'espletamento della medesima attività esprime inequivocabilmente la presenza di una esigenza lavorativa stabile, non temporanea ed eccezionale, con la conseguenza che la detta successione di contratti deve ritenersi abusiva ai sensi della Direttiva 1999/70/CE.

A.4) Queste considerazioni non sono scardinate dal recente intervento della Corte di Giustizia Europea (sent. del 26.1.2012, causa C-586/10 Kucuk). Con tale pronuncia la Corte afferma che non è la ripetizione del contratto in sé a sancire la nullità del termine, ma la carenza di ragioni obiettive. In particolare, 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, può agire legittimamente se sussistono circostanze precise e concrete, tali da giustificare la successione dei contratti, e risultanti "*dalla particolare natura delle funzioni., dalle caratteristiche ad esse inerenti o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale*".

Tale pronuncia non legittima affatto la generalizzata reiterazione del rapporto a termine nel pubblico impiego (in particolare nel settore scolastico) né contraddice

quanto già stabilito dalla sopra richiamata giurisprudenza comunitaria (sentt. Adeneler e Vassilakis).

Piuttosto, con la sentenza Kucuk la Corte di Giustizia afferma la necessità di procedere ad una valutazione caso per caso per appurare se vi siano circostanze precise e concrete che esprimano, di fatto, la necessità di procedere a plurime assunzioni a termine in successione. Le deroghe rispetto alle regole generali (trasfuse nell'art. 1 D.lgs. n. 368/01) sono cioè due:

- 1) Si può non applicare la disciplina dettata in tema di riassunzione dopo la scadenza del termine (art. 5 D.lgs. n. 368/01);
- 2) Non è necessario che le ragioni tecnico-organizzative siano necessariamente essere cristallizzate nel documento contrattuale (a differenza di quanto avviene nel lavoro privato), ben potendo le stesse essere evidenziate ex post.

Ma tali deroghe sono ammissibili solo a condizione che, di fatto, siano ravvisabili precise circostanze dalle quali si possa desumere che la successione dei contratti fosse effettivamente deputata a soddisfare esigenze temporanee.

Tenuto conto della portata innovativa di tale pronuncia, diventa necessario entrare nel merito della situazione concreta senza poter limitare l'analisi al fatto che i contratti di lavoro non indicavano alcuna ragione giustificatrice e che gli stessi si siano succeduti nel tempo ben oltre il limite temporale di 36 mesi.

Ebbene: va detto che, secondo lo scrivente, nell'ambito del settore scolastico si deve distinguere fra la posizione del docente assunto come supplente per coprire posti non vacanti, ma di fatto disponibili, da quella del docente assunto per coprire posti vacanti e disponibili.

Nel primo caso, effettivamente, si può ritenere che la situazione di fatto sia di per sé espressiva della temporaneità dell'esigenza datoriale e, quindi, si può affermare che la reiterazione di rapporti a termine (senza indicazione di alcuna giustificazione) sia legittima, come implicitamente affermato dalla sent. Kucuk.

Nel caso di supplenze volte a coprire posti vacanti e disponibili, però, si devono raggiungere le opposte conclusioni.

Se il posto è vacante significa che l'Amministrazione è tenuta a coprirlo, ossia, ad assumere personale "idoneo" attinto dalle graduatorie (i cc.dd. idonei non vincitori). In questo caso, pertanto, non si può affermare che la situazione concreta esprima una temporaneità del fabbisogno, al contrario: è chiaro che l'assunzione dovrebbe essere effettuata a tempo indeterminato e, se l'Amministrazione intende procedere ad assumere un docente a termine (specie se lo fa reiterando un rapporto già instaurato anch'esso a termine), ha l'onere di indicare quali siano le ragioni obiettive, non essendo queste ultime desumibili dalla situazione concreta. In altre parole, nel caso di assunzioni a termine per coprire posti vacanti e disponibili la P.A. è chiamata ad chiarire in modo univoco quali sarebbero le ragioni tecnico-organizzative di cui al D.lgs. n. 368/2001, senza potersi "riparare" dietro il diaframma della peculiarità del settore. Tale peculiarità, al massimo, può essere ravvisata laddove il posto non sia vacante ma solo "temporaneamente disponibile"; al di là di questa ipotesi, piuttosto,

torna ad operare l'obbligo di parificazione fra pubblico impiego e lavoro privato sancito a chiare lettere dalla già citata sent. Adeneler.

Apodittica è quindi l'affermazione dell'Avvocatura dello Stato (per vero condivisa da una parte della giurisprudenza, fra cui App. Milano sent. n. 708/2012) secondo la quale le peculiarità del sistema di reclutamento scolastico sarebbero tali da escludere la compatibilità con la disciplina dettata dal D.lgs. n. 368/2001.

Piuttosto, si deve tenere distinto il caso di supplenze volte a coprire posti temporaneamente disponibili da quelle deputate a coprire posti vacanti e disponibili.

Nel caso di specie va considerato che, effettivamente, fino all'a.s. 2004/2005 non risulta che la parte ricorrente sia stata mai chiamata a ricoprire posti vacanti. Solo nell'a.s. 2005/2006, per la prima volta, la stessa è stata assunta come insegnante di sostegno presso l'I.P.A.A. di Alcamo per ricoprire un posto vacante e disponibile, come affermato ripetutamente a p. 6 del ricorso e non contestato dagli Enti convenuti nella memoria difensiva.

Si deve quindi ritenere che, mentre erano pienamente legittimi i rapporti a termine instaurati fino al settembre 2005 fra le parti, essendo state le assunzioni su posti "temporaneamente disponibili" presumibilmente ricollegate ad un fabbisogno temporaneo di personale delle Amministrazioni oggi convenute, nel contratto stipulato in data 1.9.2005 il termine finale del rapporto non appariva sorretto da alcuna giustificazione. Tale contratto era deputato a ricoprire un posto vacante e disponibile, quindi, la situazione concreta non esprimeva affatto un carattere transeunte del fabbisogno del datore di lavoro pubblico ma, al contrario, era manifesta l'esistenza di un vuoto in organico che le Amministrazioni erano chiamate a riempire con nuove assunzioni a tempo indeterminato. Lo stesso è accaduto, poi, negli anni 2006, 2007 e 2009.

In altre parole, l'assunzione del 1.9.2005 è stata connotata dall'apposizione di un termine nullo, in quanto privo dell'indicazione delle ragioni giustificatrici ex art. 1 D.lgs. n. 368/01 e (ad abundantiam) tenuto conto della durata del rapporto superiore a 36 mesi (considerate anche le successive assunzioni a termine volte a coprire posti vacanti e disponibili).

B) Sul rimedio applicabile

Il suddetto profilo concerne la valutazione della legittimità del termine apposto ai contratti di lavoro nell'ambito del pubblico impiego e, in particolare, nel settore scolastico; tale aspetto è ontologicamente distinto da quello che concerne il rimedio applicabile nel caso in cui si ravvisi l'illegittimità del termine in questione.

B.2) Con riguardo al profilo da ultimo menzionato, infatti, va ricordato che, per effetto dell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, nel nostro ordinamento è espressamente escluso che l'illegittima apposizione del termine possa comportare la costituzione con una pubblica Amministrazione di un rapporto a tempo indeterminato.

Giova chiarire sin da subito che il fondamento dell'art. 36 in esame non risiede nella posizione di privilegio della P.A., ma risiede nei principi di buon andamento e imparzialità dell'Amministrazione di cui all'art. 97 Cost.

In altre parole, il divieto di conversione del rapporto è il precipitato logico dell'obbligo per la P.A. di procedere ad assunzioni solo mediante concorso. Poiché tale obbligo è a sua volta un corollario del principio di buon andamento e imparzialità (come confermato dal fatto che è sancito dallo stesso art. 97 Cost.), si deve necessariamente concludere che il divieto di conversione di cui all'art. 36 del D.lgs. n. 165/01 ha la finalità di evitare che, a causa dell'erronea apposizione di un termine in un contratto di lavoro, possa essere aggirato l'obbligo di assumere mediante concorso e, quindi, possa essere compromesso il buon funzionamento della macchina pubblica nonché disatteso l'obbligo di assicurare un pari trattamento a tutti coloro che aspirano ad essere assunti a tempo indeterminato.

E' solo in ossequio a tali superiori interessi pubblici che viene operato un distinto trattamento del dipendente pubblico rispetto a quello privato, non per mantenere una (irragionevole quanto inesistente) posizione di privilegio della P.A. nei confronti del proprio dipendente.

B.3) Fatte tali precisazioni, è noto che la deroga alla generale disciplina dettata dal D.lgs. n. 368/01 racchiusa nell'art. 36 D.lgs. n. 165/01 ha sollevato forti dubbi di compatibilità con la sopra richiamata esigenza comunitaria di proteggere il dipendente (pubblico o privato) dall'abusiva apposizione di un termine finale al rapporto lavorativo.

Tuttavia, sull'esclusione del rimedio della "conversione", si è pronunciata la Corte di Giustizia Europea affermando che tale esclusione non è incompatibile con l'ordinamento comunitario, purché accompagnata da misure dirette a prevenire e contrastare l'utilizzazione abusiva di contratti a termine in successione (cfr. la citata sent. *Adeneler*, poi confermata dalla successiva sentenza del 6 settembre 2006 - *Vassallo C-180/04*).

La giurisprudenza interna, quindi, in mancanza di espresse disposizioni di legge che predisponessero le "misure" menzionate dalla Corte di Giustizia, ha cercato di ricostruire in via interpretativa adeguati rimedi al fenomeno delle reiterate assunzioni a termine.

In particolare, in taluni casi, si è ritenuto di poter applicare analogicamente il risarcimento forfettario del danno di cui all'art. 18 L. 300/70, quantificando la perdita del posto di lavoro in 15 o 20 mensilità della retribuzione globale di fatto, a seconda degli orientamenti interpretativi.

Va subito anticipato che lo scrivente ritiene di non condividere questa impostazione in quanto essa finisce per applicare analogicamente una norma eccezionale in palese violazione col dettato dell'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale.

Pertanto, esclusa tanto la conversione del rapporto quanto l'applicabilità di un risarcimento a forfait, ci si deve chiedere se il generale istituto del risarcimento del danno sia uno strumento adeguato ad assicurare la tutela richiesta dall'ordinamento comunitario. Infatti, laddove si desse risposta negativa, si dovrebbe necessariamente dare prevalenza al diritto comunitario e, quindi, previa disapplicazione dell'art. 36 D.lgs. n. 165/01, si dovrebbe pronunciare la conversione del rapporto (come chiesto in ricorso).

Sul punto si è recentemente soffermata la Corte di Cassazione la quale, con la sent. n. 4417/12, ha statuito che: "Deve ritenersi conforme ai principi comunitari, oltre che alla Carta costituzionale, il divieto di conversione in rapporti a tempo indeterminato dei contratti a tempo determinato sottoscritti dalla pubblica amministrazione in modo illecito, in quanto riproposti senza soluzione di continuità, dovendosi infatti ritenere il risarcimento del danno previsto dall'ordinamento italiano rimedio sufficiente a prevenire e sanzionare eventuali abusi da parte degli enti pubblici".

Pertanto, la domanda principale di cui al ricorso introduttivo (che mira appunto ad ottenere l'instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato) va rigettata.

Con essa va anche rigettata la domanda tesa ad ottenere l'indennità omnicomprensiva ex art. 32 L. 183/2010, che può essere corrisposta solo "nei casi di conversione". In altre parole, si tratta di un istituto necessariamente accessorio rispetto alla conversione, quindi, *simul stabunt simul cadent*.

Rigettate tali domande, vanno analizzate le residuali richieste di matrice risarcitoria avanzate in ricorso.

B.4) Appare a questo punto utile, al fine di individuare il regime di responsabilità applicabile, chiarire a monte come vada inquadrato l'illecito ascritto alla P.A. che abbia apposto un termine finale alla durata del rapporto senza giustificazioni adeguate, così violando il dettato dell'art. 1 del d.lgs. 368/01e, quindi, della Dir. 1999/70/CE.

Sotto tale aspetto lo scrivente ritiene di poter ravvisare in capo alle Amministrazioni convenute una responsabilità da *contatto sociale qualificato*, conseguentemente, va applicata la disciplina della responsabilità di cui all'art. 1218 e ss. cod. civ.

L'Amministrazione, cioè, all'atto della stipulazione del contratto a termine senza indicazione di ragioni obiettive non è un "passante occasionale", ma è un soggetto col quale il danneggiato ha instaurato un pregresso rapporto "di fatto" (ravvisabile nella trattativa, nello svolgimento del concorso pubblico, nell'espletamento di precedenti rapporti lavorativi aventi ad oggetto le medesime mansioni etc.); da tale rapporto scaturisce evidentemente un affidamento in capo a ciascuna delle parti circa il comportamento corretto dell'altra e, quindi, un preciso obbligo di protezione in capo a ciascuno dei paciscenti che va oltre il *neminem laedere*, sì da poter essere assimilato ad una obbligazione (tenuto conto del carattere non tassativo delle fonti dell'obbligazione, come emerge dal testo dell'art. 1173 cc.).

Come ha chiarito la Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sent. 14712/07), la demarcazione fra responsabilità aquiliana e responsabilità da inadempimento va tracciata tenendo conto del fatto che, mentre nella responsabilità aquiliana c'è solo un generico obbligo di non ledere che si traduce in obbligazione risarcitoria nel momento patologico e il rapporto obbligatorio nasce con la produzione del danno, nella responsabilità contrattuale l'obbligazione viene in esistenza già nel momento fisiologico della vicenda e la responsabilità attiene proprio alla violazione di essa. Pertanto, nel caso in cui il danneggiante non sia un passante occasionale, ma abbia intrattenuto col danneggiato precedenti rapporti di fatto sufficientemente intensi, in applicazione del principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost. si viene a radicare un

vero e proprio dovere di curare l'interesse della controparte e di rispettare l'affidamento ingenerato dal contatto sociale. Pertanto, si deve ravvisare una obbligazione di protezione la cui violazione dà luogo ad una vera e propria responsabilità da inadempimento.

In conclusione, l'illecito ascrivibile alle Amministrazioni resistenti per aver stipulato un contratto di lavoro a tempo determinato in assenza dei presupposti, è assoggettato alla disciplina di cui agli artt. 1218 e ss. con le relative conseguenze in termini di onere della prova, prescrizione del diritto, individuazione dei danni risarcibili etc.

In questa sede si ritiene opportuno soprassedere sull'eventualità di qualificare la responsabilità in questione come di matrice precontrattuale (tipologia che la giurisprudenza tradizionalmente inquadra nell'ambito della responsabilità aquiliana, ma che la dottrina più moderna, condivisibilmente, non esita a qualificare comunque come da "contatto sociale").

Infatti, tenuto conto delle recenti evoluzioni dell'istituto di cui agli artt. 1337 e s., per le quali il danno risarcibile ben può essere rappresentato dal c.d. "*interesse positivo differenziale*" e non solo dalla lesione dell'interesse "*negativo*" (a non essere coinvolti da una trattativa inutile), nessuna sensibile conseguenza sul piano risarcitorio si potrebbe ravvisare nel caso di specie.

In altre parole, anche a voler ravvisare nel caso di specie una responsabilità precontrattuale, si deve ritenere comunque superato l'antico dogma secondo il quale il risarcimento del danno potrebbe riguardare solo la lesione dell'interesse negativo. L'opinione più moderna, infatti, ritiene che la parte che abbia subito un danno precontrattuale abbia in ogni caso la possibilità di essere messo nella posizione economica in cui si sarebbe trovato se non vi fosse stata la deviazione della trattativa. Questa conclusione scaturisce inequivocabilmente dal tenore dell'art. 1440 cc che, in tema di dolo incidente, prevede che "*Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni*". I danni in questione sono appunto rappresentati dalla perdita dei vantaggi che il contraente avrebbe conseguito dal contratto se il contenuto dello stesso non fosse stato depistato dalla condotta dolosa di uno dei contraenti, ossia dalla lesione del c.d. "*interesse positivo differenziale*".

In definitiva, anche a voler ravvisare nell'abusiva apposizione del termine finale al rapporto di lavoro una forma di responsabilità precontrattuale, il datore di lavoro sarebbe comunque tenuto a risarcire al lavoratore il medesimo danno patrimoniale che dovrebbe risarcire in applicazione delle regole sull'inadempimento.

B.5) Venendo pertanto all'individuazione di tale danno patrimoniale risarcibile, va detto che il perimetro dello stesso è tracciato dagli artt. 1223, 1225 e 1227 del codice civile.

Posto che la condotta censurata è rappresentata dall'abusiva apposizione del termine, ossia, dal non aver stipulato con l'odierno ricorrente un contratto a tempo

indeterminato (tipologia che rappresenta pur sempre la "regola"), il datore di lavoro deve risarcire tutte le conseguenze causalmente riconducibili a tale comportamento.

Vanno cioè risarcite le diminuzioni patrimoniali scaturite "immediatamente e direttamente" dalla condotta (art. 1223 cc.), purché siano "prevedibili" (art. 1225 c.c.) e non riconducibili a fatto proprio del danneggiato (art. 1227 cc.).

La giurisprudenza ha chiarito che, in definitiva, il risarcimento deve avere ad oggetto le conseguenze che costituiscano l'effetto normale e prevedibile dell'illecito lamentato.

Fermi restando tali limiti, *tutto il decremento patrimoniale subito dal danneggiato va risarcito*, sia che la *deminutio* assuma la forma di un danno emergente sia che si tratti di lucro cessante.

Ciò premesso a livello teorico generale, nel caso di specie è evidente che la condotta illecita ha privato il lavoratore di un rapporto a tempo indeterminato e, sul piano patrimoniale, dell'erogazione di una retribuzione che, in modo costante, questi avrebbe percepito a decorrere dalla data di scadenza del termine illegittimo fino a quella che sarebbe stata la naturale cessazione del rapporto. Se non vi fosse stata la clausola abusiva, cioè, si deve ritenere che l'odierno ricorrente sarebbe stato assunto a tempo indeterminato, dal momento che il posto occupato era vacante e disponibile, il lavoratore era risultato idoneo a ricoprire quel posto a seguito di una regolare procedura selettiva e la stessa P.A. ha per diversi anni usufruito delle prestazioni lavorative dello stesso.

Le conseguenze di tale illegittima appossizione del termine, pertanto, si riverberano sul patrimonio del lavoratore diminuendo le retribuzioni che vi sarebbero affluite fino alla prevedibile cessazione del rapporto.

A tal fine si deve fare applicazione della logica del "*più probabile che non*", non potendosi applicare alla causalità civile la regola penalistica della "*certezza oltre ogni ragionevole dubbio*", come hanno correttamente affermato Cass. 11755/06 e Cass. 21619/07.

In altre parole, nel diritto civile si deve ritenere che il danneggiante abbia causato il danno quando, eliminata la condotta, vi è almeno il 51% di possibilità che pure il pregiudizio venga meno. I danni risarcibili, quindi, sono quelli che in assenza del comportamento illecito si sarebbero presumibilmente evitati, viceversa, non vanno risarciti i soli danni che, probabilmente (con probabilità superiore al 50%), si sarebbero prodotti in ogni caso.

E' questa la logica del "*più probabile che non*"; essa rappresenta il corollario della funzione riparatoria (e non sanzionatoria) del risarcimento del danno, sì che il peso economico dello stesso debba gravare su "*chi è meno ingiusto che lo sopporti*". L'ago della bilancia, pertanto, non è rappresentato dalla certezza della causazione del danno (com'è nel campo sanzionatorio, in cui va verificato se sia giusto applicare la sanzione all'unico soggetto che è parte del procedimento), ma dal fatto che, fra i due soggetti interessati (in posizione di reciproca parità), vige un assoluto equilibrio ed anche un tenue elemento che faccia ritenere "meno ingiusto" che l'uno anziché l'altro sopporti l'onere economico rappresentato dal danno, può assumere una rilevanza

decisiva al fine del decidere. E' questa la ragione per la quale, anche laddove il danno sia stato causato "probabilmente" (ossia con probabilità appena superiore al 50%) dal danneggiante, sia pur senza alcuna certezza, costui sarà chiamato a risarcirlo integralmente.

In applicazione di tale criterio, nel caso di specie, ci si deve chiedere quale sia stata la perdita, sotto il profilo del lucro cessante, che senza l'apposizione illegittima del termine da parte dell'Amministrazione, sarebbe stata plausibilmente evitata dal danneggiato (ossia con almeno il 51% di probabilità).

Facendo riferimento all'*id quod plerumque accidit* e, secondo la detta prospettiva, non può non evidenziarsi che il comportamento largamente più diffuso fra i dipendenti pubblici con contratto a tempo indeterminato è quello di conservare il proprio rapporto lavorativo fino al raggiungimento dell'età pensionabile.

Si può quindi presumere che, con una probabilità che va ben oltre la soglia del 51%, anche l'odierna parte ricorrente avrebbe fatto altrettanto (né il datore di lavoro ha provato che, nel caso di specie, il lavoratore si sarebbe presumibilmente discostato dal comportamento socialmente più diffuso e avrebbe volontariamente interrotto il rapporto prima dell'età pensionabile).

Quindi, si può concludere che, se la P.A. avesse instaurato un rapporto a tempo indeterminato come imposto dalla legislazione vigente, la ricorrente avrebbe continuato a svolgere la propria attività lavorativa come docente fino al raggiungimento dell'età pensionabile.

Il danno risarcibile (collegato alla condotta illecita delle Amministrazioni resistenti, prevedibile e non riconducibile ad alcuna colpa dei soggetti danneggiati), in definitiva, consiste in un lucro cessante di importo pari alle retribuzioni "future", per il periodo compreso fra la cessazione del rapporto per effetto del termine illegittimo e la cessazione che lo stesso avrebbe avuto col raggiungimento dell'età pensionabile da parte della ricorrente.

B.6) Va chiarito che tali somme rappresentano un risarcimento del danno, non una retribuzione. In alcun modo, quindi, viene in rilievo il fatto che, nel pubblico impiego, le assunzioni devono necessariamente avvenire mediante concorso pubblico (art. 97 co. 3° Cost).

Il MIUR, cioè, può ben rifiutare di assumere la ricorrente a tempo indeterminato facendo leva sulla necessità di un pubblico concorso e, quindi, sul divieto di conversione del rapporto che ne scaturisce (art. 36 del dlgs. 165/01), ma non può farsi scudo di tale divieto per stipulare abusivamente contratti a termine illegittimi, forte della posizione di inferiorità della controparte la quale, non potendo ottenere la conversione del rapporto, resta di fatto vittima di un vero e proprio abuso.

Pertanto, se è certamente condivisibile il principio secondo il quale nel pubblico impiego l'accesso può avvenire solo mediante concorso e, quindi, si deve escludere la possibilità di conversione del rapporto, è anche vero che il richiamato principio non esclude affatto che la P.A. debba risarcire il danno comunque cagionato con la propria condotta *contra legem*.

L'interesse pubblico sotteso al divieto di conversione, come già chiarito, non concerne la protezione del patrimonio dei soggetti pubblici, ma concerne il buon andamento dell'Amministrazione; è solo questo il motivo per cui i dipendenti devono essere assunti mediante concorso e, quindi, resta preclusa la conversione dei rapporti di lavoro.

Per dirla diversamente, l'illegittima apposizione del termine finale al rapporto lavorativo ha una duplice valenza:

- Come *atto* negoziale, non produce alcun effetto, dovendosi dare la prevalenza all'interesse pubblico consacrato dall'art. 97 Cost., il quale impone di sacrificare gli interessi particolari dei privati per dare priorità al buon andamento della Cosa Pubblica e, quindi, evitare che l'accesso al pubblico impiego possa avvenire senza concorso. Di qui il corollario della non convertibilità del rapporto ex art. 36 D.lgs. n. 165/10;
- Come *fatto*, però, l'illegittima apposizione del termine è un normale comportamento illecito che, nei limiti in cui abbia inciso sul patrimonio di terzi, deve dare luogo al risarcimento del danno, senza con ciò si violi alcun interesse pubblico. Non si può infatti ravvisare nella Costituzione alcun principio che imponga di proteggere prioritariamente il patrimonio pubblico a discapito del patrimonio dei privati.

B.7) Neppure si può dire che la necessità del pubblico concorso recida il nesso di causalità fra la condotta ed il danno; in altre parole, a parere dello scrivente, non è condivisibile la tesi prospettata da alcune pronunce di merito (cfr. ad es. Trib. Roma 18.9.2012) secondo la quale il lavoratore, se non fosse stato assunto a termine, non sarebbero stato assunto affatto e, quindi, nessun danno può essere dallo stesso lamentato.

Più precisamente, secondo la prospettiva che qui si contesta, dall'obbligo del concorso pubblico, si dovrebbe desumere che, eliminando mentalmente la condotta illecita (l'aver stipulato un contratto a termine senza indicarne i motivi), la situazione che si verrebbe a radicare non sarebbe l'instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato, ma la mancanza di qualsivoglia rapporto di lavoro; pertanto, nessun lucro cessante potrebbe essere risarcito al lavoratore, in quanto il nesso di causalità tra comportamento e pregiudizio non potrebbe essere ravvisato, non essendovi alcuna prova (neanche secondo la logica del "*più probabile che non*") che l'interessato avrebbe vinto il concorso necessario per l'assunzione.

Questa prospettiva, a parere dello scrivente, non può essere condivisa in quanto conduce ad escludere l'operatività dello strumento risarcitorio, ossia, dell'unica forma di tutela che (eliminata la possibilità della conversione del rapporto) residua in capo al lavoratore.

Ebbene, tenuto conto del fatto che, come detto, la Corte di Giustizia Europea ha in più occasioni affermato che il divieto di conversione è compatibile con l'ordinamento comunitario solo a condizione che vengano predisposte adeguate misure volte a prevenire l'abusivo ricorso dei soggetti pubblici a contratti di lavoro a tempo determinato, e considerato che la Corte di Cassazione ha ritenuto che

nell'ordinamento italiano *la misura deputata ad evitare tali abusi e adeguata a tale fine è proprio costituita dal risarcimento del danno* (sent. n. 4417/12), si deve necessariamente ritenere che, escludendo pure l'applicabilità della tutela risarcitoria, si radicherebbe un contrasto ineliminabile fra l'art. 36 del D.lgs. n. 165/01 e l'Ordinamento Comunitario (contrasto che non potrebbe che essere risolto con la disapplicazione del detto art. 36 e la conseguenziale instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato).

In definitiva, non ci si può limitare ritenere che il lavoratore, se non fosse stato assunto a termine, non sarebbe stato assunto affatto e, quindi, che nessun lucro cessante sarebbe ravvisabile in capo a costui; piuttosto si deve ricercare una diversa soluzione che sia conciliabile con le disposizioni comunitarie sopra riportate. Il giudice nazionale deve infatti procedere, laddove possibile, ad una interpretazione dell'ordinamento interno che sia armonizzabile con quello Comunitario (come già ricordato). La tesi che qui si critica, invece, giunge esattamente alle conclusioni che, da quasi un decennio, la Corte di Giustizia Europea ha indicato come incompatibili con i principi comunitari.

Ebbene: la soluzione interpretativa va ricercata proprio nella dicotomia tra "atto" e "comportamento" sopra accennata.

Ritiene questo giudice che, effettivamente, considerando l'apposizione del termine nullo come "atto negoziale", si possa ritenere che, senza l'inserimento di tale clausola, il lavoratore (inserito fra gli idonei non vincitori) non sarebbe stato assunto dalla P.A. (se non dopo aver "scalato" graduatoria ad esaurimento e maturato il punteggio necessario per essere assunto in via definitiva). La volontà negoziale della P.A. cioè è effettivamente irrilevante e, quindi, così come l'Amministrazione non avrebbe potuto validamente stipulare un contratto a tempo indeterminato con un soggetto risultato idoneo non vincitore, del pari il comportamento della stessa, rappresentato dall'omessa indicazione delle ragioni del termine, non può avere alcuna rilevanza e non può produrre per vie traverse lo stesso effetto (l'instaurazione a tempo indeterminato) che in via diretta è precluso.

Ma considerando la medesima apposizione del termine non più come atto negoziale produttivo di effetti, bensì come "comportamento" *contra legem* produttivo di un pregiudizio, la prospettiva deve necessariamente cambiare, anche per quanto concerne il nesso di causalità.

L'ostacolo all'instaurazione del rapporto a tempo indeterminato rappresentato dalla necessità del pubblico concorso, cioè, nella seconda prospettiva finisce con lo svilire in quanto non viene più in rilievo la necessità di impedire la produzione di un effetto del contratto (l'assunzione del dipendente), ma quella di verificare quale sia il pregiudizio scaturito dalla violazione di legge operata dalla P.A.

A tal fine, come accennato, lo sbarramento pubblico concorso sbiadisce, non essendo lo stesso finalizzato a giustificare deroghe alle disposizioni che limitano il potere di potere del datore di lavoro di stipulare contratti a termine, né a proteggere il patrimonio dei soggetti pubblici, né ad autorizzare comportamenti *contra legem* della pubblica Amministrazione.

La *ratio* del pubblico concorso è esclusivamente quella di assicurare l'imparzialità e il buon andamento della Pubblica Amministrazione evitando che entrino a far parte dell'organico della stessa soggetti che non siano stati selezionati in base a criteri meritocratici.

Ma allora, in tale ottica, il principio in questione non recide il nesso di causalità fra comportamento illecito e danno che ne è derivato, ma si pone esclusivamente come limite all'autonomia *negoziale* della P.A.

La situazione in esame è analoga a quella disciplinata dall'art. 1440 cc. (sul dolo incidente) sopra richiamato, nel senso che il comportamento tenuto in sede di trattative da una delle parti ha determinato uno sviamento che ha inciso sul contenuto dell'accordo (il cui oggetto è divenuto l'assunzione a termine anziché a tempo indeterminato), con la conseguenza che la parte che ha determinato tale sviamento è tenuta a risarcire all'altra il c.d. danno differenziale, ossia, a riportare il patrimonio di questa nella situazione in cui si sarebbe presumibilmente trovato laddove il contenuto del contratto non fosse stato alterato.

L'unica fra la fattispecie dell'art. 1440 cc. e quella oggi in decisione risiede nel fatto che, nel caso di specie l'incidenza sul contenuto del contratto potrebbe essere dovuta al fatto meramente colposo della P.A., e non necessariamente ad un comportamento doloso della stessa (mentre nell'ipotesi di cui all'art. 1440 cc. il dolo rappresenta il fulcro della fattispecie).

In ogni caso è evidente che la condotta (sia pure colposa) in questione ha di fatto depistato la trattativa finendo con l'incidere sul contenuto del contratto, sì da rendere quest'ultimo non conforme alla legge né alla volontà del lavoratore assunto, che ha dovuto accettare l'assunzione a termine illegittima al solo scopo di acquisire punteggio e scalare la graduatoria ad esaurimento.

Questa situazione di illegittimità deve avere uno sbocco risarcitorio a prescindere dall'obbligo per la P.A. di assumere mediante concorso pubblico.

B.8) In ultimo va ribadito che il criterio di quantificazione del danno applicato con la presente pronuncia è quello che si desume dall'applicazione della generale disciplina in tema di risarcimento del danno patrimoniale.

Il legislatore ha più volte predisposto misure volte a quantificare in via forfettaria il pregiudizio subito dal lavoratore (riducendo il margine di valutazione del magistrato ad una forbice compresa fra un massimo ed un minimo, spesso ancorando tale valutazione a parametri predefiniti): si pensi ad esempio al risarcimento del danno da licenziamento illegittimo indicato forfettariamente dalla L. 604/66 e dall'art. 18 L. 300/70, all'indennità omnicomprensiva di cui all'art. 32 L. 183/2010 etc.

Si tratta però di ipotesi in cui, eccezionalmente, la legge ha deciso di derogare alla regola generale, secondo la quale *tutto il danno cagionato e normalmente prevedibile* va risarcito. Trattandosi di disposizioni eccezionali, le stesse non possono essere applicate analogicamente (art. 14 disp. legge in gen.) e, pertanto, il giudice deve fare applicazione delle regole generali sopra riportate. Non condivisibili, quindi, sono le soluzioni interpretative adottate da vari Tribunali i quali hanno finito con l'applicare al caso di specie l'indennità di cui all'art. 18 St. Lav.

La Corte di Giustizia Europea, dal canto suo, ha affermato a più riprese la necessità che gli Stati Membri adottino misure idonee a scoraggiare il ricorso abusivo ai contratti a tempo

determinato da parte delle Amministrazioni. Quindi, dal momento che il legislatore italiano ha ritenuto di non predisporre alcun meccanismo di risarcimento forfettario, si deve ritenere che con tal silenzio abbia voluto implicitamente esprimere una scelta tesa ad inquadrare l'abusiva stipulazione di contratti a termine nell'ambito delle regole generali.

Per completezza giova chiarire che, sebbene nel 2010 il legislatore abbia riconosciuto per i lavoratori illegittimamente assunti a termine una indennità omnicomprensiva compresa fra 2,5 e 12 mensilità di retribuzione (art. 32 L. 183/2010), tale misura non rappresenta certamente l'adempimento dell'onere di predisporre le misure protettive richieste dalla Corte di Giustizia.

L'indennità in questione, infatti, va corrisposta (anche nel lavoro privato) "nei casi di conversione" del rapporto. Si tratta cioè di un emolumento aggiuntivo rispetto alla conversione in contratto a tempo indeterminato.

Nel pubblico impiego, invece, stante il divieto di conversione di cui al citato art. 36 del D.lgs. n. 165/01, sarebbe stato necessario predisporre una indennità sostitutiva del rapporto.

Se ci si limitasse ad applicare ai dipendenti pubblici la sola indennità omnicomprensiva di cui all'art. 32 L. 183/10, quindi, si finirebbe per radicare una evidente disparità di trattamento fra dipendenti pubblici e dipendenti privati in quanto, a fronte della medesima situazione (ossia, alla illegittima apposizione del termine finale al rapporto), ai secondi spetterebbe oltre all'indennità in esame pure l'instaurazione del rapporto a tempo indeterminato, mentre ai primi verrebbe riconosciuta solo l'indennità dell'art. 32. E' evidente, quindi, che una interpretazione sistematica compatibile con l'art. 3 Cost. impone di attribuire al dipendente pubblico un *quid pluris* e, non potendosi convertire il rapporto, in mancanza delle specifiche misure imposte dalla Corte di Giustizia, si debba ripiegare sul generale istituto del risarcimento del danno, come sopra si è detto. Tale risarcimento finisce con l'assorbire l'indennità la quale, pertanto, risulta inapplicabile al pubblico impiego.

C) Sulla domanda inerente alla mancata progressione economica.

Con riferimento alla mancato riconoscimento degli scatti di anzianità va detto che l'art. 526 co. 1° D.lgs. n. 297/94 afferma che "Al personale docente ed educativo non di ruolo spetta il trattamento economico iniziale previsto per il corrispondente personale docente di ruolo".

Sulla scorta di tale disposizione si è ritenuto che, nel caso di reiterazione di contratti a termine, il lavoratore non maturi alcuno scatto di anzianità in quanto, considerando ciascun rapporto come instaurato ex novo, non si sarebbe avuta alcuna progressione economica.

Il D.L. n. 134/09, (conv. L. n. 167/09) ha integrato l'art. 4, L. 3 maggio 124/99 in materia di supplenze, aggiungendo il comma 14-bis il quale, nella sua previsione originaria, poi venuta meno in sede di conversione, escludeva che i contratti a tempo determinato consentissero di maturare scatti di anzianità.

La relazione illustrativa del D.L. n. 134 del 2009 spiegava che il regime specifico delle supplenze nel mondo della scuola è caratterizzato da una disciplina separata e speciale rispetto a quella generale dei contratti a tempo determinato, atteso che i

periodi di supplenza riguardano distinti contratti di lavoro e, per questa ragione, il trattamento economico dei supplenti deve essere riferito, per ciascun periodo di supplenza, allo stipendio iniziale del docente in ruolo, non potendosi configurare per il personale non di ruolo alcuna progressione di carriera.

Tale assunto non può essere condiviso.

Come ha correttamente affermato il Trib. Treviso con sent. 16/11/2011 nel corso del proc. N. 56/10, *"Il ricorso alla contrattazione a tempo determinato reiterata anche per lungo tempo è il risultato di una scelta programmatica dell'amministrazione, finalizzata ad un risparmio dei costi più che ad esigenze specifiche del settore scolastico. Il Ministero infatti formula ogni anno delle scelte relative al numero di immissioni in ruolo da effettuare. Sulla base del dato relativo all'organico di diritto, stabilisce quale parte di tale organico deve essere coperto con personale di ruolo e quale parte vada invece coperta con contratti a tempo determinato mediante utilizzo delle graduatorie provinciali permanenti. In altre parole il Ministero pur essendo consapevole di avere l'esigenza di coprire una determinata quantità di posti di lavoro più o meno costante nel corso degli anni, si riserva la facoltà di coprire con contratti a tempo determinato una quantità notevole di tali posti di lavoro"*.

Ciò premesso, la disparità di trattamento tra lavoratori assunti a tempo determinato ed a tempo indeterminato in materia di anzianità di servizio utile all'attribuzione di aumenti retributivi non è giustificabile da ragioni obiettive.

La situazione contestata dalla parte ricorrente è infatti palesemente contrastante con la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, attuato dalla direttiva 1999/70 CE.

Sul punto si è pronunciata la Corte di Giustizia il 13.9.2007 (poi ripresa in modo conforme dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia nella sentenza del 15.4.2008), la quale, in applicazione del principio di non discriminazione, ha dichiarato che *<<la nozione di "condizioni di impiego" di cui alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato ... deve essere interpretata nel senso che essa può servire da base ad una pretesa ... che mira all'attribuzione, ad un lavoratore a tempo determinato, di scatti di anzianità che l'ordinamento nazionale riserva ai soli lavoratori a tempo indeterminato>>*, e che la medesima clausola *<<deve essere interpretata nel senso che essa osta all'introduzione di una disparità di trattamento fra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato, giustificata dalla mera circostanza che essa sia prevista da una disposizione legislativa e regolamentare di uno stato membro ovvero da un contratto collettivo concluso tra i rappresentanti sindacali del personale ed il datore di lavoro >>*.

Nel caso concreto, in mancanza di "ragioni oggettive" che giustificano il fatto che la parte ricorrente pur avendo lavorato praticamente senza soluzione di continuità da diversi anni per conto del MIUR sia sempre stata retribuita senza alcuna considerazione dell'anzianità di servizio maturata nel frattempo, è giocoforza ritenere che l'art. 526, comma 1°, del D.Lgs. n. 297/94, richiamato dal Ministero convenuto e la normativa contrattuale che ha dato applicazione a tale principio,

vadano disapplicati in quanto contrastanti con la normativa europea, così come interpretata dalla Corte di Giustizia.

La domanda della ricorrente diretta ad ottenere la differenza tra quanto effettivamente percepito e quanto avrebbe percepito qualora fosse stata assunta come lavoratore a tempo indeterminato, ossia con il calcolo dell'incremento retributivo determinato dall'anzianità di servizio va pertanto accolta, sia pure nei limiti della prescrizione quinquennale maturata.

In definitiva, essendo stata interrotta la prescrizione con racc. a/r recapitata il 15.12.2010 (doc. 1 fasc. ric.) alla parte ricorrente vanno riconosciuti gli scatti stipendiali maturati dopo il 15.12.2005.

D) Sulla mancata assunzione relativamente ai mesi di luglio e agosto di ciascun anno.

La parte ricorrente espone di aver svolto supplenze deputate a ricoprire posti vacanti e, quindi, giusta il tenore dell'art. 4 L. 124/99, chiede che le venga riconosciuto il punteggio di servizio fino alla fine di ciascun anno scolastico (31 agosto), non solo fino alla data del 30 giugno, come invece ha fatto il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca.

In effetti l'art. 4 L. 124/99 dispone che:

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 ... si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo.*
2. *Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento non vacanti che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico si provvede mediante il conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche. Si provvede parimenti al conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche per la copertura delle ore di insegnamento che non concorrono a costituire cattedre o posti orario.*
3. (...)

E' evidente che il legislatore tiene distinta l'ipotesi di supplenze volte a coprire posti vacanti presumibilmente per l'intero anno scolastico, per le quali la durata è de plano fino al 31 agosto (ossia fino alla fine dell'anno scolastico in corso) e quella di supplenze per coprire posti non vacanti, per le quali la durata è fissata "fino al termine delle attività didattiche" (ossia fino alla fine di giugno dell'anno in corso).

Nel caso di specie la parte ricorrente deduce di aver espletato supplenze deputate a coprire posti vacanti e, ciononostante, le scadenze contrattuali sono state fissate nei mesi di giugno dei rispettivi anni, anziché nei mesi di agosto, con conseguente maturazione di un minore punteggio di servizio da far valere in successive procedure concorsuali.

Considerato che il fatto dell'aver espletato supplenze volte a coprire posti vacanti e disponibili non risulta contestato, la doglianza è fondata e la domanda in esame va accolta.

Come ha già chiarito la giurisprudenza di merito, "È illegittimo il termine di apposto al contratto di lavoro di un assistente amministrativo fino al termine delle attività didattiche (30 giugno) in quanto contrario alle previsioni di cui agli artt. 4 l. n. 124 del 1999 e l. del d.m. 13 dicembre 2000 n. 430, allorché risulti che la supplenza è stata conferita per coprire un posto vacante in organico e disponibile al 31 dicembre dell'anno precedente, e non per esigenze temporanee o per la sostituzione del titolare, a nulla rilevando quale organo abbia provveduto alla nomina (nel caso, il dirigente scolastico)." (Trib. Sassari sent. del 2.5.2008).

Pertanto, le Amministrazioni resistenti vanno condannate a corrispondere al ricorrente gli importi delle retribuzioni inerenti ai mesi di luglio e agosto di ciascun anno, nonché ad assegnargli il punteggio consequenziale ai fini della graduatoria.

Va però chiarito che la domanda, per il periodo fino al 1.9.2005, non può essere accolta, non essendo mai stata la ricorrente adibita a ricoprire posti vacanti e disponibili (i soli per i quali la retribuzione debba essere erogata pure nei mesi di luglio e agosto).

Solo successivamente a tale data, ossia allorché la stessa avrebbe dovuto essere assunta a tempo indeterminato, avrebbe dovuto essere erogata la retribuzione anche per i mesi estivi.

E) Conclusioni e quantificazione del danno.

La ricorrente è stata legittimamente assunta con contratti a termine fino al 1.5.2004, non avendo la stessa ricoperto alcun posto vacante nel corso di tale periodo.

A decorrere dal 1.9.2005, però, la ricorrente, avrebbe dovuto essere assunta a tempo indeterminato (come detto) e, quindi, per il periodo successivo a tale data le assunzioni a termine non sono più legittime.

Alla ricorrente vanno quindi riconosciuti, per il periodo intercorso dal 1.9.2005 sino alla data odierna, le retribuzioni per i mesi estivi nonché gli scatti di anzianità maturati e non corrisposti.

Per il periodo successivo alla data odierna, invece, le P.P.A.A. resistenti vanno condannate a riportare il patrimonio della ricorrente nella posizione in cui si sarebbe trovato laddove la stessa fosse stata assunta a tempo indeterminato alla data del 1.9.2006 e tenuto del fatto che, presumibilmente, la ricorrente avrebbe conservato il rapporto di lavoro fino al raggiungimento dell'età pensionabile. E' infatti unanimemente ammesso il risarcimento del danno futuro, sia quando questo assuma la veste di danno emergente (ove l'evento attuale incida su un diritto già incluso nella sfera del soggetto, ma con conseguenze si devono ancora manifestare; ad esempio le spese sanitarie che il soggetto dovrà sborsare come conseguenza della lesione personale attualmente subita), sia quando, come nel caso di specie, assuma la forma di un lucro cessante (ossia quando la lesione attuale va a pregiudicare un incremento patrimoniale la cui sorgente non è ancora venuta in essere).

La quantificazione di tali somme deve tenere conto di una "posta attiva" consistente nella perdita delle retribuzioni che, presumibilmente, la ricorrente avrebbe ottenuto fino al raggiungimento dell'età pensionabile (come detto) e di una "posta passiva" rappresentata da i proventi che (altrettanto probabilmente) la ricorrente di fatto percepirà in futuro. Infatti, così come l'Amministrazione scolastica ha annualmente assunto la ricorrente a tempo determinato dal 2001 sino ad oggi, è presumibile che altrettanto farà per gli anni a seguire. L'importo delle retribuzioni che verranno in futuro percepite (presumibilmente) dalla ricorrente, quindi, deve essere scomputato dalla "posta attiva" del risarcimento sopra menzionata per evitare locupletazioni. Non potendosi conoscere anticipatamente l'ammontare di tali retribuzioni, si deve necessariamente fare ricorso alla quantificazione equitativa del danno di cui all'art. 1226 cc., tenuto conto degli anni lavorativi residui in capo alla ricorrente. A tal fine:

- Per il passato (dal 2005 al momento della presente pronuncia): al ricorrente va riconosciuta la retribuzione per i mesi di luglio e agosto di ciascun anno dall'a.s. 2005/2006 fino all'a.s. 2011/2012, nonché la progressione economica maturata a decorrere dal 1.9.2005.
- Per il futuro, lo scrivente presume in via equitativa che per il 90% degli anni lavorativi residui la ricorrente continuerà ad essere assunta (così come è stato fino ad oggi) con contratti a termine annuali, senza riconoscimento dell'anzianità di servizio maturata e senza alcuna retribuzione per i mesi di luglio e agosto. Conseguentemente, il lucro cessante sarà costituito dalle retribuzioni inerenti al 10% di anni in cui la ricorrente (presumibilmente) non verrà assunta, da quelle relative ai mesi di luglio e agosto per l'intero periodo (anche per gli anni in cui sarà nuovamente assunta a tempo determinato) e dalla progressione economica maturata di anno in anno.

In definitiva, alla ricorrente spetta una somma equitativamente così determinata:

- Per il periodo che va dal 2001 alla data odierna, vanno corrisposti € 19.750, per le omesse retribuzioni relative ai mesi estivi e per gli scatti di anzianità non applicati a decorrere dal 1.9.2005, oltre accessori.
- Per il periodo successivo alla presente pronuncia, fino al raggiungimento dell'età pensionabile, pari ad € 127.500 netti, oltre interessi da capitalizzare, di cui: € 51.000 per la retribuzione inerente ai mesi di luglio e agosto di ciascun anno futuro; € 42.500 per la mancata progressione economica futura; € 34.000 per le retribuzioni che non verranno percepite negli anni in cui la ricorrente non verrà assunto affatto, equitativamente quantificate nel 10% del periodo lavorativo residuo, come detto.

In aggiunta, alla ricorrente va riconosciuto, ai fini della progressione in graduatoria, il punteggio di servizio relativo ai mesi di luglio e agosto di ciascun anno a decorrere dal 1.9.2005.

Le spese di lite, tenuto conto del parziale rigetto del ricorso, della complessità della materia e della diversità di orientamenti giurisprudenziali, vanno compensate nella misura dei 2/3; la restante parte, liquidata secondo i criteri del D.M. n. 140/2012 e tenuto conto del valore della causa (fra € 100.000 ed € 500.000) nonché del mancato

espletamento di attività istruttoria, va posta a carico delle Amministrazioni convenute secondo la regola della soccombenza.

PQM

- **Dichiara l'inammissibilità delle domande rivolte nei confronti del Governo della Repubblica Italiana e dell'Ambito Territoriale Provinciale di Trapani;**
- **Dichiara l'illegittimità delle clausole appositive del termine nei contratti di lavoro stipulati dalla parte ricorrente a decorrere dal 1.9.2005;**
- **Rigetta la domanda di conversione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato;**
- **Rigetta la domanda inerente alla condanna degli Enti resistenti al pagamento dell'indennità omnicomprensiva di cui all'art. 32 co. 5° L. 183/10;**
- **Condanna le Amministrazioni resistenti a corrispondere alla ricorrente la somma di € 19.750 netti, oltre accessori, a titolo di omissioni retributive (per i mesi di luglio e agosto di ciascun anno, dall'a.s. 2005/2006 fino all'a.s. 2011/2012) e di mancata progressione economica (per il periodo dal 1.9.2005 alla data odierna);**
- **Condanna le Amministrazioni resistenti al risarcimento del danno da lucro cessante futuro quantificato equitativamente in € 127.500,00 netti, oltre capitalizzazione, così come esposto in parte motiva;**
- **Condanna il MIUR ad attribuire alla parte ricorrente il punteggio di servizio relativo ai mesi di Luglio e Agosto di ciascun anno a decorrere dal 1.9.2005;**
- **Compensa le spese di lite nella misura dei 2/3 e pone a carico delle Amministrazioni resistenti la restante parte che liquida € 3.135,00 oltre iva e CPA.**

Trapani, 15.2.2013

Il Cancelliere
Dott.ssa Doriana Sordani

Il giudice
Mauro Petrucci

TRIBUNALE DI TRAPANI
Depositato in cancelleria
oggi, 15 FEB 2013

Il Funzionario Giudiziario
Francesco Gaudolfo