

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE D'APPELLO DI ANCONA
SEZIONE LAVORO E PREVIDENZA

SENT. N. 81/14
R.G. N. 466/13
Gion. n. 454
Cap. min. 28.1.14
Pubbl. 31 GEN 2014

composta dai magistrati:

dr. Stefano Jacovacci – presidente
dr. Eugenio Cetro – consigliere
dr. Pierfilippo Mazzagreco – consigliere

all'udienza del 23.1.2014, come da dispositivo che segue, ha pronunciato

SENTENZA

in controversia in materia di LAVORO, n. 466 del ruolo generale dell'anno 2013, su
appello proposto addì 18.7.2013 dalla parte appellante

Ministero dell'Istruzione, con l'Avvocatura dello Stato,

contro la parte appellata

 con l'avv. Michele Bonetti + 1, appellante incidentale,

avverso sentenza n. 354 del 29.3.2013 del Giudice del Lavoro del Tribunale di Ascoli
Piceno:

respinge l'appello principale, accoglie parzialmente l'appello incidentale ed esclude
la prescrizione quinquennale, respingendolo per il resto, e condanna l'appellante
Ministero a rimborsare all'appellato le spese legali del grado, che liquida in euro
2.000,00 complessivamente.

Il Presidente – dr. Stefano Jacovacci



MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appellante Ministero impugna sentenza che ha accolto domanda di risarcimento del danno da illegittima stipula di contratto di lavoro subordinato a termine, alle dipendenze dell'appellante Ministero.

Resiste il dipendente appellato, proponendo appello incidentale avverso l'applicazione di prescrizione quinquennale.

L'appello principale è infondato, e deve quindi essere respinto, mentre deve essere accolto, siccome fondato, l'appello incidentale.

Si rileva che è innanzi tutto controverso se l'apposizione del termine ai contratti di lavoro subordinato (reiterati) di cui si controverte sia illegittima.

Ma il punto non è affatto decisivo, e una statuizione sul punto non può quindi costituire giudicato.

E' invece decisivo se spetti un risarcimento a ciascun dipendente, e in ipotesi affermativa quale sia il risarcimento dovuto.

Ciò in quanto, ai fini giudiziari, non rileva, di per sé, la eventuale violazione di principi legali, bensì la tutela spettante, siccome apprestata dall'ordinamento.

Occorre quindi esporre sinteticamente l'assetto del sistema legale, per giungere alle corrette conseguenze.

In primo luogo si devono considerare due principi fondamentali del diritto dell'Unione Europea: 1) la preminenza del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, rispetto alla eccezionalità del rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato, con conseguente limitazione della ammissibilità della apposizione del termine (direttiva comunitaria 1999/70/CE); 2) il diritto dei lavoratori a tempo determinato ad una retribuzione non inferiore a quella spettante, per un lavoro analogo, ai lavoratori a tempo indeterminato (art. 4 punto 1 dell'accordo quadro 18.3.1999, recepito dalla direttiva comunitaria, e nella legislazione italiana dall'art. 6 del D Lgs 368 del 2001; la giurisprudenza della Corte Europea è consolidata in tal senso; cfr. da ultimo sentenza 8.9.2011 C – 117/10).

In secondo luogo deve considerarsi la regola posta dall'art. 97 della Costituzione della Repubblica Italiana: *"agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge"*.

Se dunque il primo livello normativo è posto dalle direttive europee, e il secondo dalla norma costituzionale italiana, il terzo livello è costituito dalle norme di legge ordinaria nazionale, che inibiscono espressamente la conversione dei *"contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA"* (art. 9 comma 18 del DL 70 del 2011, convertito in legge 106 del 2011), quindi con specifico riferimento a insegnanti e ausiliari.

Il divieto era già desumibile dall'art. 36 del d.l. 165 del 2001, che ha confermato quanto già previsto dall'art. 36 del DL 29 del 1993, escludendo che il meccanismo della conversione del rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato possa portare ad un aggiramento dell'art. 97 della Costituzione.

E la Corte Costituzionale ha ritenuto ed affermato la legittimità del sistema, confermandone la validità (sentenza n. 89 del 2003, e successive).

E' quindi di assoluta evidenza quale sia l'intenzione del legislatore nazionale, come è evidente che l'esplicito divieto contrasta il tentativo tenacemente perseguito da un numero progressivamente crescente di pubblici dipendenti in regime di temporaneità, di assicurarsi la stabilità dell'impiego.



L'applicazione pura e semplice della norma nazionale comporterebbe la reiezione delle pretese delle parti appellate.

E tanto è propugnato dalla difesa erariale alla stregua di due argomenti: il primo si vorrebbe fondare sul precetto costituzionale che impone la assunzione previo concorso (art. 97 comma 3 cit.), il secondo sulla facoltà degli Stati membri di porre eccezioni alla applicazione dei limiti alla stipula di contratti a termine *"in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e - o categorie specifiche di lavoratori"* (clausola 5 della direttiva 70/1999/CEE).

Gli argomenti sono entrambi fallaci.

E' ben vero, infatti, che i pubblici dipendenti dovrebbero essere assunti previo vaglio concorsuale, e che la conversione di contratti stipulati con soggetti che tale vaglio non abbiano superato costituirebbe violazione macroscopica del precetto costituzionale; ma non è men vero che la pratica di assumere dipendenti a tempo determinato costituisce nel contempo causa ed effetto della violazione, e quindi deve essere ritenuta lesione ancora più evidente e grave del principio costituzionale.

Per quanto attiene al secondo profilo, è appena il caso di rilevare che la stessa norma, che vieta la conversione, tenta maldestramente di giustificarsi riferendosi ad una *"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"*.

Non si spiega, infatti, come la necessità di assicurare il funzionamento delle scuole possa coniugarsi con la presenza, nelle stesse, di stuoli di insegnanti, e di schiere di collaboratori assunti a tempo determinato, come se si prevedesse la cessazione di tale necessità per eventualità che potrebbero verificarsi soltanto con lo sterminio degli scolari, ovvero con il ritorno all'analfabetismo diffuso.

E non si comprende come potrebbe configurarsi una *"esigenza del settore"* idonea a giustificare una eccezione alla regola generale che impone la costituzione di rapporti a tempo indeterminato, con la necessità di mandare avanti l'attività scolastica, attività che, per sua natura, essendo rivolta ad una intera popolazione, e svolgendosi con durata e costanza, non ha, e non può avere, caratteri di accidentalità e precarietà.

E la regola della prevalenza del rapporto a tempo indeterminato è scolpita nelle direttive della Unione Europea, nella Costituzione della Repubblica Italiana, e nelle leggi dello Stato.

Mentre la giustificazione addotta deriva, evidentemente, da una *"necessità"* causata da una violazione pluridecennale, pervicace, smaccata della regola.

Che poi tale a tale violazione non possa avviarsi, nel termine breve, altrimenti che con una prosecuzione della prassi del precariato, non potendosi porre rimedio, rapidamente, ad una situazione incancrenita da decenni, è un problema di competenza del legislatore e del governante, ma non del giudice.

Il cui compito è l'applicazione delle norme vigenti, nello specifico caso in giudizio.

E si riduce alla decisione sul punto se: 1) il dipendente della Pubblica Amministrazione abbia subito un danno riconducibile a responsabilità della Pubblica Amministrazione, e 2) quale sia la tutela spettante al danneggiato.

Di un danno esiste specifica previsione, ed è prevista specifica tutela.

Ci si riferisce al divieto di erogare al dipendente, siccome assunto a tempo determinato, una retribuzione inferiore alla retribuzione spettante al dipendente che abbia un rapporto a tempo indeterminato.

E quindi al diritto del dipendente a percepire la differenza tra la inferiore retribuzione pagatagli e la maggiore a lui spettante.

Altre tutele specificamente apprestate non si ravvisano nell'ordinamento, a nessun livello, né nella normativa statale, né nella costituzionale, né nella europea.

Si sostiene, peraltro che una tutela possa invocarsi, e desumersi, dal sistema, tutela che si realizzerebbe mediante la conversione del rapporto a tempo determinato, in rapporto a tempo indeterminato.

Tutela doverosa, e necessaria, e ineludibile, poiché la direttiva europea non tollerebbe una insufficienza grave, e ingiustificata, della protezione apprestata a beneficio del lavoratore, e a dissuasione del datore di lavoro che abusi della facoltà della apposizione del termine.

Ma, allo stato, ed alla stregua delle deduzioni delle parti, non si ritiene che la tutela offerta dall'ordinamento sia insufficiente.

Sia per quanto concerne il trattamento, sia per quanto riguarda le condizioni.

Sotto il primo profilo si è già detto che spetta un trattamento non inferiore rispetto a quello che compete al dipendente con rapporto a tempo indeterminato.

Ed appare evidente che un tale rimedio comporta la riconduzione ad equità, sul piano pecuniario, del rapporto, e vale altresì come fattore dissuasivo.

Sotto il secondo si rileva che il complesso e peculiare sistema del settore si sottrae, per il suo assetto, a qualsiasi sindacato del giudice, che deve astenersi da valutazioni che esulano dalla competenza sua propria, a meno che siano conferenti e attinenti siccome elementi di giudizio.

E, nel caso in questione, è sufficiente osservare che la dicotomia tra dipendenti in ruolo, a tempo indeterminato, e non di ruolo, a tempo determinato, non corrisponde affatto a una qualsiasi esigenza pratica, meno che mai ad esigenze che si riferiscano a condizioni e situazioni contingenti, soggette alla accidentalità e imprevedibilità di eventuali sopravvenienze.

Se non per una piccola percentuale di dipendenti, che vengano utilizzati per sostituire assenti, o per sovvenire a circostanze eccezionali, mentre invece, come è notorio, e dedotto dallo stesso Ministero, i dipendenti a termine costituiscono, nelle scuole italiane, una percentuale elevatissima del personale, senza necessità alcuna, e senza neppure alcun ipotizzabile vantaggio.

Almeno per quanto è dato ritenere, alla stregua della logica elementare, e nella totale assenza di qualsiasi giustificazione razionale addotta dalla Amministrazione.

E' però vero che il governo del personale a tempo determinato è governato da regole, e che tali regole tendono ad assicurare, per quanto possibile, una certa continuità, ed una conseguente stabilità del lavoro dei dipendenti impiegati e impegnati.

Sicché, anche sotto un tale profilo, non si ravvisa un pregiudizio intollerabile per i dipendenti, poiché la stabilità del posto di lavoro deve essere valutata alla stregua delle condizioni obiettive, e non secondo una mera attribuzione nominalistica di una qualità che non è intrinseca, ma è soggetta alle evenienze del rapporto.

Deve quindi ritenersi sufficiente la tutela che l'ordinamento offre ai dipendenti precari, riconoscendo ad essi il diritto ad un trattamento economico non inferiore a quello spettante ai dipendenti con rapporto a tempo indeterminato, e conferendo altresì una apprezzabile stabilità al rapporto, quantomeno per i precari che abbiano raggiunto una certa anzianità nell'ambito del sistema.



E risulta quindi non funzionale alla decisione una valutazione in ordine alla legittimità delle assunzioni e delle proroghe dei dipendenti con clausola di durata determinata, trattandosi di modalità che non costituiscono, di per sé autonomo e rilevante motivo di danno, in presenza di specifiche, e apprezzabili tutele, seppure limitate, ma non insufficienti.

Mentre la decisione del giudice deve essere finalizzata a riconoscere ed assicurare la tutela legale all'avente diritto.

La decisione sul punto, quindi, oltre a essere superflua, costituirebbe mera opinione del giudice, non idonea a rappresentare un elemento del giudizio, e quindi a passare in giudicato.

Gli argomenti addotti per contrastare tale ineludibile conclusione sono palesemente fallaci, e smaccatamente infondati.

Si giunge addirittura a dedurre una "preclara virtuosità dal punto di vista finanziario (così suona la relazione - scheda della Camera)", per gli effetti sugli "equilibri di finanza pubblica", sostenendo nel contempo una ragionevolezza del sistema, per giustificare un assetto inefficiente, iniquo e assurdo.

Quando sono assolutamente ingiustificabili, e intollerabili, due fattori che sono nel contempo causa, ed effetto, della intrinseca ed evidentissima distorsione dell'intero sistema.

Per la violazione dei due cardini sui quali dovrebbe fondarsi l'impiego pubblico, in genere, e il settore della istruzione pubblica, in particolare:

- 1) l'assunzione dei più meritevoli, da selezionare mediante concorso;
- 2) il trattamento omogeneo dei dipendenti, senza discriminazioni che non corrispondano, esclusivamente, a valutazioni di efficienza, alla stregua del merito.

Tanto corrisponde a criteri di mera logica, e quindi di giustizia, indipendentemente dalla normativa.

Normativa che inoltre, e comunque, ciò impone, sancendo tali principi ed elevandoli addirittura a regole di livello costituzionale.

Che non possono subire violazioni sistematiche, pervicaci, globali, quando sarebbe consentita, tutt'al più, la deroga specifica, e puntuale, motivata da esigenze contingenti ed eccezionali.

E rilevanti e sufficienti se e in quanto corrispondenti ad esigenze primarie ed ineludibili, suscettibili di essere comparate, e valutate a livello analogo e sullo stesso piano dei fondamentali criteri di razionalità, efficienza, uguaglianza ai quali si ispira e nei quali si concreta l'ordinamento della Repubblica.

E sul punto è necessaria una puntualizzazione che può apparire, anzi, è banale, e dovrebbe essere considerata superflua; ma evidentemente non lo è se è necessario esprimere tale ovvia considerazione.

Nel senso che l'evoluzione del diritto corrisponde all'affermazione del principio, che è principio razionale, prima ancora che democratico, secondo cui alla volontà del principe, ed al principio autoritario, si è sostituito (o dovrebbe essersi sostituito) il fondamento della logica e della razionalità.

L'antica affermazione, e il corrispondente paradigma, secondo il quale il legislatore può "facere de albo nigrum, et aequat quadrata rotundis" rimane come semplice paradosso, a memoria di tempi diversi e superati; non è più configurabile, e meno che mai praticabile una "legalità" basata su paradossi e "contro-verità".

Sottostante all'assetto costituzionale, e limite insuperabile, tale da costituire il confine dell'ordinamento, è la pregiudiziale logica e razionale, che non consente al legislatore di violentare il vero e l'esistente.

E non consente all'interprete di seguire aberrazioni logiche che collidano, irrimediabilmente, con la verità, palese e indiscutibile, quale è quella che distingue il bianco dal nero.

Sicché non è dato attribuire ad una affermazione del legislatore senso diverso da quello compatibile con l'esigenza del rispetto del vero, sempre che, ovviamente, il vero sia indiscutibile ed indiscusso, e si rimanga sul piano della effettività irrefutabile.

Ed è questo il caso in cui si voglia interpretare una norma attribuendo alla stessa l'effetto di conferire il carattere della opinabilità e della ammissibilità ad una affermazione contrastante con il vero; e tale affermazione concerne, secondo una certa interpretazione, la "temporaneità delle esigenze", conferendo tale attributo, che assurge a valutazione definitiva e insuperabile, ad una situazione, e ad un sistema, e ad un assetto che temporaneo non è.

Perché questa è la sostanza del problema; se possa il legislatore, e se possa l'interprete, considerare come temporaneo, per definizione, il sistema della istruzione pubblica, e come tale sottratto ai principi ed alle regole che si dovrebbero applicare se temporaneo non fosse.

E se sia sufficiente un tratto di penna a rendere nero il bianco, e bianco il nero.

Superando così ogni problema, così come quello secondo cui i pubblici dipendenti debbano essere selezionati, e l'altro se sia tollerabile che siano trattate in modo diverso situazioni identiche, e se l'equilibrio finanziario possa essere perseguito con misure a discapito di alcuni, per non pregiudicare altri, anziché con provvedimenti di carattere generale ed applicati equamente.

Ritiene questa Corte che la risposta, logicamente corretta, e la soluzione, giuridicamente adeguata, e giusta, corrisponde ai principi costituzionali, e non possa essere elusa allegando difficoltà che derivano esclusivamente dalla gravità di pregresse e pervicaci violazioni.

Non può quindi attribuirsi, all'art. 9, comma 18, del DL 70 del 2011, convertito in legge 106 del 2011, il senso, e l'effetto, propugnato dalla difesa erariale.

Per cui, si ripete, *"... sono ... esclusi ... 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"*.

Orbene, non è necessaria la lettura delle relazioni parlamentare, che si esprimono con candida ingenuità, per desumere la finalità del legislatore, che è puramente e semplicemente, ed evidentemente, quella di tirare avanti, ed insistere sulla stessa strada, senza pagare dazio, sfuggendo sia alla direttiva europea, sia alla logica comune.

Ma è sufficiente l'uso della razionalità elementare per escludere che possa attribuirsi alla norma il senso che per garantire la continuità della pubblica istruzione fosse e sia indispensabile, e quindi ammissibile, continuare nell'andazzo di assumere, senza concorso, personale precario, in massa.

E per escludere quindi che il termine, ed il concetto di "supplenza" possano essere intesi non nel senso di sostituzione di dipendenti temporaneamente assenti per motivi contingenti, ma possano ed addirittura debbano essere interpretati come copertura di posti vacanti, e lasciati vacanti con il fine di arruolare personale precario.

E tanto dovrebbe bastare.

Senza necessità di ricordare che, comunque, la normativa nazionale, se interpretata come contrastante con la normativa europea, potrebbe e dovrebbe essere disapplicata (Corte Costituzionale, sentenza 113 del 1985 e 170 del 1984); e ciò nel termine di prescrizione di dieci anni (Cass. III 10813 del 2011).

E ciò è stato ritenuto anche in caso perfettamente analogo, di riconoscimento, applicazione e pagamento di scatti di anzianità a dipendenti pubblici del settore istruzione (Corte di Giustizia Europea n. 444 del 22.12.2010, Gaviero – Comunità Autonoma Galizia).

Né la discriminazione potrebbe essere giustificata dallo “status” dei dipendenti, per non essere stati costoro “arruolati”.

Come se l’aver assunto “male” i dipendenti possa giustificare la prassi di retribuirli “male”, poiché una grave illegittimità non può certo essere condonata perché si è commessa altra concomitante illegittimità.

Né infine può costituire attenuante, e meno che mai scriminante, la prospettiva che alla illegittimità della assunzione si potrebbe ovviare, in un futuro eventuale, con un successivo “arruolamento”.

Poiché la eventuale e incerta sanatoria non ovvierebbe affatto al pregiudizio precedentemente maturato.

Né vale insistere nel prospettare le difficoltà finanziarie dell’erario, poiché non giustificano la macroscopica violazione della “par condicio creditorum”, che deve essere assicurata per quella esigenza di equità e giustizia sancita dalla direttiva comunitaria, e non contrasta affatto con le esigenze finanziarie, che possono e debbono essere perseguite con una politica di equiparazione dei trattamenti, perfettamente compatibile per la possibilità di modificare i livelli retributivi equiparandoli anche in riduzione.

Per i motivi esposti deve essere riconosciuto, e dichiarato, il diritto ad un trattamento retributivo non inferiore a quello spettante ai dipendenti a tempo indeterminato.

Che, nella specie, si concretizza nella applicazione degli scatti di anzianità.

Non possono essere riconosciute, invece altre voci di retribuzione, e in particolare quelle che deriverebbero da un ricalcolo che tenga conto dei periodi non lavorati.

Dai quali non deriva un diritto alla retribuzione, conseguente ad una trasformazione del rapporto, non essendo questa ammissibile.

E nemmeno alla equiparazione al trattamento dei colleghi con rapporto a tempo indeterminato, non essendo stato dedotto, e meno che mai provato, che nei periodi di sospensione del rapporto dei dipendenti a tempo determinato, quelli a tempo indeterminato non abbiano reso prestazioni lavorative, e quindi abbiano percepito compensi non giustificati da un impegno di durata maggiore.

Tali sono i motivi della decisione.

Le spese legali del grado seguono la soccombenza, ai sensi dell’art. 91 cpc.

Il Presidente Estensore – dr. Stefano Iacovacci

IL CANCELLIERE-
Mauretta Bianchella

