



C.A. DR. TARCO FERRARESI

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte d'Appello di Brescia, Sezione Lavoro, composta dai

Sigg.:

Dott.	Angelo	TROPEANO	Presidente
Dott.	Antonella	NUOVO	Consigliere rel.
Dott.	Anna Luisa	TERZI	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile promossa in grado d'appello con ricorso depositato in Cancelleria il giorno 19/02/10 iscritta al n. 87/10 R.G. Sezione Lavoro e posta in discussione all'udienza collegiale del 08/07/10

da

BODINI SILVIA, rappresentata e difesa dall'Avv.to Paolo LOMBARDI di Brescia, domiciliatario giusta delega a margine del ricorso in appello.

RICORRENTE APPELLANTE

contro

Ministero della Pubblica Istruzione, in persona del Ministro in carica pro-tempore rappresentato e difeso e domiciliato c/o Avvocatura Distrettuale dello Stato.

RESISTENTE APPELLATO

In punto: appello a sentenza n. 688/09 del 16/07/09 del Tribunale di Brescia.

Conclusioni:

Sent. N. 370/2010

Cron. N. 1733

R. Gen. N. 87/10

OGGETTO:

Contratto a termine e di
formazione lavoro

Del ricorrente appellante:

Come da ricorso

Del resistente appellato:

Come da memoria

Svolgimento del processo

La prof.ssa Silvia Bodini, premesso di aver lavorato alle dipendenze del Ministero convenuto con la qualifica insegnante di matematica in diversi periodi compresi dal 1995 al 2006 per effetto di una serie di contratti a tempo determinato, stipulati e rinnovati in successione in spregio alla normativa che fa divieto di ricorrere in modo indiscriminato a tale forma di contratto, adiva il giudice del lavoro di Brescia per sentir dichiarare la nullità del termine apposto ai contratti con la conseguente statuizione di unicità, fin dall'origine, del rapporto a tempo indeterminato, con ogni conseguenza di legge; in via subordinata chiedeva il risarcimento dei danni subiti a causa dell'indebita interruzione del contratto nel periodo estivo, danni che dovevano tener conto, oltre che della perdita della retribuzione, delle conseguenze morali ed esistenziali dello stato di precarietà.

Si costituiva il Ministero chiedendo il rigetto del ricorso atteso che l'amministrazione per tutti gli anni in questione non aveva cattedre scoperte e i contratti a termine erano finalizzati a coprire incarichi annuali di posti non compresi nell'organico di diritto.

Il primo giudice, esaminata la documentazione offerta in comunicazione, respingeva la domanda principale in quanto la conversione dei rapporti a termine nell'amministrazione è sottoposta

al divieto previsto dall'art. 36 secondo comma L.165/01 e respingeva, altresì, la domanda subordinata in quanto non ravvisava alcun danno risarcibile.

Appellava la prof. Bodini, riproponendo le proprie tesi non esaminate con la dovuta attenzione dal primo giudice; si costituiva l'amministrazione per la conferma.

All'odierna udienza, dopo la discussione delle parti, la causa veniva decisa con sentenza del cui dispositivo veniva data immediata lettura.

Motivi della decisione

Secondo la prof. Bodini, i vari contratti a tempo determinato erano illegittimi in quanto stipulati per soddisfare un fabbisogno permanente e durevole di docenti per la classe di concorso di matematica: anche alla pubblica amministrazione doveva essere applicato il principio di conversione dei rapporti a termine illegittimi in rapporto a tempo indeterminato disapplicando l'art. 36 secondo comma in quanto i principi di effettività ed adeguatezza della sanzione prevista per l'inosservanza delle direttive comunitarie non poteva consistere nella sola sanzione del risarcimento del danno, che era una conseguenza automatica priva di una sufficiente e specifica efficacia dissuasiva. In ogni caso, il danno doveva essere quantificato non solo con riferimento alle retribuzioni e agli istituti contrattuali ma anche con riferimento alla perdita di chance, alle lesioni all'integrità psicofisica, all'immagine e alla vita di relazione. La domanda principale - limitata, in appello, tenendo conto dell'eccezione di



prescrizione svolta dal Ministero in primo grado, al periodo compreso tra l'anno scolastico 2003/2004 e l'immissione in ruolo avvenuta 4 anni dopo – è, dunque, quella di conversione dei rapporti a termine in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato fin dalla prima assunzione, oltre al risarcimento di tutti i danni subiti.

Il Ministero, fin dal primo grado, afferma, invece, che la normativa comunitaria non prevede un obbligo generale di trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei rapporti illegittimamente costituiti a tempo determinato; che le norme di diritto interno, sia legislative che contrattuali, escludono la conversione; che non possono essere applicate al personale della scuola le disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 368/2001; che il ricorso ai rapporti a termine era, ed è, giustificato dalle particolari esigenze della scuola e connesso alla necessaria flessibilità del numero dei docenti.

La Corte ritiene, come già il primo giudice, che la domanda di conversione non possa essere accolta.

Per quanto riguarda il rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione, la durata determinata trova la sua disciplina nella norma fondamentale di cui all'art. 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165, più volte modificato negli anni. Nell'attuale stesura, qui invocata, l'art. 36, modificato dall'art. 49 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con l. 6.8.2008 n. 133, stabilisce, dopo aver ribadito che l'assunzione a tempo indeterminato rimane la regola per il fabbisogno ordinario di forza lavoro, che "*per rispondere ad esigenze*

temporanee ed eccezionali le amministrazioni pubbliche possono avvalersi 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, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti". In particolare, la disciplina, sul punto, appare più liberale rispetto alla normativa precedente, non subordinando il ricorso alla flessibilità al vincolo procedurale del previo utilizzo della mobilità interna, ma comunque si presenta più rigida rispetto alla totale liberalizzazione del 1998. Particolare importanza riveste la riattribuzione di un'efficacia integrativa alla contrattazione collettiva che di tale funzione era stata completamente spogliata nel 2007.

Il comma 2, peraltro, continua a prevedere il divieto assoluto di conversione, prevedendo che *"in ogni caso, la violazione di disposizione imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte di 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"*.



Nonostante le numerose modifiche subite dall'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, la *ratio* posta a base della norma di non consentire

nell'ambito del pubblico impiego la trasformazione dei rapporti di lavoro flessibili in rapporti a tempo indeterminato non è nel tempo mutata. Le ragioni della diversità rispetto al lavoro privato hanno subito il vaglio sia della giurisprudenza costituzionale che di quella comunitaria, superando l'esame sia nell'uno che nell'altro ambito, nonostante logiche e motivazioni diverse, in rapporto ai principi espressi dall'ordinamento interno e comunitario.

La Corte Costituzionale, in particolare, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 2, t.u. 165/2001, prospettata in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., ha argomentato dal *"solo profilo genetico del rapporto"*, osservando che il principio dell'accesso mediante concorso, enunciato dall'art. 97, comma 1, Cost. per l'impiego pubblico, è del tutto estraneo alla disciplina del lavoro privato e che tale principio *"rende palese la non omogeneità - sotto l'aspetto considerato - delle situazioni poste a confronto dal remittente e giustifica la scelta del legislatore di ricollegare alla violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori da parte delle amministrazioni pubbliche conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio, in luogo della conversione (in rapporto) a tempo indeterminato prevista per i lavoratori privati"*: la rilevata non omogeneità *"delle situazioni poste a confronto"*, in definitiva, esclude che possa ritenersi violato, dalla norma in questione, il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. La stessa sentenza n. 89/2003 della Corte Cost., peraltro, rileva che *"seppure lo stesso art. 97, comma 3,*

Cost., contempla la possibilità di derogare per legge, a miglior tutela dell'interesse pubblico, al principio del concorso, è tuttavia rimessa alla discrezionalità del legislatore, nei limiti della non manifesta irragionevolezza, l'individuazione di siffatti casi eccezionali, senza che alcun vincolo possa ravvisarsi in una pretesa esigenza di uniformità di trattamento rispetto alla disciplina dell'impiego privato".

La disciplina speciale di cui all'art. 36, t.u. 165/2001 va fondata sulla differenza "strutturale" tra il datore di lavoro privato e la p.a. datrice di lavoro. Infatti, nella pubblica amministrazione, il dirigente, rappresentante *ex lege* del datore di lavoro, vede delimitati i suoi poteri di rappresentanza dalle scelte adottate in sede di indirizzo politico amministrativo circa il dimensionamento e la tipizzazione della dotazione organica della pubblica amministrazione in cui opera e la sua attività non può in alcun modo incidere, modificandole, su tali scelte, che devono ritenersi conosciute e opponibili nei confronti di tutti, compresi gli stessi lavoratori coinvolti in contratti a tempo determinato eventualmente stipulati dai dirigenti esorbitando i limiti dei loro poteri.

Quanto al diritto comunitario la Corte di Giustizia si è occupata della questione con la sentenza c.d. *Adeneler* (4 luglio 2006, Grande Sezione, *Adeneler*, causa C - 212/04), con la quale, sembrava, avesse aperto la via ad un'equiparazione tra lavoro pubblico e privato poiché aveva affermato il principio che "qualora l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato non preveda nel



settore considerato altra misura effettiva per evitare e, se del caso, sanzionare l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinati successivi, il detto accordo quadro osta all'applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato, che, di fatto, hanno avuto il fine di soddisfare 'fabbisogni permanenti e durevoli' del datore di lavoro e devono essere considerati abusivi".

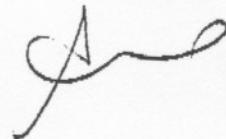
Tuttavia, tale prospettiva risulta abbandonata nella successiva sentenza *Vassallo*, 7 settembre 2006, *Vassallo*, causa C - 180/2004 38. In essa, con specifico riferimento alla normativa italiana (e cioè proprio all'art. 36, d.lgs. 165/2001) la Corte afferma che la sanzione risarcitoria, dalla suddetta normativa prevista per l'illegittima stipulazione di contratto a termine nel settore del lavoro pubblico, non possa ritenersi, a priori, uno strumento inadeguato, al fine di perseguire gli scopi della direttiva, tesa, come è noto, a sanzionare l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato stipulati in successione. Dello stesso tenore è la più recente sentenza *Kiriaki* del 23.4.2009. Secondo la Corte quindi l'articolo 36 non può considerarsi di per sé in contrasto con la direttiva. Il contrasto tuttavia si configurerebbe nel caso in cui la sanzione prevista dall'ordinamento interno, nell'ipotesi di abuso del contratto a tempo determinato, debba ritenersi inadeguata. Tale sarebbe una sanzione che non costituisse una deterrente sufficiente a dissuadere la P.A. dal stipulare contratti a termine sequenziali, di fatto utilizzandoli per

instaurare un vero e proprio rapporto a tempo indeterminato. La valutazione in ordine all'adeguatezza della sanzione viene rimessa dalla Corte di Giustizia al giudice nazionale.

Dalle considerazioni fin qui svolte risulta evidente che la pretesa di automatica conversione, fatta valere in via principale dalla prof. Bodini non possa essere accolta, perchè l'applicazione dell'istituto deve ritenersi confinata al rapporto di diritto privato, in quanto sia in sede di legittimità costituzionale, che di legittimità comunitaria, la natura pubblica del rapporto viene intesa come un ostacolo insormontabile alla conversione ad opera del giudice.

È, infatti, necessario tenere nel debito conto non solo le motivazioni "espresse" adottate dalla Corte Costituzionale con riferimento alla necessità di una selezione preventiva (al di fuori dei casi di costituzione ex lege) per l'instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato, ma anche quelle più o meno implicite sulla tutela della programmazione finanziaria (con riferimento alla quale la Corte Costituzionale in più occasioni ha ritenuto accettabile e ragionevole una disparità di trattamento) sia con riferimento alla teoria della "dissociazione legale" dei poteri di rappresentanza degli organi preposti alla gestione dei rapporti di lavoro, a loro volta tecnicamente riconducibili, nello schema della rappresentanza, alla non imputabilità al rappresentato dell'attività negoziale compiuta dal rappresentante oltre il mandato conferitogli (ex artt. 1387 e ss. c.c.; cfr. Cass. 1° ottobre 1997, n. 9594).

Quanto alla domanda subordinata di risarcimento del danno,



va innanzitutto osservato che, nel caso di specie, è assolutamente pacifico che il ricorso alla contrattazione a tempo determinato reiterata è il risultato di una scelta programmatica dell'amministrazione. Il Ministero, infatti, formula ogni anno delle scelte relative al numero di immissioni in ruolo da effettuare e, sulla base del dato relativo all'organico di diritto, stabilisce quale parte di tale organico deve essere coperto con personale di ruolo e quale parte vada invece coperta con contratti a tempo determinato mediante utilizzo delle graduatorie provinciali permanenti.

Tale facoltà non è di per sé censurabile a meno che il Ministero, come sostiene la Bodini, pur essendo consapevole di avere l'esigenza di coprire una determinata quantità di posti di lavoro più o meno costante nel corso degli anni, si sia riservata la facoltà di coprire con contratti a tempo determinato una quantità notevole di tali posti di lavoro.

Nello specifico, la ricorrente prova, tramite la produzione di atti ufficiali del Ministero che, ad es., nell'anno scolastico 2004-2005 (ma i dati sono sempre simili) il fabbisogno di personale docente nella scuola secondaria (nella quale è entrata in ruolo la Bodini) era stato quantificato in 250.360 unità, delle quali 12.811 assunte a tempo determinato annuale e ulteriori 22.006 con contratti fino al termine

dell'attività didattica: si tratta di numeri abbastanza rilevanti, pari al 10% del totale, e, a fronte del ripetersi di tale schema organizzativo, appare arduo ritenere, come sostiene il Ministero, che il ricorso a contratti a tempo determinato sia motivato da esigenze particolari e

temporanee non prevedibili. Al contrario, appare evidente che la scelta di coprire una parte cospicua dei posti necessari con contratti a termine, anziché con l'assunzione in ruolo, è il risultato di una precisa scelta amministrativa programmata e reiterata nel corso del tempo, evidentemente mirata a contenere i costi del personale (inferiore per i prestatori di lavoro a termine).

Le norme di legge citate del Ministero relative alle particolari esigenze della scuola (T.U. SCUOLA e successive modifiche) non possono considerarsi deroghe efficaci alle regole generali relative al rapporto a tempo determinato di cui al decreto legislativo 368/2001 come richiamato dal decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165, nell'interpretazione coerente con il diritto comunitario e il ricorso sistematico al contratto a tempo determinato con una sequenza reiterata operata dal Ministero resistente deve pertanto ritenersi illegittimo.

Come sopra osservato, la conseguenza di tale illegittimo ricorso alla contrattazione a tempo determinato non può essere la conversione dei rapporti bensì l'applicazione della sanzione prevista costituita dal risarcimento del danno per gli anni a partire dall'anno scolastico 2003/2004, così limitata dalla stessa lavoratrice la domanda proposta in primo grado.

Il danno risarcibile dovrà essere individuato con riferimento ai periodi lavorati da considerarsi soggetti non al regime (illegittimo) del contratto a tempo determinato di fatto applicato, ma a quello (legittimo) del contratto a tempo indeterminato: tale danno, quindi,



andrà individuato calcolando la differenza tra quanto effettivamente percepito dai lavoratori e quanto gli stessi avrebbero percepito qualora fossero stati da subito inquadrati quali lavoratori a tempo indeterminato ossia tenendo conto della retribuzione per i mesi estivi che non è stata corrisposta, con gli interessi di legge (e non la rivalutazione stante il divieto operante nel pubblico impiego).

Va, viceversa, esclusa la risarcibilità di ogni altro danno (morale, esistenziale ecc), di cui non è stata fornita prova adeguata, ma che si allega in via meramente presuntiva.

L'esito della causa legittima la compensazione per metà delle spese processuali e, di conseguenza, il Ministero soccombete è tenuto alla rifusione delle rimanente metà delle spese stesse liquidate per l'intero per il primo grado in €. 2.500,00 (di cui euro 750 per diritti) e per il presente grado in €. 2.600,00 (di cui euro 800 per diritti).

P.Q.M.

In parziale riforma della sentenza n. 688/09 del Tribunale di Brescia condanna il Ministero al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 36 comma 2 L.165/01 pari alle retribuzioni perse nei mesi estivi a partire dal contratto a termine per l'anno 2003/2004; conferma nel resto; compensa per metà le spese e condanna il Ministero alla rifusione della rimanente metà delle spese stesse liquidate per l'intero per il primo grado in €.2.500,00 e per il presente grado in €.2.600,00.

Brescia 8.7.2010

Il Consigliere est.

Il Presidente

3 c. v. a.
n. 100000000
24/9/10

2 c. v. a.
n. 100000000
15/9/2010

11 SET. 2010