

## DIRITTO LAVORO

CORTE D'APPELLO DI CAGLIARI, Sez. Lavoro, 26 novembre 2011, n. 621 — MAXIA *Presidente Estensore* — D.F. (avv. Solinas) c. Ministero Dell'Istruzione e della Ricerca (avvoc. Stato).

*Riforma parzialmente Tribunale Lanusei 4 marzo 2010.*

**Lavoro - Lavoro pubblico - Personale della scuola - Ripetute assunzioni a termine per supplenze - Conversione in contratto a tempo indeterminato - Impossibilità.**

(D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, art. 36).

*In materia di pubblico impiego, stante il divieto previsto dall'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 e successive modificazioni e integrazioni, non si verifica la conversione in contratto a tempo indeterminato dei contratti a termine stipulati illegittimamente. Tale principio vale, a maggior ragione — in virtù del d.l. n. 70/2011 — per lo specifico settore della scuola in relazione ai contratti a termine riguardanti le supplenze del personale docente (1).*

(*Omissis*). — L'appellante censura la sentenza impugnata proponendo le argomentazioni svolte in primo grado. Il gravame è infondato. La conversione in contratto a tempo indeterminato dei contratti illegittimamente stipulati a termine non opera in materia di pubblico impiego stante il divieto posto dall'art. 36 d.l. 165/2001 e non modificato dal d.l. 368/2001, ritenuto dalla Corte costituzionale legittimo con sentenza 89/2003 e dalla Corte di Cassazione con sentenza 14350/2010 compatibile con la direttiva

(1) La nota segue a p. 600.

comunitaria 70/90 e allegato accordo quadro sui contratti a termine e stante inoltre che nel settore specifico della scuola il d.l. 13 maggio 2011, n. 70 ha espressamente previsto che la conversione non si applica "ai contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente".

Non merita accoglimento neanche la domanda dell'appellante di risarcimento del danno subito per l'abuso delle assunzioni a termine in presenza di esigenze ordinarie e stabili dell'amministrazione scolastica quantificato nella maggiore retribuzione che sarebbe spettata se fosse stata assunta a tempo indeterminato fin dal primo contratto a termine.

Nel caso in esame non è infatti configurabile il lamentato abuso.

Occorre premettere che per il reclutamento del personale scolastico non sono applicabili le disposizioni del d.l. 165/2001 e 368/2001 richiamate dall'appellante, ma le norme speciali dettate dal d.l. 297/94 modificato dalla legge 124/19 oltre che da tutte le fonti integrative rappresentate dai CCNL e dai regolamenti ministeriali.

La normativa speciale prevede che l'accesso ai ruoli abbia luogo per il 50% dei posti annualmente assegnabili mediante concorso per titoli e esami e per il 50% attingendo a graduatorie permanenti.

Il ricorso alle assunzioni a termine è giustificato dalla circostanza che l'organico del personale scolastico è caratterizzato da una certa variabilità di anno in anno del numero degli utenti del servizio con la conseguente esigenza, per un verso, di evitare esuberi di personale in caso di diminuzione delle iscrizioni e, per l'altro verso, di assicurare la costante erogazione del servizio pubblico di rilevanza costituzionale.

Il legislatore prevede pertanto tre tipologie di assunzioni a termine: 1) supplenze annuali c.d. in organico di diritto per la copertura di posti vacanti con scadenza al termine dell'anno scolastico (31 agosto) in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali; 2) supplenze temporanee c.d. in organico di fatto fino al termine dell'attività didattica (30 giugno) per la copertura di posti non tecnicamente vacanti resisi di fatto disponibili entro il 31 dicembre, ad esempio per un mutamento improvviso della popolazione scolastica o del numero di classi nel singolo istituto, la cui pianta organica resti tuttavia immutata; 3) supplenze temporanee conferite per ogni altra necessità come la sostituzione di personale assente.

Tale sistema di reclutamento non prevede al proprio interno limiti di tempo e di numero nella successione dei contratti di sup-

pienezza, ma è finalizzato a favorire la massima ripetizione in quanto ogni periodo di servizio comporta l'aumento di punteggio in graduatoria per il conferimento di successive supplenze e per immisioni in ruolo nel 50% dei posti annualmente disponibili.

Resta da verificare se il sistema di reclutamento scolastico in regime di specialità per la salvaguardia della continuità del servizio pubblico sia compatibile con la direttiva 1990/70UE per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione dei contratti a termine, applicabile indistintamente a tutti i contratti di lavoro stipulati con datori di lavoro privati o pubblici.

Un abuso sanzionabile con il risarcimento del danno potrebbe verificarsi nel caso di ripetuti conferimenti alla stessa persona di supplenze annuali per la copertura di posti effettivamente vacanti in organico di diritto che rimangono stabilmente scoperti per mancato espletamento delle procedure concorsuali per assumere personale in ruolo o per il numero di personale in ruolo inferiore a quello dei posti vacanti.

Conclusione diversa si impone per le supplenze temporanee conferite per posti non vacanti disponibili annualmente in organico di fatto o per sostituire insegnanti assenti con diritto alla conservazione del posto che presuppongono esigenze effettivamente contingenti e imprevedibili tali da far escludere una condotta abusiva dell'amministrazione.

In una organizzazione tanto complessa come quella scolastica è verosimile che ogni anno si verifichino innumerevoli eventi che rendono temporaneamente scoperti di fatto molti posti giustificando per la loro copertura il ricorso a contratti a termine.

Il ripetuto conferimento di supplenze temporanee si spiega con il sovra descritto meccanismo di maggior punteggio in graduatoria per precedenti supplenze che per il singolo lavoratore accresce le sue possibilità di occupazione e non può essere perciò considerato contrario i suoi interessi.

Ciò premesso, nelle due predette tipologie rientrano tutte le supplenze conferite all'appellante in diversi istituti scolastici per posti non vacanti disponibili in organico di fatto con scadenza al 30 giugno o per sostituzione di personale assente con scadenza al termine dell'assenza.

L'appellante non ha fornito indicazioni che in tali istituti non sussisteva effettiva esigenza di supplenze temporanee in attesa di ri-determinazione degli organici o del rientro in servizio del personale

assente per cui non è configurabile il lamentato abuso dell'amministrazione.

L'appellante comunque non ha subito il lamentato danno per avere percepito un trattamento inferiore a quello spettante all'insegnante a tempo indeterminato in quanto nell'ordinamento scolastico il supplente ha diritto alla stessa retribuzione per il lavoro prestato con esclusione degli intervalli di tempo non lavorati, agli scatti di anzianità secondo la giurisprudenza comunitaria e nazionale, al calcolo del servizio preruolo. (*Omissis*)

- (1) **I supplenti delle scuole pubbliche non possono ottenere la conversione dei rapporti di lavoro a termine in contratto a tempo indeterminato.**

1. La fattispecie decisa dai giudici della Corte d'appello di Cagliari con la sentenza n. 621/2011 oggetto della presente nota riguardava il caso, apparentemente paradossale, di una insegnante della scuola elementare che, avendo operato come supplente – per quasi un decennio – in forza di una lunga serie di contratti a tempo determinato, si era rivolta al Tribunale di Lanusei chiedendo che, il giudice adito, accertata l'illegittimità della reiterazione delle predette assunzioni a termine, dichiarasse la conversione dei relativi rapporti in un unico e continuativo rapporto a tempo indeterminato e condannasse il Ministero dell'Istruzione a risarcirle il danno subito. La domanda veniva contestata dal Ministero che, da un lato, richiamava il principio di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 e, dall'altro lato, sosteneva che le assunzioni a termine in questione erano giustificate dalle particolari esigenze dell'amministrazione scolastica.

Il Tribunale rigettava la domanda con sentenza che veniva poi confermata nel merito dalla Corte d'appello di Cagliari con la citata sentenza n. 621 compensando, peraltro, compensava fra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

2. La decisione è basata sul disposto del penultimo comma dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, che contiene le «*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*», che hanno stabilito e disciplinato la privatizzazione (recte contrattualizzazione) dei rapporti di pubblico impiego, cioè dei rapporti alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (1).

(1) Come precisato dall'art. 1 del d.lgs. n. 165/2001, rientrano nel concetto di amministrazioni pubbliche «*tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e i loro Consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza nazionale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300*».

La norma in questione dispone che, in materia di pubblico impiego – a differenza di quanto vale per i rapporti di lavoro fra privati – «*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 ...*». Fermi restando, peraltro, da un lato, il diritto del lavoratore interessato al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative e, dall'altro lato, la responsabilità rispetto alle erogazioni delle relative somme risarcitorie, dei pubblici dirigenti responsabili degli abusi.

Tale disposizione trova il suo presupposto nel principio di riserva di legge previsto dall'art. 97 della Costituzione che, dopo avere stabilito che i pubblici uffici sono organizzati in modo che siano assicurati «*il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*» dispone che «*agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge*» e nell'attuale attenuata disciplina prevista dall'art. 35 del d.lgs. n. 165/2011 sulla contrattualizzazione del pubblico impiego, secondo cui l'assunzione nelle amministrazioni pubbliche (fermo restando il principio predetto) avviene, con contratto individuale di lavoro «*tramite procedure selettive*».

3. Il divieto di cui trattasi costituisce, in sostanza, il corollario del principio dettato dai primi due commi dello stesso art. 36 del d.lgs. n. 165, secondo cui, per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario, «*le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato*» (art. 36, comma 1°) e solo «*per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali... possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi di lavoro subordinato nell'impresa nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti ...*» (art. 36, comma 2°).

In sostanza, mentre nei rapporti di lavoro privati è consentita, sia pure nel rispetto di alcuni specifici presupposti la costituzione di rapporti di lavoro a tempo determinato (2), nel rapporto di pubblico impiego tale possibilità è con-

(2) L'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 6 settembre 2001, approvato in attuazione della Direttiva comunitaria 99/70/CE e più volte modificato negli anni successivi, dopo aver premesso che «*Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro*» ha disposto che:

«1. È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro».

«2. L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1, fatto salvo quanto previsto dal comma 1°-bis relativamente alla non operatività del requisito della sussistenza di ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo».

«3. Copia dell'atto scritto deve essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore entro cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione».

«4. La scrittura non è tuttavia necessaria quando la durata del rapporto di lavoro, puramente occasionale, non sia superiore a dodici giorni».

sentita solo eccezionalmente («*per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali*»).

Peraltro, mentre nel lavoro privato alla violazione delle regole previste dalla legge per la costituzione dei rapporti di lavoro a tempo determinato consegue la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato, nel rapporto di pubblico impiego, come si è visto, tale conseguenza è impedita dall'inequivocabile disposto del penultimo comma dell'art. 36 del d.lgs. n. 165. Disposto al quale ha fatto riferimento la sentenza n. 621/2011 della Corte d'appello di Cagliari, affermando che la conversione in contratto a tempo indeterminato dei contratti stipulati a termine non può operare in materia di pubblico impiego stante il divieto di cui al citato art. 36 d.lgs. n. 165/2001, non modificato dal d.lgs. n. 368/2001. Principio ritenuto legittimo dalla Corte Costituzionale (3) e dalla Corte di Cassazione (4) e compatibile con la Direttiva Comunitaria n. 70/90/CE (e allegato accordo qua-

Va, peraltro, precisato che i principi affermati dalla norma in esame sono stati notevolmente attenuati dal disposto dell'art. 1, comma 9°, della legge n. 92 del 28 giugno 2012 (c.d. legge Fornero) che, fra l'altro, ha introdotto il comma 1°-bis, secondo cui:

*«Il requisito di cui al comma 1 non è richiesto nell'ipotesi del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi, concluso fra un datore di lavoro o utilizzatore e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nel caso di prima missione di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell'articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. I contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale possono prevedere, in via diretta a livello interconfederale o di categoria ovvero in via delegata ai livelli decentrati, che in luogo dell'ipotesi di cui al precedente periodo il requisito di cui al comma 1 non sia richiesto nei casi in cui l'assunzione a tempo determinato o la missione nell'ambito del contratto di somministrazione a tempo determinato, avvenga nell'ambito di un processo organizzativo determinato dalle ragioni di cui all'articolo 5, comma 3, nel limite complessivo del 6 per cento del totale dei lavoratori occupati nell'ambito dell'unità produttiva».*

(3) Cfr. Corte Cost., 28 marzo 2003, n. 89, la quale ha affermato che la disciplina pubblicistica non viola alcun precetto costituzionale, in quanto il principio dell'accesso mediante concorso mette in evidenza la non omogeneità del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni rispetto al rapporto di lavoro alle dipendenze di datori privati e giustifica la scelta del legislatore di ricollegare alla violazione delle norme imperative, conseguenze solo risarcitorie e patrimoniali (in luogo della conversione del rapporto a tempo indeterminato).

(4) Cfr. Cass., Sez. lav., 15 giugno 2010, n. 14350, secondo cui: *«In tema di lavoro alle dipendenze di enti pubblici, il rapporto di lavoro a termine non è suscettibile di conversione a tempo indeterminato, stante il divieto posto dall'art. 36 d.lgs. n. 165 del 2001, che è stato ritenuto legittimo dalla Corte Costituzionale e non ha subito modifiche con d.lgs. n. 368 del 2001, contenente la disciplina del lavoro a tempo determinato; ne consegue che, in caso di violazione di norme poste a tutela dei diritti del lavoratore, essendo preclusa la trasformazione del rapporto a tempo indeterminato, residua soltanto il diritto di questi al risarcimento dei danni subiti».* La stessa Corte di Cassazione ha anche affermato che tale disciplina neppure contrasta con il canone di ragionevolezza, avendo la stessa norma costituzionale individuato nel concorso, quale strumento di selezione del personale, lo strumento più idoneo a garantire, in linea di principio, l'imparzialità e l'efficienza della pubblica amministrazione (Cass. sez. lav., 22 agosto 2006, n. 18276; Cass. sez. lav., 7 maggio 2008, n. 11161).

dro sui contratti a termine). Concetto ribadito, in relazione al settore della scuola, dal d.l. n. 70 del 2011, secondo cui ai contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente non è, comunque, applicabile la conversione dei vari contratti a termine in un contratto a tempo indeterminato.

Ciò premesso e tornando alla vicenda in esame la sentenza della Corte d'appello appare assolutamente ineccepibile.

CARLO DORE

CARLO DORE

*I SUPPLENTI DELLE SCUOLE PUBBLICHE NON POSSONO  
OTTENERE LA CONVERSIONE DEI RAPPORTI DI LAVORO  
A TERMINE IN CONTRATTO A TEMPO INDETERMINATO*

*(estratto da)*

# **RIVISTA GIURIDICA SARDA**

**3-2013**

Anno XXVIII

Settembre-Dicembre — Pubblicazione quadrimestrale

**EDIZIONI AV**