



Procura Generale della Corte di Cassazione

N. 1215/12 R.G.

**Udienza 15/2/2017
Camera di Consiglio
Aula B - n. 1**

IL PUBBLICO MINISTERO

Letti gli atti;

PREMESSO

che con sentenza n. 354/11, depositata il 28 giugno 2011, la Corte d'appello di Perugia, in riforma della sentenza impugnata, ha respinto la domanda proposta contro il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca dalla sig.ra XXX, impiegata con mansioni di docente, in forza di vari contratti a tempo indeterminato, negli anni scolastici compresi tra il 2006 ed il 2010, l'ultimo dei quali ancora in corso al momento della decisione;

che la sig.ra XXX ha chiesto la conversione del contratto a tempo indeterminato e, in subordine, il risarcimento del danno;

che la Corte umbra - per quel che in questa sede rileva - ha escluso l'esistenza di un abuso nel ricorso dell'amministrazione scolastica allo strumento del contratto a tempo determinato, giacché la sig.ra XXX ha svolto supplenze su organico di fatto per la sostituzione del personale assente, come tali legate ad esigenze contingenti e imprevedibili;

che la sig.ra XXX ha proposto ricorso per cassazione sulla base di quattro motivi di diritto:

1) con il primo motivo (lettere a e b del ricorso) ha denunciato la violazione e falsa applicazione dell'art. 70 D.Lgs. 165/01 e della Direttiva Europea 70/99/CE, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 c.p.c., in quanto la Corte d'appello avrebbe dovuto applicare congiuntamente le disposizioni contenute nei decreti legislativi n. 165 e n. 368 del 2001 al fine di rendere conforme alla predetta direttiva europea la disciplina dei contratti a termine del personale scolastico, posto che la disciplina sulle supplenze scolastiche non conterrebbe alcuna disposizione volta a reprimerne la reiterazione;

2) con il secondo motivo (lettere c e d del ricorso) ha denunciato la violazione dell'art. 36 del D.Lgs. 165/01 e degli artt. 1 e 5 del D.Lgs. n. 368/01, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 c.p.c., in quanto la Corte umbra non avrebbe considerato che il ricorso al lavoro flessibile sarebbe stato possibile solo in presenza di esigenze temporanee ed eccezionali e il difetto di queste

condizioni ha determinato l'illegittimità della clausola appositiva del termine e la conversione del rapporto a tempo indeterminato o, comunque, il diritto al risarcimento dei danni;

3) con il terzo motivo (lettera e del ricorso) ha denunciato la violazione dell'art. 10 del D.Lgs. n. 368/01, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3 c.p.c., in quanto la Corte di merito non ha considerato che il comma 4 bis di tale norma - che ha espressamente escluso l'applicabilità della normativa sui contratti a termine alle supplenze temporanee nel settore scolastico - è stato introdotto solo con il D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla legge n. 106/11 e, dunque, non è applicabile ai giudizi in corso;

4) con il quarto motivo (lettera f del ricorso) ha denunciato la violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 297/94 e dell'art. 4 L. n. 124/99, in relazione alla direttiva 70/99/CE ed all'art. 360 n. 3 c.p.c., in quanto la Corte di Perugia non avrebbe considerato che solo le supplenze temporanee sarebbero giustificate da esigenze eccezionali e imprevedibili, mentre tali esigenze non ricorrerebbero nella specie, ove si è trattato di supplenze annuali su posto libero;

che il Ministero si è costituito con controricorso ed ha concluso per il rigetto del ricorso;

OSSERVA

1. Il presente ricorso si inserisce nell'ambito di un vasto contenzioso tra il personale scolastico, docente ed ATA, ed il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, avente ad oggetto molteplici questioni riguardanti la disciplina del reclutamento, l'abuso del ricorso al regime delle supplenze ed ai contratti a tempo determinato, la conversione degli stessi in contratti a tempo indeterminato, il risarcimento dei danni.

Il contenzioso si è ampliato nel corso degli anni, anche a causa di alcuni interventi giurisprudenziali e di modifiche legislative, che sono successive rispetto alla domanda introduttiva della presente controversia.

In particolare:

a) La Corte di giustizia europea, con sentenza 26 novembre 2014 (nelle cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, Mascolo e altri), ha deciso nel senso che *“La clausola 5, punto 1, dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 (...) deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale (...) che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e per detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo. Alla stregua della sentenza della CGUE la non conformità della normativa nazionale al diritto dell'Unione consegue dal fatto che tale normativa da un lato non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine, e, dall'altro, non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato”*.

b) La legge 13 luglio 2015, n. 107, conseguentemente, oltre a prevedere per l'anno scolastico 2015/16 un piano straordinario di assunzioni suddiviso in tre fasi riguardante il solo personale docente (art. 1, commi 95 ss.): ha sancito la definitiva perdita di efficacia delle graduatorie ad esaurimento effettivamente esaurite (art. 1, co. 105); ha ribadito la cadenza triennale dei concorsi, da indire su base regionale, tenendo conto del fabbisogno espresso dalle istituzioni scolastiche nel piano dell'offerta formativa; ha previsto l'efficacia egualmente triennale delle graduatorie concorsuali (art. 1, co. 113); ha inserito un limite alla reiterazione delle supplenze, prevedendo che a decorrere dal 1° settembre 2016 i contratti a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili non possono superare la durata complessiva di trentasei mesi, anche non continuativi (art. 1, co. 131).

c) La Corte costituzionale, con sentenza n. 187 del 2016, ha dichiarato *“l’illegittimità costituzionale, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione, dell’art. 4, commi 1 e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124, nella parte in cui autorizza, in mancanza di limiti effettivi alla durata massima totale dei rapporti di lavoro successivi, il rinnovo potenzialmente illimitato di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza che ragioni obiettive lo giustifichino”*.

La Corte costituzionale ha dunque preso atto che la legge n. 107/2015 ha cancellato l’illecito comunitario per il futuro, ma non ha eliminato, per il solo fatto di aver previsto procedure di stabilizzazione, i pregressi illeciti consistiti nella reiterazione di contratti a termine in assenza di alcune condizioni o esorbitando da precisi limiti temporali.

2. All’esito della discussione di numerosi ricorsi, all’udienza del 18 ottobre 2016, la Corte di cassazione, sezione lavoro, ha deciso sulle varie questioni di diritto sollevate.

In particolare, con sentenze nn. 22552, 22553, 22554, 22555, 22556, 22557, 22558 del 2016, e altre ancora, la Corte di legittimità ha affermato quanto segue:

A. *"La disciplina del reclutamento del personale a termine del settore scolastico, contenuta nel d.lgs. n. 297 del 1994, non è stata abrogata dal d.lgs. n. 368 del 2001, essendone stata disposta la salvezza dall'art. 70, comma 8, del d.lgs. n. 165 del 2001, che ad essa attribuisce un connotato di specialità"*.

B. *"Per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124 e in applicazione della direttiva 1999/70/CE, è illegittima, a far tempo dal 10 luglio 2001, la reiterazione dei contratti a termine stipulati ai sensi dell'art. 4, commi 1 e 11, della citata legge n. 124 del 1990, prima dell'entrata in vigore della legge 13 luglio 2015, n. 107, rispettivamente con il personale docente e con quello amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA), per la copertura di cattedre e posti vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, sempre che abbiano avuto durata complessiva, anche non continuativa, superiore a trentasei mesi"*.

C. *"Ai sensi dell'art. 36 (originario comma 2, ora comma 5) del D.lgs. n. 165 del 2001, 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"*.

D. *"Nelle ipotesi di reiterazione dei contratti a termine stipulati ai sensi dell'art. 4, comma 1, della legge n. 124 del 1999, realizzatesi prima dell'entrata in vigore della legge 13 luglio 2015 n. 107, con il personale docente, per la copertura di cattedre a posti vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, deve essere qualificata misura proporzionata, effettiva, sufficientemente energica ed idonea a sanzionare debitamente l'abuso e a 'cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione' la misura della stabilizzazione prevista nella citata legge n. 107 del 2015, attraverso il piano straordinario destinato alla copertura di tutti i posti comuni e di sostegno dell'organico di diritto, relativamente al personale docente, sia nel caso di concreta assegnazione del posto di ruolo sia in quello in cui vi sia certezza di fruire, in tempi certi e ravvicinati, di un accesso privilegiato al pubblico impiego, nel tempo compreso fino al totale scorrimento delle graduatorie ad esaurimento, secondo quanto previsto dal comma 109 dell'art. 1 della stessa legge n. 107 del 2015"*.

E. *"Nelle predette ipotesi di reiterazione, realizzatesi dal 10 luglio 2001 e prima dell'entrata in vigore della legge 13 luglio 2015 n. 107, rispettivamente con il personale docente e con quello amministrativo, tecnico e ausiliario, per la copertura di cattedre e posti vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, deve essere qualificata misura proporzionata, effettiva, sufficientemente energica ed idonea a sanzionare debitamente l'abuso ed a 'cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione' la"*

stabilizzazione acquisita dai docenti e dal personale ausiliario, tecnico ed amministrativo, attraverso l'operare dei pregressi strumenti selettivi- concorsuali".

F. *"Nelle predette ipotesi di reiterazione, realizzatesi prima dell'entrata in vigore della legge 13 luglio 2015 n. 107, rispettivamente con il personale docente e con quello ATA, per la copertura di cattedre e posti vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, deve affermarsi, in continuità con i principi stabiliti dalle SS.UU di questa Corte nella sentenza n. 5072 del 2016 , che l'avvenuta immissione in ruolo non esclude la proponibilità di domanda per risarcimento dei danni ulteriori e diversi rispetto a quelli eliminati per effetto dell'immissione in ruolo stessa, con la precisazione che l'onere di allegazione e di prova grava sul lavoratore, in tal caso non beneficiato dalla agevolazione probatoria di cui alla menzionata sentenza".*

G. *"Nelle predette ipotesi di reiterazione di contratti a termine stipulati ai sensi dell'art. 4, comma 1, della legge n. 124 del 1999, avveratesi a far data dal 10 luglio 2001, ai docenti ed al personale amministrativo, tecnico ed ausiliario che non sia stato stabilizzato e che non abbia (come dianzi precisato) alcuna certezza di stabilizzazione, va riconosciuto il diritto al risarcimento del danno nella misura e secondo i principi affermati nella già richiamata sentenza delle SSUU di questa Corte n. 5072 del 2016".*

H. *"Nelle predette ipotesi di reiterazione di contratti a termine in relazione ai posti individuati per le supplenze su 'organico di fatto' e per le supplenze temporanee non è in sé configurabile alcun abuso ai sensi dell'Accordo quadro allegato alla direttiva in argomento, fermo restando il diritto del lavoratore di allegare e provare il ricorso improprio o distorto a siffatta tipologia di supplenze, prospettando non già la sola reiterazione ma le sintomatiche condizioni concrete della medesima".*

3. Con riguardo alla decisione delle sopra menzionate questioni di diritto, l'Ufficio della Procura generale della Corte di cassazione intende approfondire, ai fini della decisione sul quarto motivo del ricorso in esame, la questione inerente alle supplenze su *"organico di fatto"*, e cioè se sia configurabile l'abuso per la reiterazione oltre il limite temporale di trentasei mesi posto in relazione ai contratti a tempo determinato.

Il principio di diritto sancito dalla Corte di cassazione è nel senso che *"nel settore scolastico, nelle ipotesi di reiterazione di contratti a termine in relazione ai posti individuati per le supplenze su cd. organico di fatto e per le supplenze temporanee, non è in sé configurabile alcun abuso ai sensi dell'Accordo Quadro allegato alla direttiva n. 1999/70/CE, fermo restando il diritto del lavoratore di allegare e provare il ricorso improprio o distorto a siffatta tipologia di supplenze, prospettando non già la sola reiterazione ma le sintomatiche condizioni concrete della medesima"*.

La clausola 5 della direttiva n. 1999/70/CE (Misure di prevenzione degli abusi) così dispone:

"1. Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a:

a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;

b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;

c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.

2. Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, e/o le parti sociali stesse dovranno, se del caso, stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato:

a) devono essere considerati "successivi";

b) devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato".

Con generale riferimento al pubblico impiego privatizzato, le Sezioni unite della Corte di cassazione (sentenza 15 marzo 2016, n. 5072) hanno interpretato la clausola 5 nel senso che essa *“indica alternativamente le misure idonee a prevenire gli abusi: a) prescrizione di ragioni obiettive per il rinnovo; b) durata massima dei contratti a termine; c) numero massimo dei rinnovi. La clausola è comunque elastica perché consente “misure equivalenti” ad una di queste appena indicate.*

In base a tale clausola, allo scopo di prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, tranne che non vi siano ragioni obiettive che giustifichino il rinnovo di tali contratti, sono tenuti ad introdurre una o più misure attuative della prevenzione degli abusi, fissando la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi o il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti. Ma possono anche introdurre altre prescrizioni parimenti orientate alla prevenzione degli abusi purché siano qualificabili come “norme equivalenti”. Altresì - aggiunge la medesima clausola - è possibile una differenziazione che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, così coonestando la compatibilità comunitaria di discipline differenziate quale quella, nell'ordinamento italiano, dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”.

Con riferimento specifico al settore scolastico, la Corte di giustizia europea ha interpretato la clausola 5 nel senso che può configurarsi l'abuso nel rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato soltanto in relazione a quelli stipulati per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario.

Rileva quindi la distinzione tra le supplenze su organico di diritto e le supplenze su organico di fatto.

E' la legge n. 124 del 1999 per l'accesso in ruolo del personale docente che definisce le diverse ipotesi di supplenze che possono determinarsi.

Dispone l'art. 4:

“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”.

Dunque, il primo comma si riferisce alle supplenze su organico di diritto, che presuppongono posti vacanti e disponibili.

Il secondo comma riguarda invece le supplenze su organico di fatto, che presuppongono posti non vacanti, anche se disponibili nell'anno.

Il terzo comma riguarda infine le supplenze temporanee, che presuppongono posti non vacanti, né disponibili se non per un periodo limitato di tempo.

La Corte di giustizia europea ha configurato l'abuso nel rinnovo *sine die* dei contratti a tempo determinato solo in riferimento alle supplenze annuali finalizzate alla copertura di posti *“effettivamente vacanti e non disponibili”*, e cioè solo per le supplenze previste dall'art. 4, primo comma, della legge 124 del 1999.

La legge 13 luglio 2015, n. 107, all'art. 1, comma 131, ha inserito il limite dei trentasei mesi (anche non continuativi) alla reiterazione delle supplenze solo in relazione ai contratti a tempo

determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili; dunque, solo per le supplenze su “*organico di diritto*”.

D'altronde, è solo il primo comma dell'art. 4 (unitamente all'undicesimo comma) che è stato attinto dalla dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale con la richiamata sentenza n. 187 del 2016.

Ne restano escluse quindi le supplenze previste dal secondo e dal terzo comma dell'art. 4, disposizioni che non sono state dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale.

Le supplenze che vengono in rilievo nel presente ricorso sono quelle previste dal secondo comma dell'art. 4, come tali non incise di per sé dalla decisione interpretativa della Corte di giustizia europea, né dalla sentenza della Corte costituzionale, né dal limite legislativamente previsto.

D'altra parte, una volta esclusa, l'applicabilità del d.lgs. 368 del 2001 e successive modificazioni al settore scolastico, non può ritenersi applicabile alle supplenze su organico di fatto il limite triennale generalmente previsto per i dipendenti nel pubblico impiego privatizzato (art. 4 del d.lgs. 368), né, dal mero superamento di tale limite, possono trarsi le conseguenze che la richiamata sentenza delle Sezioni unite n. 5072 del 2016 ha tratto in tema di presunzione di verifica del danno comunitario di cui all'art 36 del d.lgs. n. 165 del 2001.

Il che non significa che non possa essere in concreto dimostrato l'abuso della reiterazione dei contratti a tempo determinato succedutisi per un periodo di tempo non inferiore ai trentasei mesi, ma a tal fine deve essere dimostrato “*il ricorso improprio o distorto a siffatta tipologia di supplenze*”.

Nel caso di specie, non pare però nemmeno allegata e provata la sussistenza di circostanze concrete atte a dimostrare che, presso l'Istituto in cui la prestazione è stata eseguita, non sussisteva un'effettiva esigenza temporanea e, quindi, non risulta allegato e provato il ricorso improprio o distorto alla tipologia di supplenze prevista dal secondo comma dell'art. 4.

Conseguentemente, si chiede:

a) che i primi tre motivi di ricorso siano rigettati in quanto formulati sul presupposto - erroneo - dell'applicabilità ai contratti a termine dedotti in giudizio della disciplina di carattere generale del contratto a tempo determinato contenuta, *ratione temporis*, nel d.lgs. n. 368 del 2001;

b) che il quarto motivo, pur risultando fondato nella parte in cui contesta l'esclusione statuita dalla Corte territoriale della configurabilità in astratto di un abuso, contrario all'Accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE, nel caso di reiterazione dei contratti a termine nel settore scolastico, sia rigettato in quanto, non avendo la ricorrente dimostrato il ricorso improprio o distorto alla tipologia di supplenze di cui al secondo comma dell'art. 4 della legge 123 del 1999, il dispositivo della sentenza impugnata appare conforme a diritto.

P.Q.M.

il pubblico ministero

visto l'art. 380 *ter* c.p.c. chiede che la Corte di Cassazione, in camera di consiglio, rigetti il ricorso.

Roma, 18 gennaio 2017

Il sostituto Procuratore generale
Mario Fresa

CONFORME CASS. 8927 DEL 2017