



REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano
LA CORTE DI APPELLO DI FIRENZE
Sezione lavoro

composta dai magistrati:

Dr. PIERI Giorgio

Dr. BRONZINI Giovanni

Dr. SCHIAVONE Gaetano

ha pronunciato la seguente

Presidente

Consigliere

Consigliere rel.

S E N T E N Z A

nella causa iscritta al n. **1222/09** del Ruolo Generale anno 2009, discussa all'udienza del 5 maggio 2011, promossa

da

UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA TOSCANA; LICEO SCIENTIFICO domiciliati presso lo studio dell'Avv. AVVOCATURA DELLO STATO, che la rappresenta e difende,

APPELLANTE

CONTRO

, domiciliato presso lo studio dell'Avv. BARSANTI MAUCERI ISETTA, CALDERONE IRMA, che la rappresenta e difende,

APPELLATO

Oggetto: Impiego pubblico - supplenze scolastiche annuali – esaurimento graduatorie ed elenchi provinciali – individuazione degli aventi diritto tramite le graduatorie d'istituto – automatica riduzione della durata della supplenza fino al termine delle attività didattiche (TAD) – illegittimità – rigetto appello.

Conclusioni delle parti: Come in atti e qui di seguito riassunte

Svolgimento del processo

Con sentenza n. 716 del 9/7/2009 il Tribunale di Livorno, giudice del lavoro, col vantaggio delle spese processuali, accoglieva il ricorso di , dichiarandone il diritto alla stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato, in qualità di supplente e con profilo di assistente tecnico per l'anno scolastico 2005/2006 presso l'Istituto di Livorno con durata dal 01.09.2005 fino alla nomina dell'avente diritto e da 23.11.2005 fino al 31.09.2006, con riconoscimento, ai fini giuridici ed economici ed, in generale, a tutti gli effetti di legge, del servizio continuativo dal 01.09.2005 al 31.08.2006, stante l'illegittimità del termine di durata al 30.06.2006 contrattualmente previsto. Altresì dichiarava tenuta e condannava l'Amministrazione convenuta ad adottare tutti gli atti amministrativi funzionali alla realizzazione del predetto

riconoscimento, ivi incluso il pagamento delle differenze retributive dovute per il titolo dedotto in giudizio, oltre accessori di legge dalle relative scadenze al saldo effettivo

Avverso la sentenza interponevano appello l'UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA TOSCANA e il LICEO SCIENTIFICO che, sulla base dei motivi meglio di seguito esplicitati, concludevano per la riforma della sentenza con rigetto del ricorso di primo grado.

Resisteva all'appello la | concludendo per il rigetto e la conferma della sentenza di primo grado.

All'udienza del 5/5/2011 la causa veniva discussa e decisa come da dispositivo del quale veniva data pubblica lettura.

Motivi della decisione

Secondo quanto anticipato nella parte descrittiva dello svolgimento del processo, il Tribunale di Livorno ha assunto la pronuncia sopra richiamata, sulla base del seguente percorso logico argomentativo:

1. in fatto, va premesso come sia incontrovertito in causa che i contratti di cui sopra vennero conclusi al fine di coprire, mediante supplenza, un posto di assistente tecnico vacante e disponibile in organico, esigenza determinatasi già anteriormente al 31 dicembre e destinata e protrarsi per l'intero anno scolastico;

2. in diritto va rilevato come per sopperire a carenze di organico scolastico, l'ordinamento preveda la possibilità di attingere a graduatorie od elenchi provinciali e l'art. 4 L. n. 124/1999 stabilisce le distinzioni fondamentali nell'ambito dei rapporti che le istituzioni scolastiche possono instaurare;

3. nel caso in cui queste fonti di individuazione del personale risultino esaurite, è previsto l'accesso ad altre graduatorie esistenti presso ciascuna istituzione scolastica;

4. il fatto che si proceda alla individuazione del personale con cui stipulare il contratto di lavoro, attraverso l'una o l'altra di queste fonti di selezione non può voler dire che muti il contenuto del contratto da porre in essere; questo, invece è disciplinato dalla legge, la quale dice in quali casi si debba procedere a conferire supplenze annuali, ovvero di durata fino al termine delle attività didattiche (ngd.: da ora: TAD);

5. le circolari che stabiliscano in diversa guisa e cioè determinino il tipo di contratto da stipulare (rectius: la durata) sono illegittime e vanno disapplicate per la parte in cui divergono dalla legge;

6. nella specie, dunque, la ricorrente , benchè sia stata individuata attingendo alle graduatorie d'istituto, aveva tutto il diritto di sottoscrivere un contratto per tutto l'anno scolastico e non già solo fino al TAD, ne consegue la condanna di che sopra.

I motivi di appello dell'Istituzione scolastica possono così essere schematizzati:

a. erronea interpretazione della legge, la quale – contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice – prevede esplicitamente che per determinati posti si debba attingere a precise graduatorie, sicchè correttamente le Circolari del 2005 e 2007 stabiliscono che provvedendo mediante graduatorie di istituto si possono porre in essere soltanto contratti fino a TAD;

b. insomma, è sicuramente rispondente a logica comune e ai principi di buona amministrazione, distinguere gli aspiranti secondo determinate caratteristiche soggettive, così individuando i più adatti a coprire determinati incarichi, rispetto agli altri, sicché l'appartenenza ad una graduatoria o elenco, piuttosto che ad altro, poiché garantisce l'accertamento di determinati requisiti, consente a priori di discriminare la tipologia contrattuale da porre in essere;

c. il Tribunale ha obliterato il valore da assegnare al settimo comma dell'art. 7 L. n. 124 cit. nel quale, invece, dev'essere individuata la fonte impeditiva di conclusioni come quelle a cui è giunto il giudicante;

d. né si può disconoscere che è proprio la circolare, tacciata di illegittimità dal giudice di *prime cure*, che ha autorizzato ad attingere alla graduatoria di istituto per conferire supplenze annuali, di tal ché, se questa è illegittima, sicuramente nulli sono i contratti sottoscritti sulla sua base;

e. d'altronde, la norma di cui al ridetto art. 4, L. n. 124 cit. non può ritenersi imperativa per la parte relativa alla disciplina del termine finale, ben potendo questo essere derogato dalla libera volontà delle parti, come con il contratto a termine in questione;

f. se, invece, sia da ritenere complessivamente imperativa, non si può sfuggire alla conseguenza che avendo da essa deviato, l'intero contratto deve considerarsi nullo.

Parte appellata si richiama alle argomentazioni addotte dal primo giudice arricchendone il contenuto, per sostenerne le ragioni.

L'appello è infondato e va rigettato.

L'avvocatura pubblica indica come elemento normativo determinante per la propria tesi una serie di circolari dal contenuto reiterativo (1395 del 28/07/2005 e poi 15551 del 31/07 /2007, in ultimo, 12510 del 25/07/2008) ove si legge: "*Conferimento supplenze annuali e fino al termine dell'attività didattica al personale ATA (...) solo in caso di esaurimento delle graduatorie permanenti dei concorsi provinciali per titoli di cui all'art. 554 del D.L. vo 297/94 e degli elenchi delle graduatorie provinciali ad esaurimento predisposti ai sensi del D..M. 19/04/ 01 n. 75 e del D..M. 24/3/2004 n. 35, le eventuali, residue disponibilità sono assegnate dai competenti dirigenti scolastici, mediante lo scorrimento delle graduatorie di circolo e d'istituto, con la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato di durata fino al termine dell'attività didattica*".

Ritiene la medesima parte che questa disposizione trovi legittimazione nell'art. 1, c. 6, D.M. n. 430/2000 ma – quel che più rileva – nel comma 7 dell'art. 4, L. n. 124/1999, il quale recita: "*Per il conferimento delle supplenze temporanee di cui al comma 3 si utilizzano le graduatorie di circolo o di istituto. (...)*".

Negli altri commi dell'appena richiamato art. 4, utili al fine del decidere. è scritto: "*1. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni*

organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero, e semprechè ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo, si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo.

2. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento non vacanti che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico si provvede mediante il conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche. Si provvede parimenti al conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche per la copertura delle ore di insegnamento che non concorrono a costituire cattedre o posti orario.

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

4. OMISSIS

5. Con proprio decreto da adottare secondo la procedura prevista dall'articolo 17, commi 3 e 4, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Ministro della pubblica istruzione emana un regolamento per la disciplina del conferimento delle supplenze annuali e temporanee nel rispetto dei criteri di cui ai commi seguenti.

6. Per il conferimento delle supplenze annuali e delle supplenze temporanee sino al termine delle attività didattiche si utilizzano le graduatorie permanenti di cui all'articolo 401 del testo unico, come sostituito dal comma 6 dell'articolo 1 della presente legge.

7. SOPRA SCRITTO

8/14: OMISSIS”.

Va premesso che il D.M. attuativo (sopra richiamato, n. 430/2000) non mostra di discostarsi da quanto previsto dalla legge, solo che al comma 6 stabilisce quale debba essere il termine delle varie supplenze e cioè: per quelle annuali, il 31 agosto di ciascun anno; per quelle fino al TAD, la coincidenza è con l'ultimo giorno a tal fine indicato dal calendario scolastico e per le supplenze temporanee l'ultimo giorno è quello di effettiva permanenza dell'esigenza di servizio.

Il problema che si pone è allora stabilire quale sia l'influenza sul rapporto di lavoro dell'utilizzo di una graduatoria all'esaurimento di quella di prioritario attingimento.

Come si evince dalla lettura della legge (art. 4, c.7), dunque, le graduatorie di istituto possono essere utilizzate *“Per il conferimento delle supplenze temporanee di cui al comma 3”*.

Partendo da queste premesse, con una sorta di inversione logica, il Ministero – come sopra accennato - deduce quindi che: ogni qualvolta vengano utilizzate queste graduatorie, ne deriva che la supplenza si qualifichi automaticamente e per ciò solo come supplenza temporanea, con quel che segue sotto il profilo della durata.

A parere di questa Corte – che condivide appieno il giudizio di primo grado –, le cose non stanno in questi termini.

Le mosse devono essere prese evidenziando la premessa che l'amministrazione, per propria autonoma decisione – ma per risolvere un problema non altrimenti – decide, nel caso di esaurimento delle graduatorie (o elenchi) provinciali, di reperire il personale con cui effettuare la copertura di posti resisi vacanti entro il 31 dicembre, attingendo ad altre graduatorie, quelle presenti negli istituti. Il dato di fatto è, dunque, che l'esigenza da fronteggiare sia quella di provvedere alla copertura di una supplenza che abbia tutte le caratteristiche oggettive della supplenza annuale. Allora, in assenza di titolati inseriti nelle dette graduatorie, che risultano, conseguentemente, esaurite, cioè sostanzialmente inesistenti, è del tutto evidente che la connessione scopo/strumento, prevista dalla legge con le graduatorie, appunto, esaurite, deve cedere campo ad una valutazione primaria del fine fondamentale perseguito dal legislatore. Che è sicuramente quello di garantire la presenza di personale, allorquando, prima del 31 dicembre di ciascun anno, siano disponibili posti la cui copertura la stessa legge prevede che debba avvenire fino alla fine dell'a.s.-

Insomma, quel che rileva è che si versi un una delle condizioni di cui ai suddetti commi 1 e/o 2 dell'art. 4, L. n. 124, cit., per la cui sistemazione il legislatore ha compiutamente previsto i termini di scadenza della relativa sostituzione e non già lo strumento con il quale vi si dia attuazione che, si ripete, ha ormai perso qualsiasi connessione con lo scopo per il quale era stato coniato.

Che poi la circolare venga ritenuta illegittima solo in parte è del tutto fisiologico, in quanto va disapplicato solo quell'aspetto che si allontani dalla volontà legislativa, avendo inserito un elemento del tutto irrazionale, in quanto non utile a perseguire i fini prefissati dal legislatore.

Né rileva il fatto che possano essere richiesti dei requisiti diversi (ma il MPI non esplicita quali siano) per accedere alle graduatorie o elenchi provinciali, rispetto a quelli richiesti per le graduatorie d'Istituto, in quanto non si tiene conto che a queste si ricorre proprio per esaurimento di quelle. E, poi, sempre sul piano della razionalità, non si vede come queste differenze – genericamente agitate dal MPI - non esplichino alcun effetto nel momento dell'instaurazione del rapporto, epperò divengano assolutamente determinanti per stabilirne l'anticipato esaurimento al TAD, anzicchè allo spirare dell'a.s.-

Per quanto attiene agli altri motivi di appello non v'è dubbio circa l'inderogabilità della norma *de qua*, sia perchè diretta a disciplinare rapporti giuridici che comunque finiscono con l'incidere su un servizio pubblico, peraltro essenziale, sia perchè di natura lavoristica e in quanto completamente esaustiva della fattispecie, direttamente prevedendo la durata dei diversi tipi di rapporto. Mentre, che la durata della "supplenza annuale" arrivi fino al 31 agosto è esplicitato dal cit. D.M. n. 430/2000, il quale adeguatamente interpreta l'attributo "annuale", previsto dal legislatore al primo posto per la copertura di posti vacanti e disponibili.

Né dalla inderogabilità della norma può farsi derivare la nullità dell'intero contratto.

Parte appellata sostiene, infatti, che la clausola a termine deve ritenersi che abbia assunto nella struttura contrattuale la natura essenziale, sicchè la sua nullità finirebbe con il travolgere l'intero contratto che non sarebbe stato concluso senza di essa.

Va detto che questa Corte territoriale ha già avuto modo di pronunciare in punto di conversione del contratto con clausola temporale nulla, sostenendo la inserzione automatica di clausole legali, ex art. 1419, c. 2, cc., in sostituzione di clausole nulle per contrasto a norma imperativa e rifacendosi alla giurisprudenza sul punto (C. 3293/83, conf.: 19156/05, 645/99).

Questa tesi ha ora trovato il confronto di recente pronuncia della Suprema Corte, la quale, estendendo altresì la riflessione alla portata dell'interpretazione costituzionalmente orientata ed alle direttive comunitarie sul punto, ha insegnato che: *"L'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, anche anteriormente alla modifica introdotta dall'art. 39 della legge n. 247 del 2007, ha confermato il principio generale secondo cui il rapporto di lavoro subordinato è normalmente a tempo indeterminato, costituendo l'apposizione del termine un'ipotesi derogatoria pur nel sistema, del tutto nuovo, della previsione di una clausola generale legittimante l'apposizione del termine "per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo". Pertanto, in caso di insussistenza delle ragioni giustificative del termine, e pur in assenza di una norma che sanzioni espressamente la mancanza delle dette ragioni, in base ai principi generali in materia di nullità parziale del contratto e di eterointegrazione della disciplina contrattuale, nonché alla stregua dell'interpretazione dello stesso art. 1 citato nel quadro delineato dalla direttiva comunitaria 1999/70/CE (recepita con il richiamato decreto), e nel sistema generale dei profili sanzionatori nel rapporto di lavoro subordinato, tracciato dalla Corte cost. n. 210 del 1992 e n. 283 del 2005, all'illegittimità del termine ed alla nullità della clausola di apposizione dello stesso **consegue l'invalidità parziale relativa alla sola clausola** e l'instaurarsi di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato (principio applicato in fattispecie di primo ed unico contratto a termine)"* (C. 12985/08).

Nel caso di specie, la clausola sostitutive è quella relativa allaprefissata durata terminale del contratto.

Anche da quest'ultimo punto di vista la sentenza appellata deve andare esente da censure.

L'appello dev'essere conclusivamente rigettato e le spese, liquidate come in dispositivo, devono seguire la regola legale della soccombenza (art. 92 cpc.).

P. Q. M.

La Corte rigetta l'appello introdotto da UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA TOSCANA; LICEO SCIENTIFICO _____ avverso la sentenza n. 716 del 9/7/2009 del Tribunale di Livorno. Condanna UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA TOSCANA e LICEO SCIENTIFICO _____ a rimborsare alla _____ le spese del grado liquidate in €. 2.000,00 di cui €. 1.200,00 per onorari ed il resto per diritti, oltre, come per legge, IV A, CAP e

rimborso forfetario spese di legge.
Firenze, 5/5/2011

Il Consigliere est.
(dr. G. Schiavone)

Il Presidente
(dr. G. Pieri)