N. 827/10 SENT
N. 1226/09 R.G.L.
N. 7525 Cron.

Procedimento Nr. 1226/09 R.G.

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del popolo italiano

Il Tribunale di Verona

nella persona del dott. Simona Gerola , in funzione di giudice del lavoro, nel processo di cui in epigrafe, all'udienza del 26.11.2010
visto l'art. 429 c.p.c.
ha pronunciato, con motivazione contestuale, la seguente:

SENTENZA

nella causa per controversia in materia di lavoro promossa con domanda depositata in data 11 maggio 2009

da

- ricorrenti -

CONTRO

M.I.U.R. e UFFICIO SCOLASTICO PROVINCIALE di Verona rappresentati e difesi ex art. 417 bis. c.p.c. dal Dirigente dott. Pontara Giovanni , dom. presso l'Ufficio Regionale per il Veneto - Ufficio Scolastico di Verona

- resistenti -

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto

Con ricorso depositato in data 11 maggio 2009 i ricorrenti indicati in epigrafe convenivano il Ministero dell'Istruzione , dell'Università e della Ricerca avanti al Tribunale di Verona per sentire dichiarare il proprio diritto ad ottenere le differenze retributive maturate sulla base del calcolo degli scatti di anzianità lavorativa effettivamente maturati da ciascuno di essi , nell'ambito della prescrizione ordinaria.

In via subordinata chiedevano di sollevare questione di pregiudizialità alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee circa l'interpretazione della clausola 4 , punto 1 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato

Il procuratore dei ricorrenti esponeva:

che i ricorrenti , tutti insegnanti , sono o sono stati dipendenti a tempo determinato del Ministero convenuto;

che tutti i ricorrenti hanno svolto e svolgono l'attività di insegnanti non di ruolo in virtù di contratti a tempo determinato presso diversi istituti scolastici siti in Verona e provincia;

- che i ricorrenti svolgono la loro attività da diversi anni, ma il decorso temporale relativo a tale attività, per effetto della normativa italiana applicata, non è considerato ai fini della progressione di carriera (cosiddetti scatti di anzianità);
- che per effetto di ciò i lavoratori, pur avendo prestato per svariati anni l'attività di insegnanti, risultano sempre nella classe di retribuzione più bassa pari a quella di un neo-assunto;
- che tale differenza esistente tra un lavoratore a tempo determinato più volte soggetto a riassunzione (precario) e un lavoratore a tempo indeterminato, che abbia lavorato per lo stesso numero di anni, risulta particolarmente evidente procedendo ad un confronto tra buste paga;
- che la norma di riferimento prevede peraltro che solo nel caso in cui il lavoratore poi entri in ruolo questi si vedrà riconosciuto il precedente periodo lavorato non in ruolo, ma non per l'intero, bensì, ex art. 485 del D.lgs. 297/94, in misura intera per i primi 4 anni ai fini giuridici ed economici, i due terzi per il periodo eventualmente eccedente e, ai soli fini economici, il rimanente terzo nel caso in cui abbia maturato un'anzianità di servizio almeno pari a 16 anni.

Tanto premesso procedeva ad una descrizione analitica dei vari periodi di lavoro effettuati dai ricorrenti in forza di contratti a tempo determinato ed allegava i relativi

certificati di servizio e , dopo avere ampiamente argomentato sulla procedibilità del ricorso giudiziario, deduceva che i ricorrenti hanno diritto al riconoscimento del servizio agli effetti della carriera per il principio di parità di trattamento della normativa italiana Invocava l'art. 6 del d.lgvo 297/94 , l'art. 90 del CCNL scuola nonché la sentenza della Corte di Giustizia Europea del 13.9.07 e rassegnava le conclusioni sopra sinteticamente riportate.

Si costituiva ritualmente i convenuti eccependo preliminarmente l'improcedibilità della domanda .

Chiedevano inoltre di dichiarare cessata la materia del contendere nei confronti delle ricorrenti Sonia Rigoni e Battocchia Marta poiché le medesime nelle more del giudizio sono state assunte con contratto individuale di lavoro a tempo indeterminato.

Nel merito rilevano , in estrema sintesi , che la doglianza dei ricorrenti relativa alla violazione dell'accordo quadro CES-UNICEEP sul lavoro a tempo determinato 18.3.1999 recepito dalla Direttiva n. 1999/79/CE del 28.6.1999 , nonché di quanto deciso dalla Corte di giustizia delle Comunità Europee del 13.9.07 trova un ostacolo nella autonomia stessa della legislazione nazionale in materia di pubblico impiego .

Contestavano la fondatezza delle domande svolte dai ricorrenti e chiedevano il rigetto del ricorso , previo rigetto della questione di pregiudizialità innanzi alla Corte di Giustizia.

La causa , ritenuta matura per la decisione senza necessità di attività istruttoria, all'odierna udienza veniva discussa e decisa .

Preliminarmente si osserva che la materia del contendere non è cessata per le ricorrenti assunte a tempo indeterminato dalla Amministrazione convenuta nelle more del giudizio poiché , se mai si è proceduto ad una ricostruzione della carriera, essa vi è stata soltanto parzialmente in ottemperanza alle disposizioni alle disposizioni di cui al dpr n. 399/1988 art. 4, ult. co. e all'art- 485 del d.leg.vo 297/*1994* (al personale docente e non docente del Ministero della Pubblica Istruzione, non può essere

riconosciuto, se assunto con contratto a tempo determinato, per intero, il periodo preruolo ai fini contributivi ed economici e si considerano, solo i primi 4 anni e solo i 2/3 del periodo eccedente, mentre il restante 1/3 è valutato ai soli fini economici da riportare nelle successive classi di stipendio) .

L'eccezione di improcedibilità del ricorso è infondata poiché è documentalmente dimostrato che sono decorsi i 90 gg previsti dall'art. 65 TU 165/2001 dalla promozione del tentativo di conciliazione da parte dei ricorrenti .

Premesso che le disposizioni che prevedono condizioni di procedibilità, costituendo deroga all'esercizio del diritto di agire in giudizio, garantito dall'art. 24 Cost., non possono essere interpretate in senso estensivo, deve ritenersi che, ai fini dell'espletamento del tentativo di conciliazione sia sufficiente la presentazione della richiesta all'organo istituito presso le Direzioni provinciali del lavoro, considerandosi comunque espletato il tentativo di conciliazione decorsi 90 giorni dalla presentazione, a prescindere persino dall'avvenuta comunicazione della richiesta stessa alla controparte.

Ancora preliminarmente si osserva che la materia del contendere non è cessata per le ricorrenti assunte a tempo indeterminato nelle more del giudizio dalla Amministrazione convenuta poiché se mai si è proceduto ad una ricostruzione della carriera essa è stata effettuata soltanto parzialmente in ottemperanza alle disposizioni di cui al dpr n. 399/1988 art. 4, ult. co. e all'art- 485 del d.leg.vo 297/*1994* (al personale docente e non docente del Ministero della Pubblica Istruzione, non può essere riconosciuto, se assunto con contratto a tempo determinato, per intero, il periodo preruolo ai fini contributivi ed economici e si considerano, solo i primi 4 anni e solo i 2/3 del periodo eccedente, mentre il restante 1/3 è valutato ai soli fini economici da riportare nelle successive classi di stipendio) .

Nel merito il ricorso è fondato e merita accoglimento .

Si ritiene di condividere l'orientamento espresso da parte della giurisprudenza di merito alle cui esaustive argomentazioni ci si riporta pressoché integralmente .

Il c.d. " decreto salva-precari" (D.L. 25 settembre 2009, n. 134) escludeva espressamente che i contratti a tempo determinato potessero consentire di maturare scatti di anzianità. La relazione illustrativa del decreto legge spiegava che tale previsione si è resa necessaria a seguito della sentenza della Corte di Giustizia di Lussemburgo del 13 settembre 2007 (causa C-307/05), che ha confermato il divieto di discriminazione dei lavoratori a tempo determinato rispetto ai lavoratori a tempo determinato, in applicazione dei principi contenuti nella Dir. 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999, relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, recepita nel nostro ordinamento con il D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368.

La nota prot. n.15563 del 25 settembre 2008 della Direzione generale per il personale scolastico del Dipartimento per l'istruzione del Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca rappresentava che, sulla base delle statuizioni della sentenza della Corte di giustizia "(...) si deduce pertanto che, in materia di anzianità di servizio utile all'attribuzione di aumenti retributivi, una eventuale disparità di trattamento tra lavoratori assunti a tempo determinato ed a tempo indeterminato si può giustificare solo in presenza di ragioni obiettive, e quindi solo se sussistono valide motivazioni direttamente legate alla natura del rapporto di lavoro precario ed alle regioni per cui di volta in volta si rende necessario fare ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato."

La relazione illustrativa del D.L. n. 134 del 2009 spiega 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...

Stabilità e flessibilità costituiscono gli estremi della lunghezza d'onda entro la quale il legislatore tenta di sintonizzare la disciplina della durata del rapporto di lavoro. Da un lato le spinte sociali in nome della sicurezza del lavoro e della tutela del lavoratore, dall'altro le esigenze di mantenere competitività e di adeguare più velocemente possibile i costi ai cambiamenti del mercato e alle nuove politiche del bilancio pubblico hanno ispirato interventi normativi, numerosi, ravvicinati e spesso di segno opposto rendendo evidente l'imbarazzo del legislatore tra tutela del lavoro e tutela del mercato.

Nell'ambito del rapporto di diritto privato il Decreto Legislativo 6 settembre 2001, n. 368 che contiene la disciplina del contratto a termine è stato più volte modificato (basti considerare le ultime modifiche introdotte con la L. 23 dicembre 2005, n. 266; la L. 24 dicembre 2007, n. 247 e con la L. Legge 6 agosto 2008 , n. 133).

Poiché con il decreto si è inteso dare attuazione alla direttiva CEE relativa all'accordo quadro relativo al rapporto di lavoro a tempo determinato, le modifiche apportate a tale decreto devono ritenersi senz'altro significative per cogliere l'orientamento del legislatore. In particolare con inciso introdotto dalla L. 23 dicembre 2005, n. 266, il legislatore introduce l'affermazione di principio secondo la quale il contratto di lavoro è di regola a tempo indeterminato e ribadisce il carattere eccezionale, speciale, del contratto a tempo determinato, ammissibile solo in presenza di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo. Per la valida costituzione del rapporto a tempo determinato viene richiesta la forma scritta con obbligo di consegna del contratto entro cinque giorni al prestatore di lavoro, vengono previsti espressi divieti e complessivamente la disciplina viene rivestita in un notevole rigore formale. Di segno decisamente opposto, i successivi interventi normativi introducono deroghe a tale rigore, (le ragioni giustificanti vengono stemperate e riferite anche all'attività ordinaria, si ammettono proroghe, si estendono agli ambiti di applicazione) e il più recente introduce la possibilità di escludere la conversione automatica attraverso lo strumento della contrattazione collettiva giungendo ad escludere d'imperio la conversione per i

rapporti oggetto di giudizio in corso al momento dell'entrata in vigore del decreto-legge, con disposizione recentemente dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale (per difetto di ragionevolezza e ingiustificata discriminazione sentenza n. 214 depositata in Cancelleria il 14 luglio 2009)

Per quanto riguarda il rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione, la durata determinata trova la sua disciplina nel Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n.165.

Prima di analizzare tale normativa nella versione vigente è necessario considerare, sia pure in modo sintetico, qual è stata l'evoluzione storica della normativa relativa rapporto di lavoro tempo determinato nella pubblica amministrazione. Anteriormente alla vigenza della norma citata il ricorso al contratto a termine nel rapporto di lavoro pubblico era stato caratterizzato da una originaria limitazione al solo lavoro trimestrale (l'art. 36, comma 4 del d.lgs. n.29/1993 faceva divieto alle pubbliche amministrazioni di assumere a tempo determinato prestatori di lavoro per periodi superiori ai tre mesi), da una successiva liberalizzazione (ad opera del d.lgs. n. 80/1998 nel quale si stabiliva che:" Le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale di cui ai commi precedenti, si avvalgono delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa") e ancora da interventi modificativi (decreto legislativo n. 368/2001 che consente di risolvere positivamente, nonostante la mancanza di una disciplina espressa, il problema dell'applicabilità al rapporto pubblico delle norme dettate per il contratto a tempo determinato nell'ambito privato). La tendenza alla liberalizzazione subisce una drastica inversione con la l. 9 marzo 2006, n. 80, di conversione del d.l. n. 4/2006, il cui art. 4, modifica gli artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 165/2001. Viene inserito infatti, nell'art. 36, un comma 1-bis che impone alle amministrazioni di stipulare contratti flessibili solo in presenza di "esigenze temporanee ed eccezionali"; e stabilisce che tali forme di assunzioni debbano essere precedute da procedure di assegnazione anche temporanea di personale e da una

valutazione sull'opportunità di dar corso a contratti di somministrazione, ad esternalizzazioni o ad appalti di servizi; la legge inoltre precisa che tali disposizioni costituiscono norme di principio per gli enti locali. Un'ulteriore tappa significativa della tormentata vicenda è costituita dalla legge 244/2007 che consente il ricorso al tempo determinato anche in presenza di attività non meramente temporanee o non eccezionali né straordinarie ed imprevedibili purché sussistano ragioni oggettive verificabili e riscrive gli artt. 36 e 7, d.lgs. n. 165/2001,. Tale riforma dura però, solo pochi mesi.

L'art. 3, comma 79, l. 244/2007 (legge finanziaria) stabilisce, perentoriamente che "le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile...se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi" (comma 1) e "in nessun caso è ammesso il rinnovo del contratto o l'utilizzo del medesimo lavoratore con altra tipologia contrattuale" (comma 2). Le pubbliche amministrazioni, per fare fronte ad esigenze transitorie ed eccezionali, devono ricorrere all'"assegnazione temporanea di personale di altre amministrazioni per un periodo non superiore a sei mesi, non rinnovabile". Sintomatica del nuovo indirizzo legislativo e al tempo stesso eccessiva la sanzione prevista per il caso di inosservanza del divieto di assunzione a tempo determinato : "Le amministrazioni pubbliche che operano in violazione delle disposizioni di cui al presente articolo non possono effettuare assunzioni ad alcun titolo per il triennio successivo alla suddetta violazione".

L'art. 36, viene ancora modificato con il nuovo testo, dettato dall'art. 49 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, che controriforma la disciplina in molti punti salienti. In primo luogo, si stabilisce, dopo aver ribadito che l'assunzione a tempo indeterminato rimane la regola per il fabbisogno ordinario di forza lavoro, che "per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile

e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti". In particolare, la disciplina, sul punto, appare più liberale rispetto alla normativa del 2006, sopra descritta, non subordinando il ricorso alla flessibilità al vincolo procedurale del previo utilizzo della mobilità interna, ma comunque si presenta più rigida rispetto alla totale liberalizzazione del 1998. Particolare importanza riveste la riattribuzione di una efficacia integrativa alla contrattazione collettiva che di tale funzione era stata completamente spogliata, con opinabile scelta, nel 2007.

Per far fronte al fenomeno del "precariato" (prodotto dal ricorso indiscriminato ai contratti a termine utilizzati quali surrogato del rapporto a tempo indeterminato mediante una sequenza di rinnovi in palese violazione dei divieti di legge) nelle finanziarie 2006, 2007 e 2008, sono stati introdotti alcuni meccanismi di "stabilizzazione" che hanno prodotto un notevole contenzioso in esito al quale è risultato generalmente negato un diritto del dipendente alla stabilizzazione, sulla base di una interpretazione letterale della norma (legge n. 244/2007) che attribuisce all'amministrazione un potere discrezionale di procedere all'assunzione. Viene infatti constatato sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza che nonostante le numerose modifiche subite dall'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, la ratio posta a base della norma non è nel tempo mutata; si tratta dell'esigenza sentita dal legislatore italiano, di disciplinare in maniera diversa e speciale, i contratti flessibili nel pubblico impiego. Le ragioni della diversità hanno subito il vaglio sia della giurisprudenza costituzionale che di quella comunitaria, superando l'esame sia nell'uno che nell'altro ambito, nonostante logiche e motivazioni diverse, in rapporto ai principi espressi dall'ordinamento interno e comunitario.

La Corte Costituzionale, in particolare, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 2, t.u. 165/2001, prospettatale in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost. (ed in relazione ad una fattispecie a cui era

applicabile, ratione temporis, la l. 230/1962), argomentò dal "solo profilo genetico del rapporto", osservando che il principio dell'accesso mediante concorso, enunciato dall'art. 97, comma 1, Cost. per l'impiego pubblico, è del tutto estraneo alla disciplina del lavoro privato e che tale principio "rende palese la non omogeneità – sotto l'aspetto considerato – delle situazioni poste a confronto dal remittente e giustifica la scelta del legislatore di ricollegare alla violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori da parte delle amministrazioni pubbliche conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio, in luogo della conversione (in rapporto) a tempo indeterminato prevista per i lavoratori privati": la rilevata non omogeneità "delle situazioni poste a confronto", in definitiva, esclude che possa ritenersi violato, dalla norma in questione, il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. La stessa sentenza n. 89/2003 della Corte Cost., peraltro, rileva che "seppure lo stesso art. 97, comma 3, Cost., contempla la possibilità di derogare per legge, a miglior tutela dell'interesse pubblico, al principio del concorso, è tuttavia rimessa alla discrezionalità del legislatore, nei limiti della non manifesta irragionevolezza, l'individuazione di siffatti casi eccezionali, senza che alcun vincolo possa ravvisarsi in una pretesa esigenza di uniformità di trattamento rispetto alla disciplina dell'impiego privato".

Da tale giurisprudenza non può però dedursi la possibilità della conversione del rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato nell'ipotesi in cui il lavoratore abbia comunque superato un processo selettivo (concorso). In realtà, il richiamo alla regola costituzionale di cui all'art. 97, comma 3 Cost. non appare risolutivo, poiché come viene osservato da una parte della dottrina, alla stregua della disciplina dettata dal t.u. 165/2001 (art. 36, comma 1), anche le assunzioni a tempo determinato devono essere effettuate osservando le regole generali sul reclutamento del personale: se, quindi, lo strumento concorsuale è necessario per assicurare la selezione dei "migliori", tale obiettivo è, comunque, assicurato anche nell'individuazione del personale che viene assunto a termine. In quest'ottica, si

ritiene, invece, che la disciplina speciale di cui all'art. 36, t.u. 165/2001 vada fondata sulla differenza "strutturale" tra il datore di lavoro privato e la p.a.- datrice di lavoro. Infatti presso il datore di lavoro pubblico si rinviene quella che è stata descritta in dottrina come "dissociazione legale" della figura, unitaria nel privato, del datore di lavoro: nella pubblica amministrazione, infatti, il dirigente, rappresentante ex lege del datore di lavoro, vede delimitati i suoi poteri di rappresentanza dalle scelte adottate in sede di indirizzo politico amministrativo circa il dimensionamento e la tipizzazione della dotazione organica della pubblica amministrazione in cui opera e la sua attività non può in alcun modo incidere, modificandole, su tali scelte, che devono ritenersi conosciute e opponibili nei confronti di tutti, compresi gli stessi lavoratori coinvolti in contratti a tempo determinato eventualmente stipulati dai dirigenti esorbitando i limiti dei loro poteri .

Quanto al diritto comunitario la Corte di Giustizia si è occupata della questione con la sentenza c.d. Adeneler (4 luglio 2006, Grande Sezione, Adeneler, causa C - 212/04), con la quale, sembrava, avesse aperto la via ad una equiparazione tra lavoro pubblico e privato poiché aveva affermato il principio che "qualora l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato non preveda nel settore considerato altra misura effettiva per evitare e, se del caso, sanzionare l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinati successivi, il detto accordo quadro osta all'applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato, che, di fatto, hanno avuto il fine di soddisfare 'fabbisogni permanenti e durevoli' del datore di lavoro e devono essere considerati abusivi". Tuttavia tale prospettiva risulta abbandonata nella successiva sentenza Vassallo, 7 settembre 2006, Vassallo, causa C – 180/2004 38. In essa, con specifico riferimento alla normativa italiana (e cioè proprio all'art. 36, d.lgs. 165/2001) la Corte afferma che la sanzione risarcitoria, dalla suddetta normativa prevista per l'illegittima

stipulazione di contratto a termine nel settore del lavoro pubblico, non possa ritenersi, a priori, uno strumento inadeguato, al fine di perseguire gli scopi della direttiva, tesa, come è noto, a sanzionare l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato stipulati in successione. Secondo la Corte quindi l'articolo 36 non può considerarsi di per sé è in contrasto con la direttiva. Il contrasto tuttavia si configurerebbe nel caso in cui la sanzione prevista dall'ordinamento interno, nell'ipotesi di abuso del contratto a tempo determinato, debba ritenersi inadeguata.

La direttiva 1999/70/CE, tra l' altro, che dà attuazione ed allega in modo integrale l'accordo quadro europeo sui contratti a tempo determinato (sottoscritto dall' Unione delle Confederazioni delle Industrie della Comunità Europea e dalle Confederazione dei Sindacati Europei) nel terzo "considerando" del preambolo che richiama la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori stabilisce che la realizzazione del mercato interno deve portare ad un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori della Comunità, e che tale processo dovrà avvenire mediante il riavvicinamento di tali condizioni che costituisca un progresso delle condizioni di lavoro, soprattutto per quanto riguarda le forme flessibili; nel quattordicesimo "considerando" richiama la necessità di stabilire principi generali e requisiti minimi per i contratti di lavoro a tempo determinato, con la finalità di migliorare la qualità del lavoro garantendo l'applicazione del principio di non discriminazione e di creare un quadro per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato; nella seconda affermazione del "Preambolo" afferma che le parti firmatarie dell'accordo riconoscono che i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro e che i contratti a tempo determinato rispondono, in alcune circostanze, sia alle esigenze dei datori di lavoro sia a quelle dei lavoratori.

Tutto ciò premesso, la situazione lamentata dagli attuali ricorrenti , nella misura in cui al lavoratore a tempo determinato non sono riconosciuti gli scatti di anzianità come al

lavoratore a tempo indeterminato è in palese violazione della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, attuato dalla direttiva 1999/70 CE.

La fattispecie è stata tra l' altro sottoposta all' esame della GCE e risolta in senso favorevole alla lavoratrice con contratto a tempo determinato con pronuncia che, nel presente giudizio, conforta nell' accoglimento delle ragioni e delle pretese prospettate dai ricorrenti .

Ci si riferisce alla pronuncia della Corte di Giustizia del 13.9.2007 sulla legislazione spagnola dei Paesi Baschi giusta questione sollevata da un giudice della comunità autonoma spagnola dei Paesi Baschi riguarda l'interpretazione della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, attuato dalla direttiva 1999/70 CE.

Il caso riguardava una lavoratrice che aveva prestato la sua attività per più di 12 anni come assistente amministrativa in vari ospedali del sistema sanitario pubblico, facendo parte, durante tale periodo, del personale di ruolo a tempo determinato. Successivamente venuta in possesso della qualità di dipendete statutaria a tempo indeterminato, aveva chiesto che le fossero riconosciuti scatti salariali relativi ai periodi anteriori in cui aveva prestato servizio in qualità di dipendente statutario a tempo determinato. Tali scatti salariali venivano accordati dopo tre anni di servizio effettivo ma, ai sensi del decreto 231-2000 sulle condizioni lavorative del personale del Servicio Vasco de Salud e della l. 16.12.2003 n° 55 sullo Statuto quadro del personale statutario dei servizi sanitari il cui menzionato decreto da attuazione nella Comunità Autonoma Spagnola dei Paesi Baschi, gli scatti erano riservati al personale che possedeva lo status di dipendente a tempo indeterminato. La lavoratrice non avendo ricevuto risposta ha adito il giudice del lavoro .

Il Servizio Sanitario Nazionale ha rilevato che la ricorrente non aveva diritto agli scatti salariali poiché alla data della domanda non aveva lo status di dipendente a tempo indeterminato.

L'Avvocato generale concludeva nel senso che il principio di non discriminazione «per quanto riguarda le condizioni di impiego» dei lavoratori a tempo determinato rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato « esclude dal suo ambito di applicazione le condizioni economiche e qualsiasi tipo di retribuzione » (punti 22, 25 e 27).

La Corte di Giustizia in applicazione del principio di non discriminazione, dichiarava – con sentenza del 13 settembre 2007- che " la nozione di "condizioni di impiego" di cui alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18.3.1999, contenuto in allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999-70-CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che essa può servire da base ad una pretesa come quella in esame nella causa principale, 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 interessato".

Il principio di non discriminazione contenuto nella clausola 4 della direttiva comunitaria viene quindi ritenuto dalla Corte di Giustizia un caposaldo indiscutibile ed autosufficiente in quanto trasfonde nell'ordinamento europeo il contenuto del principio di uguaglianza.

Orientamento, fra l' altro, ripreso dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia nella sentenza del 15.4.2008 sulla legislazione Irlandese (Caso Impact). La domanda di pronuncia pregiudiziale verteva sull'interpretazione delle clausole 4 e 5 dell'accordo quadro nonché sull'estensione dell'autonomia procedurale degli stati membri e sulla portata dell'obbligo di interpretazione conforme gravante sui giudici di questi ultimi. La

Corte di Giustizia aveva modo di ribadire che il contenuto della clausola 4 appariva incondizionato e sufficientemente preciso per poter essere invocato da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale; negava che il contenuto della clausola 5 fosse sufficientemente preciso per attuare la protezione minima prevista dall'accordo quadro; affermava che in virtù degli artt. 10 e 249 trattato CE e della direttiva del 99 un'autorità di uno stato membro (con ciò riferendosi ad un datore di lavoro) datore di lavoro non era autorizzato, comunque, ad adottare misure contrarie all'obiettivo perseguito dalla direttiva per la prevenzione dell'abuso di contratto e cioè il rinnovo per un periodo inabitualmente lungo nel corso del periodo compreso fra il termine fissato per il recepimento e quello della entrata in vigore della legge nazionale ; ribadiva, richiamando l'art. 136 trattato CE che nella determinazione sia degli elementi costitutivi della retribuzione sia del livello di tali elementi debba applicarsi ai lavoratori a tempo determinato il principio di non discriminazione consacrato dalla clausola 4 dell'accordo quadro: ciò attraverso una interpretazione adeguatrice che ha aggirato l'espressa esclusione prevista dall'art. 137 Trattato, riaffermando la valenza superiore del principio di non discriminazione e la conseguente impossibilità di escludere, dalle pattuizioni contrattuali, un adeguato livello retributivo. Ha ribadito, quindi, quanto recentemente affermato dalla sentenza 13.9.2007 sulla legislazione spagnola sopra richiamata.

L'importanza della sentenza consiste nella riaffermazione della esigenza inderogabile di attuare concretamente i principi contenuti nel trattato CE e nell'incoraggiare il giudice nazionale a non assumere un atteggiamento recessivo: il richiamo all'applicazione diretta dell'art. 136 del Trattato CE fa capire che la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro che consente la parificazione dei lavoratori nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo, la

lotta all'emarginazione non sono concetti astratti , destinati a rimanere sulla carta, ma aspirazioni da realizzare anche attraverso l'opera attenta della giurisdizione.

Le considerazioni che precedono confortano il decidente nel ritenere inapplicabile, al caso di specie, la normativa nazionale in materia, perché i principi di cui alla direttiva comunitaria 1999/70/CE ne impongono al giudice la disapplicazione (in modo da conformare l'ordinamento interno a quello comunitario).

Deve affermarsi, quindi, il principio secondo cui non devono esserci differenze retributive tra soggetti che esplicano la stessa funzione, alle stesse condizioni e alle dipendenze dello stesso datore di lavoro. E pertanto se il personale a tempo indeterminato ha diritto alla progressione economica, che oggi si sviluppa per gradoni successivi in corrispondenza di determinate anzianità di servizio reso senza demerito, lo stesso diritto deve essere riconosciuto al personale non di ruolo che presta identica attività lavorativa.

Si osserva inoltre che il principio di non discriminazione appare essere presente anche nel CCNL del Comparto scuola che, descrivendo agli artt. 77 e 79 la struttura della retribuzione, stabilisce che il trattamento economico differenziato per posizioni stipendiali al compimento di determinate anzianità spetta «al personale scolastico», ossia a tutto il personale scolastico senza distinzione fra quello assunto a tempo indeterminato e determinato.

Le norme di legge citate del Ministero relative alle particolari esigenze della scuola (T.U. SCUOLA e successive modifiche) , vale la pena ribadirlo non possono considerarsi deroghe efficaci alle regole generali relative al rapporto a tempo determinato di cui al decreto legislativo 368/2001 come richiamato dal decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165, nell'interpretazione coerente con il diritto comunitario.

Il ricorso sistematico al contratto a tempo determinato, privo di progressione stipendiale, con una sequenza reiterata operata dal Ministero resistente deve pertanto ritenersi illegittimo.

La domanda dei lavoratori diretta ad ottenere la differenza tra quanto effettivamente percepito e quanto gli stessi avrebbero percepito qualora fossero stati da subito inquadrati quali lavoratori a tempo indeterminato, ossia con il calcolo dell'incremento retributivo determinato dall'anzianità di servizio, a partire dal 3.6.2003 e cioè nei cinque anni precedenti la data in cui l'Amministrazione ha ricevuto la convocazione presso la DPL per il tentativo di conciliazione va pertanto accolta, sia in applicazione del principio sancito dalla Corte di Giustizia nella sentenza 13.9.07 che a titolo di risarcimento del danno per la disparità di trattamento subita rispetto ai colleghi assunti a tempo indeterminato.

Le spese di lite , liquidate come da dispositivo , devono essere rifuse dai convenuti

P.Q.M.

definitivamente pronunciando , ogni altra istanza, eccezione e deduzione disattesa , così provvede:

1 accerta e dichiara il diritto di ciascun ricorrente ad ottenere le differenze retributive maturate sulla base del calcolo degli scatti di anzianità, effettuato considerando per intero tutti i periodi di servizio svolti in costanza dei rapporti di lavoro a tempo determinato, nell'ambito della prescrizione ;

2. accerta e dichiara , per l'effetto, il diritto di ciascun ricorrente al ricalcolo della retribuzione;

3. condanna le parti convenute a rifondere le spese di lite, liquidate in € 2,400,00 oltre i.v.a. e c.p.a. con distrazione a favore dei difensori.

Verona , il 26.11.2010

Il Giudice

dott. Simone Ugolini