

Corte di Cassazione 28 giugno 2013, n. 16414

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. STILE Paolo - Presidente -
Dott. NOBILE Vittorio - rel. Consigliere -
Dott. D'ANTONIO Enrica - Consigliere -
Dott. MAROTTA Caterina - Consigliere -
Dott. TRICOMI Irene - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:
sentenza

sul ricorso 19409-2010 proposto da:

S.P. (OMISSIS), elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE DELLE MILIZIE 9, presso lo studio dell'avvocato LUBERTO ENRICO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato DARIO ROSSI, giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

MINISTERO DELLA PUBBLICA ISTRUZIONE (OMISSIS) in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO presso i cui Uffici domicilia in ROMA, alla VIA DEI PORTOGHESI, 12;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 861/2010 della CORTE D'APPELLO di GENOVA, depositata il 19/01/2010 R.G.N. 619/2007; udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 23/04/2013 dal Consigliere Dott. VITTORIO NOBILE;

udito l'Avvocato LUBERTO ENRICO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CORASANITI Giuseppe che ha concluso per l'accoglimento parziale del ricorso.

Svolgimento del processo

S.P., inserita nella graduatoria permanente dei collaboratori scolastici della Provincia di Savona, aveva stipulato con il dirigente scolastico della Scuola media Pertini contratto a tempo determinato per l'anno scolastico 2004/2005 con scadenza 31-8- 2005.

Dichiarata dalla Commissione medica non idonea in modo permanente ed assoluto alle mansioni di collaboratrice scolastica, la S. da un lato veniva esclusa dalla graduatoria permanente dei collaboratori scolastici e, dall'altro, vedeva risolto anticipatamente (al 10-6- 2005) il contratto a tempo determinato.

Nel frattempo veniva reclamata la decisione della Commissione medica, che in seconda istanza dichiarava la ricorrente idonea quale collaboratrice scolastica limitatamente ad alcune mansioni, sicchè la S. chiedeva la immediata reintegrazione nel posto di lavoro e l'immediata inclusione nella graduatoria permanente.

Con sentenza n. 18/2007, il Giudice del lavoro del Tribunale di Savona, accertava l'illegittimità della risoluzione del contratto a tempo determinato, il diritto della S. al riconoscimento delle retribuzioni maturate dalla data di interruzione del rapporto sino alla sua scadenza naturale, la illegittimità della cancellazione dalla graduatoria provinciale e il diritto ad ottenere il reinserimento nella stessa e la riassunzione in servizio in ragione della posizione occupata in forza del punteggio

acquisito alla data di interruzione del rapporto e del punteggio maturato per il periodo successivo alla illegittima interruzione dello stesso.

Il primo giudice riconosceva infine il diritto della S. alla riassunzione con contratto a tempo determinato per l'anno scolastico 2005/2006, nonché il riconoscimento di tutte le retribuzioni maturate dal 1-9-2005 sino alla naturale scadenza del contratto stesso.

Il Ministero della Pubblica Istruzione proponeva appello avverso la detta sentenza chiedendone la riforma. La S. si costituiva e resisteva al gravame.

La Corte d'Appello di Genova, con sentenza depositata il 19-1-2010, in riforma dell'impugnata sentenza respingeva le domande della S. nei confronti del Ministero e compensava le spese di entrambi i gradi.

In sintesi la Corte territoriale, respinta l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario, rilevava che il sopravvenuto giudizio di inidoneità parziale (e non totale) non mutava i termini della questione, in quanto giustificava pur sempre la risoluzione anticipata del rapporto di lavoro. Al riguardo la Corte di merito evidenziava che "l'Amministrazione, che attinge alle graduatorie formate in base al concorso in cui il requisito dell'idoneità psico-fisica è requisito essenziale, deve poter fare affidamento sulla utilizzabilità del candidato in tutte le mansioni di cui al profilo professionale. Infatti ricorre a quella assunzione per coprire un posto vacante: verrebbe altrimenti frustrata sia la funzione dell'assunzione sia l'oggetto del contratto....Del resto, proprio a cagione di quanto ora osservato, la normativa vigente non prevede il cambio di mansioni per il personale ATA non di ruolo" e la "PA, che stipula un contratto a tempo determinato per fare fronte ad una specifica causale non può essere limitata nell'adibire il lavoratore a certe mansioni e non ad altre".

Infine, quanto alla lamentata illegittimità del recesso per violazione della L. n. 68 del 1999 e della L. n. 135 del 1990 per asserita discriminazione per essere la S. affetta da infezione HIV, la Corte territoriale rilevava che nella specie non vi era stata alcuna discriminazione, "ma l'oggettiva impossibilità di impiegare la ricorrente nel profilo lavorativo di assunzione".

Ne conseguiva pertanto il rigetto di tutte le domande, ritenendosi assorbite quelle di contenuto economico e di reiscrizione nella graduatoria, sulla quale peraltro era venuto meno l'interesse, essendo stata la S. nel frattempo assunta a tempo indeterminato nel profilo ATA. Per la cassazione di tale sentenza la S. ha proposto ricorso con sei motivi. Il Ministero dell'Istruzione Università e Ricerca ha resistito con controricorso. La S. ha depositato memoria ex art. 378 c.p.c..

Motivi della decisione

Con il primo motivo, premesso che i provvedimenti impugnati (risoluzione anticipata del rapporto e cancellazione dalla graduatoria) erano stati adottati sulla base del parere della Commissione medica di prima istanza, superato ed annullato dal parere della Commissione medica di seconda istanza, la ricorrente deduce che l'annullamento del presupposto ha travolto necessariamente anche i detti provvedimenti e rileva che, mentre non è dato di sapere cosa avrebbe deciso l'amministrazione se avesse atteso il secondo parere, i giudici del gravame illegittimamente si sono sostituiti all'autorità amministrativa nel formulare una valutazione di "carenza di interesse apprezzabile all'adempimento parziale", che spettava soltanto all'amministrazione stessa.

Con il secondo motivo la ricorrente, nel censurare l'impugnata sentenza nella parte in cui ha ritenuto che il "repechage" non sarebbe consentito nel caso di personale ATA non di ruolo, in quanto incompatibile con la causale specifica del contratto a tempo determinato, deduce che la L. n. 289 del 2002, art. 35, comma 6 richiamato dalla Corte di merito, si limita a stabilire che il personale ATA non può essere collocato fuori ruolo in caso di sopravvenuta inidoneità alla prestazione, e che non si rinviene nella norma alcun riferimento alla disciplina del personale ATA non di ruolo, nè alcuna distinzione tra il personale totalmente inidoneo e quello divenuto parzialmente inidoneo alle mansioni.

La ricorrente invoca altresì la applicazione della L. n. 68 del 1999 (richiamando anche le L. n. 297 del 1994 e L. n. 104 del 1992) ed aggiunge che la cancellazione dalle graduatorie per sopravvenuta inidoneità fisica è comunque subordinata all'accertamento dell'impossibilità della prestazione (non

emersa nella fattispecie) e che la risoluzione anticipata del contratto risulta illegittima in quanto l'amministrazione, a fronte della sopravvenuta inidoneità parziale alle mansioni del profilo professionale, avrebbe dovuto adibirla a mansioni equivalenti o anche inferiori, salvo che si trovasse nell'impossibilità di un valido ricollocamento della dipendente nel complesso scolastico, circostanza giammai provata nè allegata.

Con il terzo motivo la ricorrente, denunciando violazione dell'art. 51 del ccnl Scuola, deduce che le uniche mansioni per le quali è stata ritenuta inidonea (di pulizia dei locali e delle attività di carattere materiale) non risultano affatto prevalenti sulle numerose altre mansioni proprie del profilo (custodia, accoglienza, sorveglianza etc.).

Con il quarto motivo la ricorrente evidenzia la applicabilità della L. n. 68 del 1999 (ed in specie dell'art. 4, comma 4) e del diritto alla conservazione del posto anche nell'ipotesi di inidoneità sopravvenuta nel corso del rapporto di lavoro.

Con il quinto motivo la ricorrente lamenta violazione della L. n. 135 del 1990, art. 5 atteso che la ragione della inabilità parziale (come emerge dal verbale della Commissione medica di 2^a istanza) è derivata dalla infezione da HIV e dall'epatite cronica correlata.

Con il sesto motivo la ricorrente deduce la "cessazione della materia del contendere" e lamenta che la Corte di merito "non ha tenuto conto" del fatto che è intervenuto tra le parti un contratto a tempo indeterminato "perfetto e definitivo" con decorrenza dal 1-9-2007 e che tale fatto, a seguito della sopravvenuta sua "immissione in ruolo", "elimina l'interesse delle parti alla pronuncia relativa alla legittimità dei provvedimenti impugnati".

Infine nelle conclusioni la ricorrente nel contempo da un lato ha chiesto la declaratoria di "cessazione della materia del contendere in ragione dell'intervenuto passaggio in ruolo" e dall'altro ha chiesto la cassazione dell'impugnata sentenza ribadendo le proprie richieste di merito, mentre con la memoria ex art. 378 c.p.c. ha insistito per "l'accoglimento dei motivi di ricorso proposti".

Orbene, a parte la evidente contraddittorietà di tali conclusioni (che da un lato negano e dall'altro affermano la permanenza dell'interesse alla "pronuncia relativa alla legittimità dei provvedimenti impugnati"), osserva il Collegio che i detti motivi non meritano accoglimento.

Sui primi quattro motivi, che in quanto connessi vanno esaminati congiuntamente, va premesso che, come è stato affermato da questa Corte, "il rapporto di lavoro a tempo determinato, al di fuori del recesso per giusta causa di cui all'art. 2119 cod. civ., può essere risolto anticipatamente non già per un giustificato motivo oggettivo ai sensi della L. n. 604 del 1966, art. 3 ma soltanto in presenza delle ipotesi di risoluzione del contratto previste dall'art. 1453 c.c. e segg. (v. Cass. 10-2-2009 n. 3276).

In particolare, come è stato precisato, "la disciplina della risoluzione dei rapporti di lavoro a tempo determinato, o per i quali sia assicurata una temporanea stabilità per mezzo di una clausola di durata minima, va individuata tenendo conto non solo della norma specifica di cui all'art. 2119 cod. civ., ma anche delle norme generali sulla risoluzione dei contratti a prestazioni corrispettive.

In particolare, è rilevante, così come in genere nei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, l'impossibilità della prestazione (anche se non può operare il raccordo, per altre ipotesi delineato, tra impossibilità sopravvenuta e giustificato motivo oggettivo di cui alla L. n. 604 del 1966, art. 3), e in relazione ad essa la legittimità del recesso del datore di lavoro va stabilita in base all'esistenza o meno di un interesse apprezzabile alle future prestazioni lavorative, da valutarsi obiettivamente, avendo riguardo sia alle caratteristiche, anche dimensionali, dell'azienda, sia al tipo di mansioni affidate al dipendente, mentre non rileva la imprevedibilità del fatto sopravvenuto, che può essere causa di risoluzione del contratto anche se prevedibile, purchè l'evento non fosse comunque evitabile (v. Cass. 3-8-2004 n. 14871).

Non operando il raccordo con la L. n. 604 del 1966, art. 3 non possono, quindi, richiamarsi direttamente nella fattispecie i principi propri del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (ivi compresi quelli in tema di *repechage*), anche se la valutazione dell'esistenza dell'interesse apprezzabile alle future prestazioni lavorative deve pur sempre essere improntata all'osservanza dei principi di correttezza e buona fede, propri di ogni comportamento delle parti nel rapporto obbligatorio.

Tale valutazione costituisce accertamento di fatto che, se correttamente e congruamente motivato, non è censurabile in sede di legittimità.

I detti principi, che vanno qui ribaditi, trovano, poi, applicazione anche nei rapporti a tempo determinato nel lavoro pubblico privatizzato.

Orbene la Corte di merito ha ritenuto che, nella fattispecie, la inidoneità della S., seppure parziale, giustificasse pur sempre la risoluzione anticipata del rapporto di lavoro.

In particolare la Corte territoriale ha rilevato che "l'iscritto nella graduatoria permanente viene chiamato a ricoprire un posto vacante nell'organico del personale ATA di una scuola, proprio al fine di ricoprire tutte le specifiche mansioni che quel posto comporta e quindi una idoneità solo parziale si risolve in una assunzione non più giustificata dalla causale richiesta per l'assunzione stessa". La detta Corte ha altresì precisato che "nel caso in esame la ricorrente è stata dichiarata inidonea a tutte le mansioni più faticose (mantenimento della pulizia dei locali scolastici) mansioni di gran lunga prevalenti su quelle di mera custodia e centralino".

Tale accertamento di fatto, conforme ai principi di cui sopra, risulta altresì congruamente motivato e resiste alle censure della ricorrente.

In particolare sul primo motivo va rilevato che la sentenza impugnata ha rilevato la legittimità della risoluzione del rapporto ante tempus, pur alla luce della inidoneità soltanto parziale della S., emersa a seguito del giudizio della Commissione medica di seconda istanza, evidenziando che tale giudizio "non muta i termini della questione", la quale, del resto, riguarda i diritti delle parti e non ha carattere meramente impugnatorio dei provvedimenti dell'amministrazione (fondati sul giudizio precedente della Commissione di prima istanza).

Sul secondo motivo va osservato che, in generale, come si è visto, in materia di rapporto a tempo determinato non sono applicabili direttamente i principi propri del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (in specie in tema di *repechage*) e, in particolare, del resto anche la normativa speciale (L. n. 289 del 2002, art. 35, comma 6) prevede espressamente la possibilità di svolgimento di solo alcune delle mansioni del profilo soltanto nell'ipotesi del personale di ruolo non docente dichiarato parzialmente inidoneo, nulla stabilendo per l'ipotesi del rapporto a tempo determinato.

Il richiamo, poi, alla L. n. 68 del 1999 è inconferente in quanto non solo la S. è stata assunta non nella qualità di invalida (qualità che non rileva nel caso in esame), bensì soprattutto in quanto nella fattispecie si tratta di rapporto a tempo determinato, la cui risoluzione ante tempus deve essere valutata in base ai principi sopra richiamati della impossibilità parziale della prestazione e non già in base al giustificato motivo di licenziamento (al quale peraltro espressamente si riferisce l'art. 4, comma 4 della citata legge invocato dalla ricorrente).

Per le stesse ragioni risulta quindi inconferente anche il quarto motivo (strettamente connesso), dovendo comunque la fattispecie in esame essere inquadrata nel regime sopra evidenziato della impossibilità parziale della prestazione lavorativa nel rapporto di lavoro a tempo determinato.

Parimenti, con riferimento al quinto motivo, va rilevato che nel caso di specie non "entra in gioco" e non rileva la natura dell'invalidità e neppure l'infezione da HIV (peraltro emersa soltanto successivamente alla cancellazione dalla graduatoria e alla risoluzione anticipata del rapporto, in sede di verbale della Commissione medica di seconda istanza - come si legge nel ricorso -).

Del resto, come correttamente ha rilevato la Corte di merito, la controversia riguarda soltanto la oggettiva impossibilità di impiegare la S. nelle mansioni del profilo lavorativo della assunzione a tempo determinato.

Sul terzo motivo osserva, inoltre, il Collegio che è evidente che la affermazione della Corte di merito circa la "prevalenza" delle mansioni "più faticose" non scaturisce da un esame meramente quantitativo della pluralità delle mansioni elencate dall'art. 51 del ccnl Scuola, essendo piuttosto rilevante l'elemento qualitativo ed il "peso" delle mansioni nell'ambito della valutazione di cui all'art. 1464 c.c..

Infine, neppure merita accoglimento il sesto motivo, in quanto la sentenza impugnata, affermata la legittimità della risoluzione anticipata del rapporto, ha ritenuto assorbite le richieste di contenuto economico e di reinscrizione nella graduatoria, rilevando che "peraltro" su tale ultima domanda, a seguito della assunzione della S. a tempo indeterminato dal 1-9-2007, "è venuto meno l'interesse

attuale ex art. 100 c.p.c.".

In tal senso, quindi, tale fatto sopravvenuto è stato tutt'altro che trascurato dalla Corte di merito, che, in sostanza, ha rilevato la sopravvenuta carenza di interesse soltanto con riferimento alla domanda di reiscrizione nella graduatoria (richiamando anche quanto affermato dalla S. a pag. 16 nella memoria di costituzione in appello).

Peraltro, a ben vedere, tale statuizione non è specificamente censurata dalla ricorrente, la quale, come si è visto, contraddittoriamente e confusamente, da un lato afferma che la sopravvenuta immissione in ruolo avrebbe eliminato "l'interesse della parti alla pronuncia relativa alla legittimità dei provvedimenti impugnati", con conseguente cessazione (totale) della materia del contendere, e dall'altro reitera le proprie conclusioni in merito all'accertamento dell'illegittimità della cancellazione dalla graduatoria e della risoluzione anticipata del rapporto con le conseguenti richieste economiche.

Del resto in mancanza di conclusioni univoche e non risultando una totale eliminazione delle ragioni di contrasto (v. Cass. 22-12-2006 n. 27460, Cass. 8-11-2007 n. 23289, Cass. 20-3-2009 n. 6909) giammai potrebbe ravvisarsi una cessazione (totale) della materia del contendere.

Il ricorso va pertanto respinto ed infine, in considerazione dell'alternanza dell'esito dei giudizi di merito e della complessità delle questioni, le spese vanno compensate tra le parti.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e compensa le spese.

Così deciso in Roma, il 23 aprile 2013.

Depositato in Cancelleria il 28 giugno 2013