

CORTE D'APPELLO DI BARI SEZIONE LAVORO

Progetto prevedibilità delle decisioni

TEMATICA:

Precariato scolastico

RIFERIMENTI NORMATIVI:

FONTI SOVRANAZIONALI

- Accordo Quadro 1999 (clausole 4 e 5);
- Direttiva 70/1999/CE.

FONTI NAZIONALI

- Art. 97 Cost.;
- L.124/1999
- D.lgs. 368/2001 (artt. 1, 5, 10 comma 4 bis);
- D.lgs. 365/2001 (art.36);
- L. 183/2010 (art.32);
- D.L. 70/2011, convertito nella L. 106/2011, art.9, comma 17 (anni 2011 e 2013);
- D.L. 104/2013, convertito nella L.128/2013, art. 15 (anni 2014 e 2016);
- L.107/2015.

GIURISPRUDENZA DELL'UNIONE EUROPEA E NAZIONALE

- Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 26.11.2014, Mascolo e altri;
- Corte Costituzionale, ordinanza n. 207/2013;
- Corte Costituzionale, sentenza n. 187/2016;
- Corte di Cassazione, sette pronunce dalla numero 22552 alla numero 22558 del 2016;
- Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 18353/2014;
- Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 5072/2016.

QUESTIONI GIURIDICHE:

1.CONTRATTI A TERMINE; NULLITÀ DEL TERMINE; CONFIGURABILITÀ DELLA FATTISPECIE DI ABUSIVO RICORSO ALLE ASSUNZIONI PRECARIE; CONSEGUENZE:

- 1a. Domanda di conversione in rapporto a tempo indeterminato;
- 1b. Risarcimento del danno e danno cd. comunitario;
- 1c. c.d. Stabilizzazione: effetti.

2. RICONOSCIMENTO ANZIANITA' DI SERVIZIO AI FINI GIURIDICI ED ECONOMICI DEI RAPPORTI DI LAVORO A TEMPO DETERMINATO:

- 2a. Perequazione retributiva;
- 2b. Ricostruzione della carriera;
- 2c. Prescrizione;
- 2d. Limiti all'applicabilità dell'art. 53 l.312/80 (c.d. scatti biennali);

Si fa presente che gli orientamenti giurisprudenziali ivi riportati sono meramente indicativi e, pertanto, non vincolanti ai fini della decisione.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI: IN PARTICOLARE ORIENTAMENTI ESPRESSI DALLA CORTE D'APPELLO DI BARI – SEZIONE LAVORO

1.L'abusiva reiterazione dei contratti a tempo determinato nel settore scolastico sia con il corpo docente sia con il personale amministrativo è la prima questione sottesa alla risalente e complessa vicenda del precariato scolastico, la quale si è arricchita negli ultimi anni di apporti, tanto giurisprudenziali che normativi, i quali hanno consentito alla Corte di legittimità di indicare, quale organo di nomofiliachia, i criteri decisionali cui attenersi in sede di merito.

La Suprema corte, nelle sette pronunce da numero 22552 a numero 22558 del 2016, ha fissato regole idonee a definire in modo uniforme il vasto contenzioso pendente in materia in tutti i gradi della giurisdizione lavoristica.

In particolare, la Corte di Cassazione ha configurato una fattispecie di abusivo ricorso alle assunzioni precarie qualora ricorrano i seguenti tre elementi costitutivi:

- durata ultratriennale della <<illegittima ed abusiva reiterazione delle assunzioni a termine>>;
- collocazione cronologica dell'abuso triennale dopo il 10 luglio 2001 (<<termine previsto dall'art. 2 della Direttiva 1999/70/CE per l'adozione da parte degli stati membri delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla Direttiva>>);
- rilevanza della reiterazione ultratriennale delle <<supplenze annuali...cosiddette su organico di diritto>>, che <<riguardano posti disponibili e vacanti, con scadenza al termine dell'anno scolastico (31 agosto)>>.

Secondo la sistemazione della materia autorevolmente suggerita dalla Cassazione, margini ulteriori di discussione sono consentiti:

A) quanto all'*an debeatur*, <<per le supplenze su "organico di fatto" e per le supplenze temporanee>>, ma esclusivamente nell'ipotesi che <<sia allegato e provato da parte del lavoratore che, nella concreta attribuzione delle supplenze della tipologia in esame, vi sia stato un uso improprio o distorto del potere di organizzazione del servizio scolastico, delegato dal legislatore al Ministero, e, quindi, prospettandosi non già la sola reiterazione ma le condizioni concrete della medesima (quali il susseguirsi delle assegnazioni presso lo stesso Istituto e con riguardo alla stessa cattedra)>>;

B) sul versante del *quantum debeatur*, per <<la possibilità del docente che si ritenga leso dalla illegittima reiterazione di assunzioni a tempo determinato di allegare e provare danni ulteriori e diversi rispetto a quelli "risarciti" dalla immissione in ruolo, con la precisazione che l'onere della prova di siffatti danni ulteriori grava sul lavoratore, non operando il beneficio della prova agevolata e che detti ulteriori danni mai potrebbero identificarsi con quelli "..da mancata conversione e quindi da perdita del posto di lavoro" (così la ridetta decisione delle SS.UU.)>>.

1a. Sulle conseguenze della accertata condotta abusiva, la Cassazione ha stabilito che deve senz'altro escludersi la conversione dei rapporti di lavoro precari in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Il rigetto della domanda di conversione trova fondamento nell'art.36 (originario comma 5) del d.lgs. 165 del 2001, secondo cui <<la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione>>.

Ancora prima, la *ratio* è rintracciabile nell'art.97, 3° comma, Cost., secondo cui <<agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso>>, impedendo, in tal modo, la stabilizzazione nel posto di lavoro pubblico per effetto di conversione negoziale.

1b. La sanzione dell'abuso dell'amministrazione scolastica è di natura risarcitoria, alla stregua del canone elaborato da Cass. sez. un., 15.3.2016, n. 5072, secondo cui <<in materia di pubblico impiego privatizzato, nell'ipotesi di abusiva reiterazione di contratti a termine, la misura risarcitoria prevista dall'art.36, comma 5, del d.lgs.n. 165 del 2001, va interpretata in conformità al canone di effettività della tutela, sicché può farsi riferimento alla fattispecie omogenea di cui all'art.32, comma 5, della l.n.183 del 2010, quale danno presunto, con valenza sanzionatoria e qualificabile come "danno comunitario", determinato tra un minimo e un massimo, salva la prova del maggior pregiudizio sofferto>>.

1c. Infine, con riferimento ai casi in cui una violazione commessa dall'amministrazione scolastica sia ravvisabile alla stregua dei tre parametri delineati dalla Corte di legittimità, quest'ultima ha statuito che hanno idoneità a cancellare l'abuso e le sue conseguenze sia la stabilizzazione prevista dalla citata legge 107/2015 sia le concrete misure di stabilizzazione occorse negli anni passati, in quanto la stabilizzazione integra una misura proporzionata, effettiva, sufficientemente energica ed idonea a sanzionare debitamente l'abuso stesso e a cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione Europea.

Aleatoria e inidonea a sanare l'abuso risulta, invece, la astratta *chance* di stabilizzazione, che può aversi nei casi in cui il conseguimento del posto di ruolo non è certo ovvero non è conseguibile in tempi ravvicinati.

La Corte d'Appello di Bari - Sezione Lavoro, dopo aver affrontato in occasione della riunione di sezione dell'8.3.2017 le questioni sostanziali e processuali connesse al precariato scolastico, facendo riferimento al contenuto delle sopra citate sette sentenze della Suprema Corte ed alle regole interpretative ivi dettate, ha così fissato i criteri di massima per la individuazione della fattispecie dell'abuso in caso di reiterazione di contratti a termine su "organico di fatto" (supplenze fino al 30 giugno), richiamando, specificamente, il punto 102 della sentenza n.22552 del 2016 della Cassazione:

- quanto alla configurabilità della condotta abusiva, si è ritenuto di tenere conto, nell'ottica della valutazione del superamento dei 36 mesi, anche dei contratti su organico di fatto aventi durata dal mese di settembre di inizio dell'anno scolastico sino al mese di giugno di fine dell'anno scolastico; contratti apprezzabili non singolarmente, bensì qualora siano almeno due, consecutivi, sullo stesso istituto scolastico e per la stessa cattedra (sequenza sintomatica), per cui soltanto a queste condizioni le c.d. supplenze di fatto possono concorrere a determinare il superamento del predetto limite temporale complessivo.

- quanto, poi, alla misura del risarcimento del danno, da liquidarsi ai sensi dell'art.32, comma 5, della legge n.183/2010, si è stabilito, in via meramente indicativa, un risarcimento minimo pari a 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, da aumentare adeguandolo alle singole fattispecie fino al massimo di 12 mensilità.

2. RICONOSCIMENTO ANZIANITA' DI SERVIZIO AI FINI GIURIDICI ED ECONOMICI DEI RAPPORTI DI LAVORO A TEMPO DETERMINATO

2a. Il trattamento economico fondamentale del personale docente, e del personale ATA, è articolato in posizioni stipendiali la cui progressiva acquisizione è legata all'anzianità di servizio; posizioni che con il CCNL del 4 agosto 2011 sono state ridotte al numero di 6.

La retribuzione del personale assunto a tempo determinato (per supplenze) è stata sempre parametrata al trattamento economico iniziale previsto per il corrispondente personale con contratto di lavoro a tempo indeterminato, con sterilizzazione di ogni progressione economica; sicché ciascun contratto a tempo determinato è stato sempre considerato alla stregua di una prima assunzione con corrispondente determinazione della retribuzione in funzione del trattamento economico iniziale (posizione stipendiale compresa tra 0 e 2 anni di anzianità di servizio).

La clausola n. 4 (intitolata «Principio di non discriminazione») dell'Accordo quadro, allegato alla Direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, dispone nei seguenti termini: «Per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive»; «I criteri del periodo di anzianità di servizio relativi a particolari condizioni di lavoro dovranno essere gli stessi sia per i lavoratori a tempo determinato sia per quelli a tempo indeterminato, eccetto quando criteri diversi in materia di periodo di anzianità siano giustificati da motivazioni oggettive».

La Corte di Giustizia, con riferimento alla portata della predetta clausola in una prima pronuncia del 13 settembre 2007, ha statuito nei seguenti termini: «La nozione di «condizioni di impiego» dev'essere interpretata nel senso che essa può servire da fondamento ad una pretesa come quella in esame nella causa principale che mira ad attribuire ad un lavoratore a tempo determinato scatti di anzianità che l'ordinamento nazionale riserva ai soli lavoratori a tempo indeterminato.»; «La clausola 4, punto 1, dell'Accordo quadro dev'essere interpretata nel senso che osta all'introduzione di una disparità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato giustificata dalla mera circostanza di essere prevista da una disposizione legislativa o regolamentare di uno Stato membro ovvero da un contratto collettivo concluso tra i rappresentanti sindacali del personale e il datore di lavoro interessato».

Ha, quindi, precisato la Corte che se la disciplina delle retribuzioni (e dei relativi livelli) rimane riservata alla competenza delle prassi nazionali, questione diversa è quella che involge l'applicazione del principio di non discriminazione che predica, una volta posti quei livelli di retribuzione, una parità di trattamento tra lavoratori (a tempo determinato ed a tempo indeterminato).

Quanto, poi, alla causale di deroga al divieto di trattamenti differenziati (e di giustificazione oggettiva degli stessi), la Corte di Giustizia, ha spiegato che la nozione di “ragioni oggettive” dev'essere intesa nel senso che «essa non autorizza a giustificare una differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato per il fatto che quest'ultima sia prevista da una norma interna generale ed astratta, quale una legge o un contratto collettivo» e che «richiede, al contrario, che la disparità di trattamento in causa sia giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti, che contraddistinguono il rapporto di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s'inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria».

Ne consegue che, secondo la Corte di Giustizia, non costituisce “ragione oggettiva” il mero richiamo alla natura temporanea del rapporto, in quanto ciò svuoterebbe di contenuti gli obiettivi della direttiva e dell'accordo quadro.

Alla luce degli insegnamenti della giurisprudenza comunitaria e di legittimità, la Corte d'Appello di Bari, Sezione Lavoro, ritiene che non integrino quelle “ragioni oggettive” che possano legittimare trattamenti differenziati, la particolarità del sistema di reclutamento scolastico, le modalità dell'assunzione, la necessità di garantire il servizio scolastico, circostanze tutte che attengono ad

una condizione esterna al contenuto della prestazione e alla natura delle funzioni espletate dal personale non di ruolo e che, quindi, non giustificano il disconoscimento della progressione economica (per anzianità di servizio) per il personale assunto a tempo determinato.

L'accertata incompatibilità, con la clausola 4 dell'Accordo quadro europeo allegato alla Direttiva 99/70, di norme interne che escludono il personale a tempo determinato dalla progressione economica riconosciuta in favore del personale assunto a tempo indeterminato, non può che essere risolta in favore delle previsioni del diritto dell'Unione in ragione della loro indubbia superiorità nella gerarchia delle fonti, con la conseguente disapplicazione, da parte del giudice nazionale, della normativa italiana in conflitto con esso.

Sussiste, pertanto, il diritto del docente e del personale amministrativo precario al riconoscimento delle differenze retributive maturate durante il periodo lavorativo a tempo determinato.

Preme rilevare l'inammissibilità della domanda di parificazione sotto il profilo dell'inquadramento e della retribuzione per il periodo anteriore al 10.7.2001, data di entrata in vigore della direttiva 1999/70/CE.

La Direttiva 1999/70, cit., difatti, nel recepire i contenuti del citato accordo quadro, ha così disposto (all'art. 2, cc. 1): <<Gli Stati membri mettono in atto le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva al più tardi entro il 10 luglio 2001 o si assicurano che, entro tale data, le parti sociali introducano le disposizioni necessarie mediante accordi>>.

Pertanto, nessuna statuizione giudiziaria in funzione perequativa può risalire a epoca anteriore al 10.7.2001.

2b. Il principio di non discriminazione – come dianzi richiamato – si estende, ricorrendone i presupposti di applicabilità, anche al tema della ricostruzione della carriera.

Ed, invero, una volta applicato il principio di non discriminazione alla progressione economica stipendiale prevista dalla contrattazione collettiva, come riconosciuta in favore di lavoratori a tempo indeterminato (di ruolo) <<comparabili>> - ed in assenza, dunque, di <<ragioni oggettive>> di differenziazione, la sola circostanza dell'assunzione a tempo determinato, si risolverebbe in una ingiustificata compressione dell'ambito coperto dallo stesso principio di non discriminazione.

Va premesso che al momento dell'assunzione in ruolo il riconoscimento, a fini giuridici ed economici, dell'anzianità lavorativa per i docenti, - qual conseguente al servizio (non di ruolo) prestato sulla base delle supplenze conferite, - è stato operato ai sensi del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, art. 485, secondo cui detto servizio <<è riconosciuto come servizio di ruolo, ai fini giuridici ed economici, per intero per i primi quattro anni e per i due terzi del periodo eventualmente eccedente, nonché ai soli fini economici per il rimanente terzo>>; mentre per il personale ATA è stato operato ai sensi del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, art. 569, secondo cui <<Al personale amministrativo, tecnico ed ausiliario, il servizio non di ruolo prestato nelle scuole e istituzioni educative statali è riconosciuto sino ad un massimo di tre anni agli effetti giuridici ed economici e, per la restante parte, nella misura di due terzi, ai soli fini economici. Sono fatte salve le eventuali disposizioni più favorevoli contenute nei contratti collettivi già stipulati ovvero in quelli da stipulare ai sensi del D. Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29>>.

Ne consegue che anche in relazione alla disciplina posta dagli artt. 485 e 569 citati, si pone l'esigenza di un (integrale) riconoscimento dell'anzianità di servizio maturata dal personale assunto a tempo determinato.

2c. È soggetto, poi, alla prescrizione quinquennale il credito da differenze retributive conseguenti alla perequazione retributiva di cui già si è detto ai sensi dell'art. 2948 c.c.; è soggetto, invece, alla prescrizione ordinaria decennale il diritto alla ricostruzione della carriera.

2d. Quanto in ultimo all'ambito di applicabilità dell'art.53 l.312/80, con particolare riferimento agli

ultimi due commi, come ha chiarito Cass. 7.11.2016, n. 22558, la predetta norma non è applicabile ai contratti a tempo determinato del personale del comparto scuola ed è stata richiamata, *ex artt.* 69, comma 1, e 71 del d.lgs. n. 165 del 2001, dal c.c.n.l. 4 agosto 1995 e dai contratti collettivi successivi, per affermarne la perdurante vigenza limitatamente ai soli insegnanti di religione.

Si segnalano in tema i seguenti precedenti di questa Corte d'Appello – Sezione Lavoro:

Sentenza 1980/2016 pubblicata il 14.7.2016, estensore dott. Nettis;
Sentenza n. 62/2017 pubblicata il 19.1.2017, estensore dott. Gentile;
Sentenza n. 807/2017 pubblicata il 27.3.2017, estensore dott. Gentile;
Sentenza n. 1334/ 2017 pubblicata il 15.5.2017, estensore dott.ssa Saracino;
Sentenza n. 1617/2017 pubblicata il 13.6.2017, estensore dott. Nettis;
Sentenza n.1291/2017 pubblicata il 14.7.2017, estensore dott.ssa Saracino;
Sentenza n.1434/2017 pubblicata il 25.7.2017, estensore dott. Paolitto;
Sentenza n. 1980/ 2017 pubblicata il 17.8.2017, estensore dott.ssa Procoli;

Bari, 2 ottobre 2017

Scheda redatta dalla dott.ssa Erika Cantatore, tirocinante ai sensi dell'art. 73, D.L. 69/2013, presso la Corte di Appello di Bari, Sezione Lavoro.