- DirittoScolastico.it -

14 5
11

SENTENZA

N. 448/11 Sent.

N. 1965 Cron.

OGGETTO:
illegittimità dei contratti di lavoro a tempo determinato e risarcimento dei danni

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del popolo italiano

LA CORTE D'APPELLO DI PERUGIA

-SEZIONE LAVORO-

composta dai magistrati:

Dr Claudio Pratillo Hellmann - Presidente

Dr Ferdinando L. Pierucci - Consigliere

Dr.ssa Alessandra Angeleri - Consigliere est.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 90 dell'anno 2011 Ruolo Gen. Contenzioso Lav. Prev. Ass.

promossa da

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, organicamente patrocinato dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Perugia, presso la cui sede è domiciliato *ex lege* in Perugia, Via degli Offici 14

-appellante-

contro

-- ----- ----, rappresentata e difesa, come da delega a margine dell'atto introduttivo del giudizio, dall'avv. Massimo Pistilli ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Lorena Ciuffoli in Perugia, Via Mario Angeloni

62

-appellata-
appellante incidentale-

OGGETTO: illegittimità dei contratti a tempo determinato e risarcimento dei danni

Causa decisa all'udienza collegiale del 26 ottobre 2011.

CONCLUSIONI DELLE PARTI

PER L'APPELLANTE:

Voglia l'adita Corte, previa sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza appellata, respinta ogni contraria istanza, eccezione e difesa, riformare integralmente la predetta statuizione in forza delle complessive argomentazioni testé esposte, e, per l'effetto:

1. ritenere e dichiarare l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione dell'AGO;
2. nel merito, ritenere e dichiarare l'infondatezza del ricorso avversario, per la mancanza dei presupposti giuridici e fattuali per l'accoglimento della pretesa, e, per l'effetto, rigettarlo;
3. ritenere e dichiarare l'estinzione per prescrizione della pretesa per il periodo che precede i cinque anni dal deposito del ricorso in primo grado;
4. ritenere e dichiarare la mancata prova della quantificazione del pregiudizio, e, per l'effetto, rigettare la domanda;
5. ritenere e dichiarare in applicazione del parametro di cui all'art. 4-*bis* legge n. 368/01, e alla legge n. 604/66, l'entità del risarcimento pari a 2.5 volte la retribuzione mensile, e, comunque, non oltre le 6 volte.

Con rifusione delle spese di lite e dei compensi difensivi di entrambi i gradi

del presente giudizio.

PER L'APPELLATA-APPELLANTE INCIDENTALE:

Voglia l'Ecc.ma Corte di Appello di Perugia, Sezione lavoro, respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione,

in via principale,

in parziale riforma delle sentenze appellate n. 179/10 (non definitiva) e n. 609/10, confermata la declaratoria di illegittimità della stipulazione con parte ricorrente di più contratti di lavoro a tempo determinato in successione tra loro, per esigenze chiaramente non transitorie, da parte del Ministero dell'Istruzione,

dichiarare che la parte ricorrente ha diritto alla conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato la successione di contratti a tempo determinato in precedenza stipulati e, per l'effetto, condannare il Ministero della Pubblica Istruzione a convertire il contratto di lavoro stipulato con parte ricorrente in rapporto a tempo indeterminato a far data dalla stipulazione del primo contratto, nonché a corrispondere le conseguenti differenze retributive;

in via subordinata

respingere l'appello proposto dall'Avvocatura distrettuale dello Stato in quanto infondato nei presupposti di fatto e negli elementi di diritto, confermando, per l'effetto, integralmente le sentenze impugnate.

Angelini

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato dinanzi al Tribunale di Terni il 1° luglio 2009, [redacted] esponeva di essere stata impiegata alle dipendenze del Ministero dell'istruzione con mansioni di collaboratrice scolastica (appartenente al personale ATA), in forza di vari contratti a tempo determinato, negli anni scolastici compresi fra il 2005 e il 2008.

La reiterazione di assunzioni a termine, per fronteggiare esigenze in realtà stabili e non transitorie delle istituzioni scolastiche, era illegittima, ai sensi dell'art. 5 del D.Lgs n. 368/01,

che prevedeva la conversione in contratto a tempo indeterminato di due assunzioni successive a termine. Nelle pubbliche amministrazioni, la stipulazione di una successione di contratti a tempo determinato non dava luogo, per l'espresso divieto sancito dall'art. 36 del D.Lgs n. 165/01, alla conversione del rapporto, ma tale norma doveva ritenersi abrogata perché incompatibile con l'art. 5 del D.Lgs n. 368/01, entrato in vigore in epoca successiva al D.Lgs n. 165 sul pubblico impiego, in virtù dell'art. 11 dello stesso D.Lgs n. 368, che disponeva esplicitamente l'abrogazione di tutte le disposizioni di legge, in esso non espressamente richiamate e comunque incompatibili con la disciplina da esso dettata. In ogni caso, la successione di contratti a tempo determinato stipulati dall'amministrazione con la parte ricorrente era illegittima anche per la violazione dell'art. 1 del D.Lgs n. 368, poiché non erano state specificate le ragioni giustificatrici delle assunzioni a termine. Pertanto, si dovevano ritenere illegittimi tutti i contratti successivi al secondo stipulato dalle parti. La ricorrente concludeva, chiedendo che il Tribunale, accertata la violazione dell'art. 5 o, in subordine, dell'art. 1 del D.Lgs n. 368/01, condannasse il Ministero convenuto a convertire in contratto a tempo indeterminato la successione dei contratti a tempo determinato in precedenza stipulati, o, in ogni caso, a convertire in rapporto a tempo indeterminato il contratto a termine al momento in atto. In via subordinata, chiedeva che il Ministero fosse condannato al risarcimento del danno subito dalla ricorrente. Il tutto, con vittoria di spese.

Il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca si costituiva in giudizio, organicamente patrocinato dall'Avvocatura dello Stato, ed eccepiva, in via pregiudiziale, il difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria. Nel merito, contestava il ricorso e ne chiedeva il rigetto.

Con sentenza non definitiva, il Tribunale di Terni respingeva l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dall'amministrazione resistente. In seguito, pronunciava sentenza definitiva, con la quale accoglieva la domanda subordinata della parte ricorrente e, dichiarata la nullità dell'apposizione del termine ai contratti stipulati dopo il 24 ottobre 2001, condannava il Ministero convenuto a risarcire i danni con il pagamento di cinque mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita dalla ricorrente, oltre a interessi legali dalla stipulazione dell'ultimo contratto al saldo. Condannava, inoltre, il Ministero alla rifusione delle spese sostenute dalla ricorrente per il giudizio.

Con atto depositato il 4 marzo 2011, il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca interponeva appello avverso le decisioni e ne chiedeva l'integrale riforma. Rassegnava le conclusioni trascritte in epigrafe. [illegible] si costituiva in giudizio e proponeva appello incidentale, chiedendo che, in parziale riforma della sentenza definitiva, la Corte acco-

gliesse la domanda di conversione del rapporto, da lei avanzata in via principale nell'atto introduttivo. Rassegnava le conclusioni sopra riportate.

All'udienza del 26 ottobre 2011, terminata la discussione, la causa era decisa come al dispositivo in atti.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con la sentenza non definitiva, il Tribunale di Terni ha respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, sollevata dal Ministero, poiché ha rilevato che la controversia riguardava la gestione di un rapporto di lavoro in atto, e non già l'espletamento di procedure concorsuali o selettive. Il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, nell'impugnare la decisione, chiede alla Corte di dichiarare il difetto di giurisdizione dell'AGO. In particolare, rileva che la questione dedotta in giudizio, laddove è espressamente richiesta la conversione del contratto a termine stipulato tra le parti in un contratto a tempo indeterminato, attiene comunque a un momento che precede l'instaurazione del rapporto preteso; l'amministrazione, rilevata la vacanza del posto, deve valutare se e come coprirlo, e siffatta decisione non è un atto di gestione del rapporto.

La controversia, in realtà, come ha correttamente rilevato il Tribunale, riguarda non già le scelte dell'amministrazione nell'adozione di una procedura concorsuale (procedura selettiva riservata agli interni o aperta agli esterni, con o senza quota di riserva), bensì un rapporto di lavoro già in atto e le sue vicende, quindi la sua gestione. La riserva di giurisdizione in favore del giudice amministrativo, di cui all'art. 63 D.Lgs n. 165/01, è specifica per le procedure concorsuali dirette all'instaurazione di un rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione, oppure alla selezione di personale già assunto, ai fini del suo inquadramento in un'area superiore. Nel caso in esame, oggetto della controversia è una serie di rapporti di lavoro a tempo determinato, già costituiti, non una procedura concorsuale. Poiché è stata denunciata l'illegittimità dell'apposizione del termine, si deve accertare se la censura sia fondata e, in caso affermativo, quale debba essere la sanzione: simili valutazioni non possono che competere all'AGO. Di conseguenza, l'appello avverso la sentenza che ha dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario è infondato, e dev'essere respinto.

Superata, con la sentenza non definitiva, l'eccezione concernente il difetto di giurisdizione, nella sentenza definitiva il Tribunale ha ritenuto illegittima l'apposizione del termine ai contratti della parte ricorrente, poiché in essi non erano specificate le ragioni che giustificavano la limitazione della durata del rapporto, in violazione dell'art. 1 del D.Lgs n. 368/01. Inoltre, rilevata l'impossibilità della conversione del rapporto in un rapporto a tempo indeterminato, ha affermato, alla stregua dell'art. 36 D.Lgs n. 165/01, che *"la nullità della apposizio-*

ne del termine al contratto ne determina la risoluzione atteso che ne impedisce il prodursi degli effetti quale rapporto a tempo indeterminato". Ha concluso, quindi, che l'illegittima apposizione del termine può determinare soltanto un obbligo risarcitorio di natura contrattuale, e ha liquidato il risarcimento in via equitativa, commisurandolo a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

La parte appellata, oltre a chiedere la conferma del capo della sentenza definitiva contenente la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno, ha chiesto, in via incidentale, che fosse accertata l'illegittimità della successione dei contratti a tempo determinato, con la conseguente conversione in rapporto a tempo indeterminato, come previsto dell'art. 5 del decreto legislativo n. 368 del 2001.

Si deve, pertanto, valutare, da un lato, se sia fondato l'appello del Ministero, ossia, se si debba ritenere che, nella fattispecie, non vi sia stata violazione dell'art. 1, e che, dunque, nessun risarcimento sia dovuto al prestatore; dall'altro, se la successione dei contratti a tempo determinato, come sostenuto dall'appellante incidentale, costituisca un abuso, sanzionabile con le conseguenze previste dall'art. 5, ossia, con la conversione del rapporto, o, quanto meno, con il risarcimento del danno.

A differenza di quanto sostenuto dal Tribunale e dalla ricorrente – che su quest'assunto fonda, in sostanza, le sue pretese – per la soluzione della controversia non si può fare riferimento al D.Lgs n. 368 del 2001. In realtà, i contratti a termine del settore scolastico, tanto per il personale docente quanto per quello amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA), sono disciplinati non già dal D.Lgs n. 368/01, bensì dalle norme speciali dettate in materia, ossia il D.Lgs 16 aprile 1994, n. 297, modificato dalla legge n. 124/99, oltre che da tutte le fonti integrative, rappresentate dai contratti collettivi nazionali di lavoro e dai regolamenti ministeriali per le supplenze.

Questo complesso di norme (in particolare, il D.Lgs n. 297/94 e la legge n. 124/99), avente indubbiamente carattere speciale rispetto alla disciplina contenuta nei decreti legislativi n. 165/01 (norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni) e 368/01 (disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato), non è stato né abrogato né modificato dall'art. 36, comma 1[1] del testo unico del pubblico impiego, che

---

[1] **Art. 36 D.Lgs n. 165/01 - Forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale** (testo originario)

1. 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. I contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro,

ha esteso ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni l'applicazione della normativa generale in materia di contratti di lavoro a termine, all'epoca costituita da una serie di fonti, nel quadro generale dettato dalla legge 18 aprile 1962, n. 230. Lo stesso D.Lgs n. 165, del resto, all'art. 70, comma 8, dopo aver previsto che la disciplina da esso dettata si applica anche al personale della scuola, precisa: *"Sono fatte salve le procedure di reclutamento del personale della scuola di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 e successive modificazioni ed integrazioni"*. Ciò conferma che alla materia dei contratti a tempo determinato di questo particolare settore pubblico non si applica la disciplina richiamata dall'art. 36, comma 1 del D.Lgs n. 165, bensì quella speciale, richiamata dall'art. 70, comma 8.

D'altro canto, si deve ritenere che il divieto di conversione del contratto a tempo determinato, sancito in via generale per il pubblico impiego dall'art. 36, comma 2, operi anche nel settore specifico della scuola.

Secondo l'appellante incidentale, quella norma e il divieto in essa contenuto sarebbero stati abrogati dal D.Lgs n. 368/01. L'art. 11 del decreto – osserva la sua difesa – ha stabilito l'abrogazione, oltre che dell'intera legge 18 aprile 1962, n. 230, dell'articolo 8-*bis* della legge 25 marzo 1983, n. 79 e dell'articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, anche di *"tutte le disposizioni di legge che sono comunque incompatibili e non sono espressamente richiamate nel presente decreto legislativo"*. Da questo dato testuale l'appellante incidentale fa discendere, appunto, l'abrogazione dell'art. 36, comma 2 D.Lgs n. 165/01 e la conseguente applicabilità, anche nell'ambito delle assunzioni a termine nella scuola, della sanzione della conversione, secondo le modalità dettate dall'art. 5 del D.Lgs n. 368/01. Sotto questo profilo, la sentenza di primo grado sarebbe errata e dovrebbe essere riformata.

In realtà, nell'ambito del pubblico impiego il divieto di conversione del contratto a termine trova giustificazione nella previsione dell'art. 97, terzo comma Cost., secondo cui *"agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge"*. La disciplina sulla conversione del contratto a tempo determinato violerebbe, per l'appunto, il

---

degli altri rapporti formativi e della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, in applicazione di quanto previsto dalla legge 18 aprile 1962, n. 230, dall'articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, dall'articolo 3 del decreto legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, dall'articolo 16 del decreto legge 16 maggio 1994, n. 299, convertito con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1994, n. 451, dalla legge 24 giugno 1997, n. 196, nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina.

2. In ogni caso, 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. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave.

principio secondo cui agl'impieghi pubblici si accede mediante concorso, procedura idonea ad assicurare, anche nel reclutamento del personale, il rispetto dei criteri di buon andamento e imparzialità, cui dev'essere informata l'attività della pubblica amministrazione, come prevede il primo comma dello stesso art. 97. Il divieto in questione, dunque, poiché è diretto a garantire l'osservanza di un principio di rango costituzionale, non può essere ritenuto incompatibile con la disciplina in tema di assunzioni a tempo determinato, dettata in via generale dal D.Lgs n. 368/01.

D'altra parte, la scelta di disciplinare in modo differente le conseguenze della nullità o invalidità della clausola di apposizione del termine di durata al rapporto di lavoro, secondo che il datore sia privato o pubblico, non determina neppure una violazione della disciplina comunitaria, contenuta nella direttiva del Consiglio dell'Unione europea 28 giugno 1999, n. 70, emanata in attuazione dell'accordo quadro sui contratti a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999. Quest'ultimo, alla clausola 5, riguardante le misure di prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzazione di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, stabilisce: *"gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, e/o le parti sociali stesse, dovranno stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato... devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato"*. La conversione del rapporto, dunque, non è prevista come l'unica sanzione possibile dell'illegittima successione di contratti a termine, poiché è rimesso alla legislazione dei singoli Stati membri e alla contrattazione collettiva individuare le condizioni che possono determinare un simile effetto.

Da ciò discende che deve considerarsi legittima una diversificazione normativa che tenga conto della specialità del settore del pubblico impiego e salvaguardi i principi generali di rango costituzionale che disciplinano la materia. In questo senso s'è espressa la Corte di giustizia dell'Unione europea, con la sentenza emessa il 23 aprile 2009 nel caso Kiriaki.

Tutto ciò chiarito, si deve rilevare come, effettivamente, fra le due normative – l'art. 36, comma 2 D.Lgs n. 165 e il D.Lgs n. 368, che ha attuato nel nostro ordinamento la direttiva europea – non vi sia un perfetto coordinamento. Tuttavia, poiché è destinato a operare in un settore ben determinato (il pubblico impiego), l'art. 36 del D.Lgs n. 165 assume carattere di specialità rispetto alla più generale e sopravvenuta disciplina dei contratti a tempo determinato. Pertanto, si deve ritenere che il divieto di conversione del rapporto sancito dall'art. 36 comma 2 non sia stato abrogato dal D.Lgs n. 368/01. Quel divieto, del resto, costituisce la diretta conseguenza del principio costituzionale, secondo cui agl'impieghi pubblici si accede mediante concorso, e, come s'è già accennato, è anche compatibile con la direttiva comunitaria in tema di assunzioni a termine.

Né può indurre a conclusioni diverse il precedente richiamato dall'appellante incidentale, costituito dalla sentenza n. 9555 emessa dalla Corte di cassazione il 22 aprile 2010. In quella pronuncia, la Suprema Corte ha affermato che il rapporto di lavoro tra l'INAIL e i portieri addetti alla vigilanza e custodia dei suoi edifici ha carattere privatistico, e che, pertanto, non opera rispetto a esso il divieto di conversione sancito dall'art. 36 del D.Lgs n. 29/93 (poi trasfuso nell'art. 36 del D.Lgs n. 165/01). La peculiarità della fattispecie esaminata in quella sentenza induce, al contrario, a ritenere che il divieto sia applicabile in tutti gli altri casi, compreso quello odierno, come del resto stabilisce chiaramente la stessa sentenza citata: *"la deroga alla sanzione della conversione del contratto a termine in rapporto a tempo indeterminato, prevista dal D.Lgs n. 165 del 2001 citato, trova applicazione per i rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni diversi da quelli di vigilanza e custodia"*.

Di conseguenza, la decisione di primo grado è corretta, nella parte in cui esclude l'applicabilità della sanzione della conversione del rapporto, invocata dalla parte ricorrente.

Il Tribunale, come s'è visto, ha ritenuto l'illegittimità dell'apposizione del termine ai contratti stipulati fra l'amministrazione e la ricorrente, per la mancata specificazione delle ragioni tecniche, organizzative o produttive che giustificavano l'assunzione a tempo determinato, imposta al datore di lavoro dall'art. 1 del D.Lgs n. 368/01.

Si è già visto come, nel caso in esame, la normativa applicabile non sia costituita né dal primo comma dell'art. 36 D.Lgs n. 165/01, né dal D.Lgs n. 368/01, ma debba essere, piuttosto, individuata nell'insieme delle leggi speciali in materia di reclutamento del personale della scuola succedutesi nel tempo (con le ordinanze ministeriali d'attuazione), a cominciare dal D.Lgs 16 aprile 1994, n. 297, in seguito modificato e integrato. Di conseguenza, l'indagine del giudice non può essere diretta ad accertare la violazione del D.Lgs n. 368/01, inapplicabile alla materia in esame; piuttosto, deve accertare se la stipulazione di una serie di contratti di lavoro con la parte ricorrente abbia dato luogo, da parte dell'amministrazione resistente, a un abuso dello strumento delle assunzioni a termine, alla stregua della direttiva 70/1999 CE e dell'accordo quadro a essa allegato, e, dunque, costituisca una condotta illegittima, tale da far sorgere nella lavoratrice il diritto al risarcimento.

In linea generale, occorre tener presenti le esigenze peculiari che, nel settore dell'amministrazione scolastica, le assunzioni a tempo determinato sono destinate a soddisfare. L'organico del personale scolastico – docente e non docente – è caratterizzato da una certa variabilità, in dipendenza del variare, di anno in anno, del numero degli utenti del servizio scolastico. Di conseguenza, per un verso, ragioni di contenimento della spesa pubblica suggeriscono di evitare il sovradimensionamento degli organici, così da evitare esuberi di personale e costi

inutili nei momenti di calo demografico o di diminuzione, per qualsiasi motivo, delle iscrizioni; per altro verso, la necessità di assicurare la costante erogazione del servizio scolastico, finalizzato al soddisfacimento di un interesse costituzionalmente garantito, rende giustificato e ragionevole il ricorso alle assunzioni a termine.

Già queste considerazioni di carattere generale inducono a escludere l'esistenza di un abuso nel ricorso dell'amministrazione scolastica allo strumento del contratto a tempo determinato. L'analisi della normativa che regola l'istituto rafforza questo convincimento.

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 perso-nale 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 necessi-

tà, 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.

Nel caso di specie, alla ricorrente sono state assegnate supplenze su organico di diritto negli anni scolastici compresi fra il 2005 e il 2008.

Per inciso, si deve notare come i singoli contratti a termine siano stipulati ai sensi di una specifica disposizione legislativa, regolamentare o ministeriale, che contiene in sé l'enunciazione delle ragioni organizzative poste a fondamento dell'assunzione a tempo determinato. In sostanza, il legislatore, con una valutazione compiuta *ex ante* e in via generale e astratta, richiamata *per relationem* in ciascun contratto concluso con il singolo lavoratore, ha esplicitato le ragioni dell'assunzione a termine, diretta a garantire l'erogazione di un servizio pubblico di rilevanza costituzionale. Pertanto, quand'anche si ritenesse applicabile a questa materia il D.Lgs n. 368/01, si dovrebbe escludere – contrariamente a quanto affermato dal giudice di primo grado – l'illegittimità delle assunzioni per l'omessa indicazione delle ragioni organizzative, tecniche e produttive che sono destinate a soddisfare.

Nessun abuso può essere ipotizzato nelle ipotesi di assunzione per la sostituzione di docenti assente per malattia o altra causa, con diritto alla conservazione del posto, né in quelle di supplenze su organico di fatto, giacché le esigenze che esse soddisfano sono effettivamente contingenti e imprevedibili, e tali da far escludere, di per sé, una condotta abusiva. Restano le supplenze su organico di diritto: si deve, dunque, accertare se l'assegnazione ripetuta alla medesima persona di questo tipo d'incarichi possa configurare un abuso, nel senso in cui questo termine è utilizzato dalla normativa europea sui contratti a tempo determinato.

La direttiva 1999/70 e l'accordo quadro a essa allegato, dopo la premessa che i contratti di lavoro a tempo indeterminato costituiscono la forma comune del rapporto di lavoro subordinato, poiché contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori e al miglioramento del loro rendimento, ha affermato che l'utilizzazione di contratti a tempo determinato basata su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi; ha però demandato agli Stati membri e alle parti sociali la formulazione di disposizioni volte all'applicazione dei principi generali, dei requisiti minimi e delle norme in essa contenute, al fine di tener conto della situazione di ciascuno Stato e delle specifiche esigenze di settori particolari. Pertanto, è stata attribuita a ciascun ordinamento interno la facoltà di attuare la direttiva, utilizzando la forma e i mezzi ritenuti più opportuni e adeguati, a condizione che fossero realizzate le finalità indicate nell'accordo quadro di migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato, da un lato, garantendo il rispetto del principio di non discriminazione e, dall'altro, prevenendo gli abusi de-

rivanti dall'utilizzazione di una successione di contratti a termine.

In particolare, la clausola 5 della direttiva, per prevenire gli abusi, ha previsto che gli Stati membri, previa consultazione con le parti sociali, o le parti sociali stesse, introducessero, in un modo che tenesse conto delle esigenze di settori specifici o di categorie di lavoratori particolari, una o più misure riguardanti: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei contratti a tempo determinato; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei contratti o rapporti in questione.

La Corte di giustizia dell'Unione europea, con la sentenza del 4 luglio 2006, e la giurisprudenza di merito nazionale (v. Corte d'appello di Milano, sentenze n. 151 e 198 del 2009), hanno precisato che la nozione di "ragioni obiettive" dovesse essere intesa *"nel senso che essa si riferisce a circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare in questo particolare contesto l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato succes-sivi... tali circostanze possono risultare segnatamente dalla particolare natura delle mansioni per l'espleta-mento delle quali siffatti contratti sono stati conclusi e dalle caratteristiche inerenti a queste ultime, o, even-tualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale"*. In ogni caso, *"il principio ge-nerale, affermato dalla direttiva in questione – per cui il contratto a termine costituisce comunque un'eccezione rispetto alla regola generale del contratto a tempo indeterminato – non postula necessariamente l'esigenza di ragioni obiettive che giustifichino l'assunzione precaria, bensì la necessità che le normative interne dei singoli Stati membri prevedano presupposti specifici per la conclusione del contratto a termine..."*.

Alla luce di questi principi, nel conferimento delle supplenze da parte dell'amministrazione scolastica non sembra potersi ravvisare alcun abuso.

Occorre tener presente, anzitutto, che ciascun incarico è svincolato dai precedenti, di cui non costituisce né prosecuzione né proroga, e spesso attiene alla copertura di posti situati in sedi diverse. In secondo luogo, l'amministrazione scolastica – a differenza del datore privato, che può scegliere liberamente il lavoratore con cui stipulare il contratto – ha l'obbligo di attenersi alle graduatorie permanenti provinciali, per gl'incarichi su organico di diritto, o, per le supplenze su organico di fatto o temporanee, alle graduatorie interne d'istituto o di circolo. Il supplente chiamato a ricoprire l'incarico, poi, non è "nominato", bensì è "individuato" secondo criteri predeterminati, che l'amministrazione è tenuta a rispettare. In sostanza, una volta individuato nella graduatoria il lavoratore da assumere, l'attribuzione dell'incarico costituisce un vero e proprio obbligo per l'amministrazione.

Non si può negare che la reiterazione dei contratti a tempo determinato mantenga il lavoratore in una situazione di precarietà, e ciò può certamente costituire fonte di disagio; tut-

tavia, è anche vero che questa reiterazione rafforza sempre più la posizione del "precario", il quale, vedendosi attribuire punteggio per ogni periodo di servizio prestato, acquisisce sempre maggiori titoli per il conferimento di successivi incarichi.

In altre parole, l'amministrazione scolastica non può esimersi dall'individuare, per soddisfare le esigenze di sostituzione descritte, quei soggetti che hanno accumulato maggiore punteggio e che quindi occupano le posizioni migliori nella graduatoria, ossia proprio coloro che più volte siano stati assunti con contratto a termine.

Il miglioramento del punteggio e l'avanzamento nella graduatoria, inoltre, rilevano anche sotto un altro aspetto. L'assunzione a tempo indeterminato nella scuola avviene, oltre che con l'espletamento di concorsi per esami e titoli, peraltro sempre più sporadico, anche e soprattutto con il sistema delle immissioni in ruolo, nel quale la selezione dei lavoratori da assumere in pianta stabile avviene attingendo alle graduatorie permanenti (art. 399 D.Lgs n. 297/94, come modificato dall'art. 1 della legge n. 124/99; v. anche l'art. 1, comma 605 della legge 27 dicembre 2006, n. 296, che prevedeva un piano triennale per l'assunzione a tempo indeterminato di personale docente e ATA per il triennio 2007-2009), le stesse, cioè, utilizzate per individuare i soggetti cui conferire gl'incarichi di supplenza. Tenuto conto di questo quadro complessivo, la Corte d'appello di Firenze (v. la sentenza 21 marzo/6 aprile 2006, n. 499) ha perspicuamente osservato: *"è l'integrale sistema di reclutamento degli insegnanti* [e del personale non docente, n.d.e.] *ad essere sottratto alla disciplina generale dettata dal codice civile, dalle norme speciali del lavoro nell'impresa e dallo stesso art. 36 T.U. in ragione della sua intrinseca specialità... al punto che, sul piano ontologico, può senza dubbio essere affermato che le assunzioni nella scuola pubblica in regime di precariato (o di preruolo) non sono assunzioni a termine in senso tecnico, ma si configurano come speciale e progressivo sistema di «reclutamento», destinato a concludersi fisiologicamente con l'assunzione «in ruolo» e la ricostruzione della carriera".*

La tesi qui propugnata trova conferma in un recentissimo intervento legislativo. Ci si riferisce all'art. 9, comma 18 del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito nella legge 12 luglio 2011, 1, il quale stabilisce:

> "All'articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dopo il comma 4 è aggiunto il seguente: «4-*bis*. Stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui all'articolo 40, comma 1, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, all'articolo 4, comma 14-*bis*, della legge 3 maggio 1999, n. 124, e all'articolo 6, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA,

considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato. In ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-*bis*, del presente decreto»".

L'intento del legislatore è, evidentemente, quello di fornire l'interpretazione autentica dell'art. 10 del decreto legislativo sul contratto di lavoro a tempo determinato, come si desume dalla relazione tecnica sulla legge di conversione, presentata tanto al Senato quanto alla Camera, nella quale si afferma espressamente che *"le disposizioni citate, mediante una corretta interpretazione della normativa vigente in materia di conferimento al personale della scuola degli incarichi a tempo determinato e indeterminato, sono finalizzate ad arginare i contrasti giurisprudenziali sorti in merito a detta problematica ed i relativi effetti finanziari"*. La scheda di lettura della Camera precisa che la modifica del nuovo comma 4-*bis* – che originariamente rinviava soltanto alla legge n. 124 del 1999 – *"integra il dispositivo iniziale con ulteriori richiami normativi, aventi lo scopo di rafforzare i motivi dell'esclusione del personale della Scuola dall'applicazione della direttiva comunitaria n. 1999/70/CE recepita dal D.Lgs n. 368/2011, trattandosi di un settore oggetto di una peculiare disciplina anche per quanto riguarda la programmazione del fabbisogno del personale e la determinazione della consistenza delle relative dotazioni organiche"*, e rileva *"il carattere chiaramente interpretativo della norma in esame, contraddistinta peraltro da una preclara virtuosità dal punto di vista finanziario"*.

Quest'intervento legislativo rafforza il convincimento, testé espresso, che i contratti a tempo determinato del personale della scuola siano sottratti alla disciplina comune, e continuino a essere regolati da norme speciali, anche dopo l'entrata in vigore del D.Lgs n. 368/2001. Ne consegue che la domanda proposta dalla parte appellata era infondata. Sotto quest'aspetto, dunque, l'appello del Ministero dev'essere accolto, e, in riforma della sentenza definitiva impugnata, le domande avanzate nell'atto introduttivo devono essere respinte. L'accoglimento dell'appello principale comporta, naturalmente, il rigetto dell'appello incidentale.

L'esistenza d'indirizzi giurisprudenziali contrastanti e la soccombenza dell'amministrazione appellante in punto di giurisdizione giustificano la compensazione integrale fra le parti delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P. Q. M.

LA CORTE D'APPELLO

in riforma della sentenza definitiva impugnata, respinge la domanda proposta contro il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca.

Compensa fra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

- DirittoScolastico.it -

Così deciso in Perugia, il 26 ottobre 2011.

IL CONSIGLIERE EST. Alessandra Angelini

IL PRESIDENTE Fiorillo

IL CANCELLIERE (C2)
dott.ssa Antonella Giordano

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
31/11/11
IL CANCELLIERE C2
(dott.ssa Antonella Giordano)