

Civile Sent. Sez. L Num. 29455 Anno 2020

Presidente: TRIA LUCIA

Relatore: BELLE' ROBERTO

Data pubblicazione: 23/12/2020

SENTENZA

sul ricorso 16212-2019 proposto da:

MINISTERO DELL' ISTRUZIONE, DELL UNIVERSITA' E DELLA
RICERCA, in persona del Ministro pro tempore,
rappresentato e difeso ope legis dall'AVVOCATURA
GENERALE DELLO STATO presso i cui Uffici domicilia in
ROMA, ALLA VIA DEI PORTOGHESI 12;

- ricorrente -

2020

contro

2860

ESPOSITO IMMACOLATA, elettivamente domiciliata in
ROMA, VIALE DELLE MILIZIE 9, presso lo studio
dell'avvocato ENRICO LUBERTO, rappresentata e difesa

dall'avvocato ALESSIO ARIOTTO;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 421/2019 del TRIBUNALE di TORINO, depositata il 12/03/2019 R.G.N. 5563/2018;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 10/12/2020 dal Consigliere Dott. ROBERTO BELLE';

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. ALBERTO CELESTE, che ha concluso per il rigetto del ricorso;

udito l'Avvocato PAOLA DE NUNTIS.

FATTI DI CAUSA

1.

Immacolata Esposito, già docente a tempo determinato e poi transitata in ruolo, ha agito davanti al Tribunale di Torino per far accertare il diritto al corretto inquadramento di anzianità, secondo la cadenza temporale delle corrispondenti fasce retributive (0-2; 3-8; 9-14 etc.) preesistenti, rispetto alle modifiche apportate con il C.C.N.L. del 4.8.2011, con il quale è stata eliminata la prima fascia, modificandosi così la cadenza dell'anzianità (divenuta 0-8; 9-14 etc.).

Il Tribunale di Torino, ritenuta la sussistenza dei relativi presupposti, ha impostato procedimento ex art. 64 d.p.r. 165/2001 coinvolgendo le parti sindacali ed ha quindi provveduto con sentenza non definitiva, dichiarando la nullità dell'art. 2, co. 2 e 3 del CCNL comparto scuola 4 agosto 2011 nella parte in cui prevedono il mantenimento delle fasce di anzianità preesistenti per il solo personale a tempo indeterminato e non per il personale a tempo determinato che abbia maturato la medesima anzianità di servizio.

Il Tribunale ha ritenuto che tale conclusione fosse resa necessaria dall'osservanza della norma imperativa di cui all'art. 6 d. lgs. 368/2001, di derivazione eurounitaria, nonché dall'assenza di ragioni obiettive idonee a giustificare la disparità di trattamento.

2.

Il Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca (d'ora in poi: MIUR) ha proposto ricorso immediato ai sensi dell'art. 64 d. lgs. 165/2001 con due motivi, resistiti dalla controparte con controricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1.

Con il primo motivo il MIUR adduce la violazione e/o falsa applicazione (art. 360 n. 3 c.p.c.) dell'art. 2, co. 2 e 3 C.C.N.L. comparto scuola del 4 agosto 2011, nonché degli artt. 1362, 1363 e 1364 c.c.

Il secondo motivo denuncia invece, sempre ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c., la violazione della clausola 4 dell'Accordo Quadro allegato alla Direttiva 1999/70/CE, nonché degli artt. 485, 489 e 569 d. lgs. 297/1994 e dell'art. 2697 c.c.

Il Ministero sostiene in sostanza, da diversi punti di vista, che la ragione obiettiva atta a giustificare il diverso trattamento è da individuare nel piano straordinario di

assunzioni di docenti a tempo indeterminato, finanziariamente non sostenibile, se non riducendo l'incidenza dell'anzianità per i neoassunti.

Il MIUR rimarca altresì come, in un'ottica di bilanciamento, diverso era da ritenere l'affidamento maturato dai docenti già di ruolo, con riguardo al mantenimento delle fasce preesistenti, rispetto al sacrificio richiesto ai docenti precari – consistente nella riduzione delle fasce stipendiali nei loro confronti – tanto più che tale sacrificio poteva considerarsi compensato dal suddetto piano straordinario di assunzioni.

2.

Preliminarmente, va detto che la sentenza sulla (sola) questione pregiudiziale inerente alla contrattazione collettiva va certamente impugnata in via autonoma rispetto alla pronuncia sul merito.

Al di là del fatto che si tratti di sentenza inerente soltanto ad una "questione", certamente non opera l'art. 360, co. 3, c.p.c. (secondo cui non sono immediatamente impugnabili per cassazione le sentenze che decidono «*di questioni insorte senza definire, neppure parzialmente, il giudizio*»), essendo espressamente previsto dall'art. 64, co. 3, d. lgs. 165/2001 che la sentenza sull'accertamento pregiudiziale debba essere impugnata per cassazione con ricorso «*immediato*» ed entro «*sessanta giorni dalla comunicazione*» e che sia emessa sentenza sulla «*sola*» questione pregiudiziale, con disciplina palesemente speciale che non consente di ragionare in termini diversi da quelli di una, come detto doverosa, impugnazione immediata.

Al punto che, per il caso contiguo di cui all'art. 420-*bis* c.p.c., si è ritenuto che la decisione del profilo pregiudiziale in una con il merito sia addirittura ostativo al ricorso per cassazione *per saltum* quale regolato in quella sede dall'art. 64, co. 3 cit. (Cass 24 settembre 2010, n. 20238).

3.

Ciò posto, deve procedersi preliminarmente alla verifica in ordine alla pertinenza di quanto oggetto del giudizio rispetto alle fattispecie per le quali è consentito il ricorso allo speciale procedimento di accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi nel pubblico impiego, ai sensi dell'art. 64 d.p.r. 165/2001.

Per quanto in effetti il procedimento si apra sulla base di un'ordinanza che la norma definisce come "non impugnabile", ciò non esclude infatti che il menzionato controllo vada comunque svolto, in sede di legittimità ed anche d'ufficio.

L'ordinanza è in effetti non impugnabile, ma solo all'interno del subprocedimento instaurato dal Tribunale.

Viceversa, una volta che si giunga alla definizione con sentenza del profilo incerto (Cass. 20 gennaio 2006, n. 1076), quest'ultima, anche rispetto ai presupposti che

consentono l'applicazione del procedimento speciale, è non solo impugnabile, ma anche controllabile in sede di legittimità, qualora in concreto una delle parti proponga ricorso per cassazione anche per altri motivi (per un caso sotto questo profilo analogo, v. Cass. 28 aprile 2014, n. 9343).

Ciò è indubbiamente giustificato dalla efficacia rafforzata che deriva dalla decisione, allorquando essa promani dalla Suprema Corte, secondo quanto delineato dall'art. 64, co. 7, nel senso che, in altri giudizi tra altre parti, un nuovo subprocedimento accertativo secondo le modalità in esame può avere luogo non più in presenza soltanto di una seria e reale questione interpretativa (presupposti che, secondo Corte Cost. 7 giugno 2002, n. 233 e Corte Cost. 5 giugno 2003, n. 1999 stanno alla base del procedimento; in senso analogo, v. Cass. 15 maggio 2008, n. 12328), ma soltanto qualora il giudice ritenga di non adeguarsi a quanto statuito in sede di legittimità, al punto che la pronuncia finale è stata intesa come tale da consentire di pervenire ad una sorta di *«rimozione erga omnes della situazione di incertezza»* (Corte Cost. 199/2003 cit.), o, secondo quanto più puntualmente precisato da questa Corte (Cass. 25 giugno 2014, n. 14356) rispetto al contiguo ambito dell'art. 420-bis c.p.c., come *«strumento processuale volto a provocare una pronuncia tendenzialmente capace di "vincolare" - in realtà, di orientare - tutti i giudici investiti, anche in futuro, della medesima questione»*, mancando, in effetti, *«per i giudici diversi da quello che ha pronunciato la sentenza un vero e proprio vincolo interpretativo, che del resto non sarebbe compatibile con il precetto dell'art. 101 Cost., comma 2, che vuole i giudici essere soggetti soltanto alla legge»*).

Procedendo quindi a tale doveroso controllo sui presupposti del procedimento, si rileva come essi consistano, per un verso, nel fatto che *«sia necessario»* (art. 64 cit., co. 1) risolvere la questione riguardante il contratto collettivo al fine di dirimere la controversia (requisito di rilevanza, di cui si dirà anche in prosieguo) e, per altro verso, che si tratti di questione relativa alla efficacia, validità o interpretazione di esso (presupposti della particolare fattispecie processuale).

Per i fini appena enunciati è peraltro necessario ricostruire dapprima la portata della sentenza impugnata e, quindi, la fattispecie interessata ed il suo regime giuridico.

4.

Il Tribunale di Torino, pur argomentando anche sull'irrilevanza delle finalità di contenimento della spesa pubblica, ha indubitabilmente ritenuto che, nel caso di specie, quella coinvolta fosse una questione di nullità di mero diritto interno della clausola contrattuale collettiva, per contrasto con la norma imperativa individuata nel principio di non discriminazione dei lavoratori a tempo determinato di cui all'art. 6 d. lgs. 165/2001 (ora confluito nell'art. 25 d. lgs. 81/2015).

Questione di nullità che, in effetti, manterrebbe il procedimento nell'ambito dei presupposti di cui all'art. 64 cit.

L'impostazione non può tuttavia essere condivisa, sia per ragioni generali, sia per ragioni più specifiche e proprie del sistema scolastico.

4.1

La vicenda da cui nasce il contendere risale, dal punto di vista normativo, all'art. 9, co. 17, d.l. 70/2011 (...), norma secondo la quale «*per garantire continuità nella erogazione del servizio scolastico e educativo*» e per «*conferire il maggiore possibile grado di certezza nella pianificazione degli organici della scuola*», si sarebbe dovuto procedere ad un «*piano triennale per l'assunzione a tempo indeterminato, di personale docente, educativo ed ATA, per gli anni 2011-2013*», il tutto peraltro «*in esito ad una specifica sessione negoziale concernente interventi in materia contrattuale per il personale della Scuola*» (scaturita poi nel contratto collettivo in questione), cui era espressamente demandato il compito di assicurare il rispetto di un criterio di invarianza finanziaria.

Lo stesso c.c.n.l., nel proprio preambolo, precisa che proprio «*per garantire la sostenibilità economica e finanziaria del piano e la conseguente immissione in ruolo del personale è necessario procedere ad una rimodulazione delle posizioni stipendiali contrattualmente previste*».

Di qui il riconoscimento ai neoassunti di un regime di incrementi retributivi per anzianità meno favorevole, in quanto le due fasce preesistenti (0-2 e 3-8) venivano ridotte ad una soltanto (0-8) e l'equiparazione stipendiale con il personale già in ruolo avveniva solo con l'ingresso nella fascia ancora superiore (9-14).

Indirettamente, in conseguenza dell'espressa previsione per cui solo in favore di chi già fosse in ruolo vi sarebbe stato il mantenimento *ad personam* del regime pregresso delle fasce di anzianità, si è finito per escludere il rilievo dell'anzianità pregressa per il personale precario, realizzando quindi, in contrasto con i sopravvenuti pronunciamenti di questa Corte (Cass. 23 novembre 2016, n. 23868 e successive sempre conformi), la disparità di trattamento su cui fa leva la lavoratrice in questa causa.

La vicenda giuridica non può peraltro essere apprezzata astraendola dal contesto storico di crisi economica di quel periodo, immediatamente antecedente ad una notoria drammatica dialettica con le organizzazioni dell'Unione ed alla formazione di un governo di emergenza.

Il rinvio alla contrattazione collettiva quale mezzo cui veniva demandato, non come limite, ma espressamente come compito, l'assicurazione degli equilibri finanziari dell'operazione impostata dal legislatore, è segno dell'eccezionalità dell'intervento e dei margini assicurati all'ambito sindacale (sul tema v. anche Corte Costituzionale 23

luglio 2015, n. 178), la cui legittimità, sotto il profilo dei trattamenti che da esso sarebbero derivati, non può essere misurata *ex post* sulla base della norma interna, generalmente destinata alla parità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato ed a tempo indeterminato (l'art. 6 d.lgs. 368/2001, su cui argomenta il Tribunale o, in ipotesi, l'art. 45 del d. lgs. 165/2001), quanto piuttosto sulla base della conformità di tale trattamento, quale nel complesso derivante dall'art. 9, co. 17 cit. e dal susseguente contratto collettivo, rispetto ai principi più ampi, di matrice eurounitaria, che delineano il contesto ultimo ed invalicabile della specifica disciplina antidiscriminatoria in esame, di cui si dirà meglio in prosieguo, qui in particolare sotto il profilo del legittimo (o meno) perseguimento di ragioni di politica sociale.

Neppure può sottacersi che la direttiva sul lavoro a tempo determinato è in sé estranea alle dinamiche retributive o alle modulazioni degli stipendi, che sono regolate esclusivamente dal diritto interno e, in esso, dalla contrattazione collettiva (art. 2, co. 3, d. lgs. 165/2001 e v. ancora Corte Cost. 178/2015, cit.), preoccupandosi le predette norme eurounitarie soltanto di assicurare che non vi sia disparità di trattamento economico tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato, in assenza di ragioni giustificative. Così come in ambito europeo può rilevare il rispetto dei limiti di spesa pubblica, ma non necessariamente i modi attraverso cui tale risultato sia ottenuto.

4.2

D'altra parte, per quanto più in specifico attiene al sistema scolastico, per la parificazione, quanto ad anzianità, tra docenti a tempo determinato e a tempo indeterminato, è necessario agire non solo sulla norma collettiva del 2011 in esame, ma anche sulle norme collettive che, fin da prima, prevedevano che, per i supplenti, il trattamento economico dovesse ad ogni assunzione essere commisurato a quello iniziale stabilito per il personale a tempo indeterminato di pari qualifica (art. 47 del CCNL 4.8.1995 per il quadriennio normativo 1994/1997 ed il biennio economico 1994/1995).

La parificazione è in sostanza effetto di un procedimento in duplice grado che transita per la previa disapplicazione delle norme contrattuali appena citate e, in un momento logicamente successivo, per la disamina delle ricadute di tale prima parificazione sulle diversificazioni conseguenti alla disciplina collettiva del 2011.

Tuttavia, la giurisprudenza di questa Corte, fin dall'arresto iniziale e mai abbandonato di Cass. 23 novembre 2016, n. 23868 ha ritenuto, in implicita osservanza del principio di fondo per cui i trattamenti economici sono fissati dalla contrattazione collettiva (art. 2, co. 3, d. lgs. 165/2001), che non venisse in rilievo una questione di legittimità di diritto interno da parametrare sulle regole di cui al

d.lgs. 368/2001, quanto piuttosto una questione di diretto rapporto tra quelle regolazioni collettive e la disciplina eurounitaria (Cass. 23868/2016 cit., punto 2.4). Tale dinamica non può non essere confermata nell'operazione di raffronto rispetto all'ulteriore disparità che deriva dalla contrattazione collettiva del 2011, sicché non si può discorrere di una nullità di puro diritto interno.

4.3

Il tema, così impostato, colloca quindi la questione dibattuta nel rapporto esistente tra diritto eurounitario e disciplina collettiva.

5.

L'assetto sostanziale della disciplina eurounitaria sul divieto di discriminazione tra lavoratori a tempo determinato ed a tempo indeterminato è nel senso che a giustificare una differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo *indeterminato* «non basta il fatto che tale differenza sia prevista «da una norma nazionale generale e astratta, quale una legge o un contratto collettivo» (Corte di Giustizia 5 giugno 2018, *Montero Mateos*, punto 56 e la giurisprudenza ivi citata; Corte di Giustizia 20 settembre 2018, *Motter*, punto 36).

Viceversa, per essere legittima, la diversità di trattamento deve essere «giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti che contraddistinguono la condizione 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. Tali elementi possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi contratti a tempo determinato, dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro» (così Corte di Giustizia 5 giugno 2018, *Montero Mateos*, punto 56, con richiamo a Corte di Giustizia 13 settembre 2007, *Del Cerro Alonso*, punto 53, Corte di Giustizia 14 settembre 2016, de *Diego Porras*, punto 45 e Corte di Giustizia 22 marzo 2018, *Centeno Meléndez*, punto 65)».

La regola di diritto eurounitaria è dunque riassumibile nel senso che la disparità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato ed a tempo indeterminato non è consentita, a meno che la specificità delle funzioni la giustifichi (sicché viene a mancare nel dettaglio l'elemento della c.d. "comparabilità), oppure se a fondamento vi sia una "legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro".

6.

La questione consequenziale, rilevante ai fini del decidere, è quella degli effetti di tale regola di diritto rispetto alla contrattazione collettiva interna che si assuma essere in contrasto rispetto ad essa.

Dalla norma eurounitaria deriva che il diritto del lavoratore a tempo determinato ad ottenere un trattamento a lui sconosciuto ed applicato a favore di un lavoratore a tempo indeterminato nel diritto interno, individua come fatto costitutivo l'identità dell'attività lavorativa in generale (comparabilità, in senso positivo) e per fatti impeditivi o modificativi, per un verso, l'eventuale difformità di alcuni aspetti decisivi della prestazione (comparabilità, in senso negativo) oppure, per altro verso, l'esistenza di legittime ragioni di politica sociale.

Si tratta di una fattispecie complessa, la cui articolazione ha radice nel fatto che quello in esame non è un fattore di discriminazione attinente a situazioni fondamentali della persona umana (età, genere, sesso, disabilità, opinioni personali etc.) ma ad un profilo *lato sensu* economico, fondato su una condivisa esigenza di parità di trattamento in ambito lavorativo, la quale però impone la ricorrenza di rigorosi parametri di raffronto (comparabilità) e consente deroghe per esigenze di interesse generale (legittime finalità di politica sociale).

La norma del contratto collettivo che qui viene in evidenza non contempla in alcun modo tali specifici elementi di fattispecie.

Non può quindi ritenersi che tutto si possa ridurre, nel rapporto tra la fattispecie eurounitaria e la fattispecie della contrattazione collettiva, ad un problema di nullità, né tanto meno la *regula iuris* ultima può essere definita incorporando, come accade ove si possa operare con la mera inserzione automatica di clausole (art. 1339 c.c.) la fattispecie eurounitaria all'interno della fattispecie regolata dal contratto collettivo.

Si tratta invece di fattispecie che corrono tra loro parallele ed il cui contrasto resta regolato, come del resto questa S.C. ha sempre ritenuto in questa materia (v. Cass. 23868/2016, cit.; Cass. 7 febbraio 2020, n. 2924; Cass. 28 novembre 2019, n. 31149) attraverso il regime della c.d. disapplicazione della norma interna nella parte di essa che risulti in contrasto con quella eurounitaria e con applicazione diretta di quest'ultima, in quanto giuridicamente prevalente.

Disapplicazione che, secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale, è un «*modo di risoluzione delle antinomie normative che, oltre a presupporre la contemporanea vigenza delle norme reciprocamente contrastanti, non produce alcun effetto sull'esistenza delle stesse e, pertanto, non può esser causa di qualsivoglia forma di estinzione o di modificazione delle disposizioni che ne siano oggetto*», ferma restando «*l'esigenza che gli Stati membri apportino le necessarie modificazioni o abrogazioni del proprio diritto interno al fine di depurarlo da eventuali incompatibilità o disarmonie con le prevalenti norme comunitarie*» (Corte Costituzionale 11 luglio 1989, n. 389).

Così definito il rapporto tra le norme di cui si assume il contrasto, ne derivano evidenti conseguenze rispetto alla questione oggetto del presente contenzioso.

Se infatti la fattispecie che fonda il diritto rivendicato è quella derivante dal diritto europeo e non quella derivante dal diritto interno, ciò significa che ne resta coinvolto, quanto a qualificazione giuridica, esclusivamente il diritto eurounitario e solo collateralmente, ovvero sia con riferimento al trattamento rispetto al quale va effettuata l'equiparazione, il diritto interno, sicché non può dirsi ricorrere una questione pregiudiziale sul contratto collettivo.

Del resto, se si dovesse ritenere insussistente una discriminazione, neppure si potrebbe parlare di un serio e reale dubbio interpretativo (presupposto che si è visto costituire requisito del procedimento, secondo le pronunce delle Corte Costituzionale sopra citate ed anche secondo Cass. 12328/2008 cit.), in quanto la norma collettiva, la cui efficacia non è di per sé in discussione, è testualmente del tutto chiara nel riferire le regole di salvaguardia solo agli assunti a tempo indeterminato e dunque neppure da questa angolazione si potrebbero ritenere sussistenti i presupposti per una questione ex art. 64 d. lgs. 165/2001.

Infine, è evidente che la fattispecie di cui all'art. 64 è del tutto eccezionale e non tollera interpretazioni estensive (Cass. 25 novembre 2005, n. 24865; analogamente, poi, in ordine di tempo, Cass. 21 febbraio 2008, n. 4505; Cass. 2 marzo 2009, n. 5025; Cass. 19 marzo 2010, n. 6748; v. anche Cons. Stato, Sez. III, 31 ottobre 2014, n. 5414 che parla in proposito di "assoluta specialità"), sicché può concludersi nel senso che il procedimento di accertamento pregiudiziale sia stato attivato per un'ipotesi rispetto alla quale esso non è previsto.

Pertanto, l'accertamento della discriminatorietà, in tema di raffronto tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato, intesa come diversità di trattamento non legittimata dalle ragioni giustificatrici (non comparabilità/legittime ragioni di politica sociale) evidenziate dalla Corte di Giustizia, deve svolgersi, anche sotto il profilo istruttorio e del più ampio respiro che deriva dalla scansione su due gradi di giudizio, secondo le regole ordinarie.

Con la conseguenza, qualora tale discriminatorietà sussista, della diretta applicazione dell'effetto eurounitario della parità di trattamento oppure, qualora non sussista (per non comparabilità o per il ricorrere di un legittimo esercizio di politiche sociali) con il rigetto della domanda, ma esclusivamente per il ricorrere di un caso di legittimità eurounitaria dell'operato interno, nonostante il diverso trattamento applicato.

In sostanza, tornando al ragionamento iniziale, viene a mancare in questo caso quel requisito di "rilevanza" che deve ricorrere perché la questione interpretativa attivi il

procedimento speciale di accertamento pregiudiziale (Cass. 5 marzo 2008, n. 5950 e, rispetto al procedimento ex art. 420-*bis* c.p.c., Cass. 14356/2014).

7.

Il disconoscimento dei presupposti specifici che consentono il ricorso al procedimento di accertamento pregiudiziale comporta l'annullamento della statuizione del Tribunale e il rinvio per la prosecuzione del giudizio di merito sulla base dell'inquadramento giuridico qui affermato, in forza del quale, valutata la ricorrenza o meno di una illegittima discriminazione secondo il diritto eurounitario, dovrà decidersi la causa.

P.Q.M.

decidendo sul ricorso lo accoglie nei termini di cui in motivazione, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese del giudizio di cassazione, al Tribunale di Torino, in diversa composizione.

Roma, così deciso nella camera di consiglio del 10.12.2020.