

72/18
RG n. 995/2016



RG Nr. 995/16

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI VENEZIA- sezione Lavoro

CANZA DI LITIGIO
SENT. IL 12/18
N. 995 del 20.16
N. 938/18 CRON.
LETTURA DISP. 1.2.18
OGGETTO: R. A. E.

Composta dai Magistrati

Dr. Roberto Santoro

Dr. Gianluca Alessio

Dr. Annalisa Multari

Presidente

Consigliere

Consigliere Rel.

SENTENZA

Nella causa promossa in appello con ricorso depositato in data 29 settembre 2016

Da

P. M. T. CF rappresentata e difesa dall'avv. del foro di e con domicilio eletto presso il suo studio in per procura depositata in via telematica con ricorso,

appellante

Contro

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA, UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER IL VENETO, difesi in proprio in primo grado, contumaci in appello,

appellati

Oggetto: appello avverso la sentenza del Tribunale di Treviso n. 356/16 del 3.08.16 e non notificata

In punto: accertamento diritto a permanere in graduatoria

CONCLUSIONI

Per parte appellante

voglia l'Ecc.ma Corte riformare la Sentenza di Primo grado e conseguentemente dichiarare la nullità della costituzione in primo grado del Ministero;

accertare e dichiarare il diritto della ricorrente ad essere reinserita a pieno titolo nelle graduatorie ad esaurimento;

disapplicare il provvedimento che ha escluso la docente P [REDACTED] dalla graduatoria GAE nella classe di concorso A345, e ordinare il suo reinserimento immediato con efficacia retroattiva e precisamente sin dalla sua espulsione nella graduatoria A345 lingua straniera della provincia di [REDACTED] così da consentirle di essere assunta a tempo indeterminato o determinato e di raggiungere il minimo contributivo;

in via subordinata accertare il diritto della ricorrente ad essere reinserita nelle Gae;

disapplicare il provvedimento che ha escluso la docente e ordinare il suo reinserimento immediato nella graduatoria così da consentirle di essere assunta a tempo indeterminato o determinato e di raggiungere il minimo contributivo. In ogni caso con vittoria di spese e competenze.

Per parte appellata

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso in appello depositato in data 29 settembre 2016 M [REDACTED] T [REDACTED] P [REDACTED] proponeva appello avverso la sentenza emessa dal giudice di [REDACTED] che aveva rigettato la sua domanda di reinserimento nelle graduatorie ad esaurimento della provincia di [REDACTED] con compensazione delle spese di lite.

In primo grado la docente a tempo determinato premenzionata depositava contestualmente ricorso d'urgenza e ricorso ordinario in data 12.08.15, lamentando di essere stata cancellata dalle graduatorie ad esaurimento ove era inserita nella classe di concorso A345 della Provincia di [REDACTED] al secondo posto, con punteggio 169, perché aveva superato in data 20.07.15 l'età di 66 anni e 3 mesi; tale cancellazione era pregiudizievole poiché le impediva di essere assunta in ruolo ed anche di operare a termine, non avendo maturato neppure il minimo contributivo necessario e sufficiente per raggiungere la pensione minima.

Invocava pertanto la sentenza n. 282/91 e 33/13 della Corte Costituzionale, cui la pubblica amministrazione avrebbe dovuto adeguarsi in osservanza anche della circolare emessa sul tema n.2/15, evidenziando che la situazione in cui si era trovata era dipesa dall'inadempienza colpevole dello Stato Italiano che aveva abusato dei contratti a termine in violazione dell'art. 5 dell'Accordo Quadro.

Assumeva il proprio diritto a continuare ad essere iscritta nella graduatoria provinciale fino al raggiungimento dell'età massima (70 anni) necessaria e sufficiente per il raggiungimento dei 20

anni di anzianità contributiva, in modo eguale a quanto previsto per i lavoratori a tempo indeterminato in applicazione del principio di non discriminazione di cui all'art. 4 dell'Accordo quadro.

Invocava in fatto la conciliazione sopravvenuta in favore di altro soggetto (Z. P.), reinserito fino al raggiungimento dei 70 anni.

Parte convenuta, nel costituirsi in giudizio, contestava l'istanza cautelare evidenziando che rispetto all'abuso dei contratti a termine l'interessata aveva avviato altro giudizio che si era concluso con sentenza di mero risarcimento del danno; che in merito alle graduatorie non vi era giurisdizione del giudice adito e che comunque il ricorso era nullo in quanto generico.

Nel merito contestava l'insussistenza del diritto a rimanere in servizio in ragione del decreto legislativo n. 212/10 che aveva abrogato la norma sul trattenimento in servizio degli insegnanti a tempo determinato.

Il giudice rigettava la richiesta cautelare ritenuto che la docente non era dipendente del Ministero e pertanto non poteva invocare i principi del trattenimento in servizio; nel merito rilevava che rispetto all'abuso dei contratti a termine aveva proposto causa diversa conclusa con il risarcimento del danno.

Da ultimo rilevava la mancanza di prova che il trattenimento in servizio le avrebbe garantito il raggiungimento dei requisiti previdenziali minimi per la pensione entro il 70° anno.

In sede meritale il giudice, ribadita la giurisdizione del giudice ordinario adito, rigettava l'eccezione di nullità del ricorso sollevata dal Ministero, rigettava il ricorso (rilevando) che neppure considerando i periodi di servizio sopravvenuti al ricorso d'urgenza e il riscatto degli anni universitari, la P. aveva provato che il mantenimento dell'iscrizione e quindi la possibile conclusione di contratti a termine fino ai 70 anni (raggiunti in anno scolastico 2018/2019), le avrebbe garantito il raggiungimento di 20 anni di contribuzione, compensando le spese di lite.

Avverso la sentenza proponeva tempestivo e rituale appello la P. che contestava la decisione di primo grado eccependo in via preliminare l'irritualità della difesa del Ministero ex art. 417 bis c.p.c. per difetto di delega in atti; nel merito rilevando l'errore in cui era incorso il giudice ritenuto che nel periodo del giudizio ordinario la P. era stata destinataria di ulteriore rapporto a termine ed evidenziando che lo stato di non dipendenza era conseguente alla condotta del Ministero. Invocava in ogni caso un'interpretazione estensiva che consentisse di comprendere nello status di dipendente anche i docenti non in ruolo, in ragione della norma di cui all'art. 4 dell'accordo quadro. Assumeva di aver provato per quanto nelle proprie possibilità che la permanenza nella graduatoria, in ragione della posizione in graduatoria e delle supplenze conferite nella classe di concorso, le

avrebbe garantito la stipulazione di ulteriori contratti a termine che, in aggiunta ai periodi di servizio svolti, al periodo di laurea riscattabile ed ai periodi di disoccupazione fruiti le avrebbero garantito il raggiungimento di 20 anni di servizio entro l'anno scolastico del 2018/2019, compiendo 70 anni in data [REDACTED] ed avendo pertanto diritto, per un principio di continuità didattica, di andare in pensione al termine dell'anno scolastico indicato .

Nonostante la regolare notificazione presso l'Avvocatura dello Stato effettuata in data 2.11.2016, gli appellati non si costituivano e la Corte ne dichiarava la contumacia.

Indi ottenute dall'Inps informazioni in ordine alla situazione contributiva della P. [REDACTED] all'udienza dell'1 Febbraio 2018 ha deciso la causa come da separato dispositivo in atti.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appello proposto merita accoglimento siccome fondato.

Esaminando i motivi di appello quanto al primo motivo relativo alla nullità della costituzione del Ministero per carenza di delega, trattasi di eccezione infondata poiché il Ministero in fase di primo grado si era costituito ex art. 417 bis c.p.c. tramite la dott.sa S. [REDACTED] a ciò delegata dal dirigente, con domicilio eletto presso l'ufficio scolastico Provinciale di [REDACTED]

Nessuna questione era stata sollevata in merito dal procuratore attoreo che nella discussione del 3.08.16, non aveva sollevato eccezione di nullità della difesa del Miur (cfr. verbali udienza di primo grado).

Né peraltro l'eventuale mancata produzione della delega che avrebbe dovuto trovarsi in calce alla memoria di costituzione, è motivo di invalidità della difesa , ritenuta la qualità del soggetto che aveva sottoscritto la memoria difensiva dichiarando di essere stato a ciò delegato dal proprio dirigente (cfr. fascicolo di primo grado).

Così Cass. 19027/11 In materia di difesa della P.A., qualora l'autorità amministrativa sia rappresentata in giudizio da un funzionario delegato, non sono applicabili la disciplina della procura al difensore e i relativi principi, dovendosi ritenere sufficiente, ai fini della regolarità della costituzione del delegato, la sottoscrizione del ricorso e la sua espressa dichiarazione di stare in giudizio in tale sua qualità. Ciò in conformità del principio secondo cui la investitura dei pubblici funzionari nei poteri che dichiarano di esercitare nel compimento degli atti inerenti il loro uffici si presume, costituendo un aspetto della presunzione di legittimità degli atti amministrativi. (Principio affermato ai sensi dell'art. 360 bis, comma 1, cod. proc. civ.).

Pertanto il primo motivo di appello va rigettato siccome infondato.

§§§§§

Superato l'aspetto preliminare di rito gli altri motivi di appello possono essere esaminati congiuntamente, in quanto logicamente connessi, ed inerenti il rigetto da parte del giudice della pretesa, sia in ragione della qualità di "non dipendente" della P. [redacted] che della mancata prova del requisito minimo contributivo necessario per poter essere trattenuta in servizio, fino al compimento dell'età massima pensionabile (70 anni).

Il giudice di primo grado invero così decideva: *„Va ribadito quanto già osservato in sede di ricorso cautelare, e cioè, che “La circolare invocata dal ricorrente, e le correlative pronunce della Corte Costituzionale, riguardano la posizione del lavoratore dipendente che, al raggiungimento di 70 anni, maturi i requisiti contributivi per l'accesso alla pensione che, invece, non possiede al compimento dell'età “ordinamentale”, il trattenimento del quale, fino al raggiungimento dei requisiti per l'accesso alla pensione e, comunque, non oltre i 70 anni, è consentito. La professoressa P. [redacted] però, con il ricorso in esame non fa, in realtà, valere la posizione di lavoratore dipendente, neanche a tempo determinato, in quanto la stessa non ha in corso alcun rapporto di lavoro con il Ministero, tanto che insta per l'ordine al MIUR di inserimento nella Gae provinciale, ovvero per acquisire una posizione che le consenta di instaurare un rapporto di lavoro allo stato insussistente e che non è stato neanche addotto sussistesse alla data di cancellazione dalla graduatoria”. Le norme sul trattenimento in servizio di cui sopra non sono immediatamente applicabili al caso che ne occupa, dove rileva, invece, la disciplina dei limiti di età per la permanenza nelle graduatorie nelle quali sono inseriti gli aspiranti ad un rapporto di lavoro dipendente con il Ministero. La ricorrente non ha, invero, affrontato la questione (non ha, cioè, analizzato la normativa specificamente interessante la peculiare posizione, normativa che limita la permanenza nelle Gae fino all'età di 66 anni e tre mesi in attuazione della quale è avvenuta la cancellazione) in quanto ha, invece, argomentato circa la equiparabilità della propria posizione a quella del dipendente, in quanto la mancata sussistenza di un rapporto di lavoro dipendente sarebbe imputabile al comportamento illegittimo del datore di lavoro, che ha abusato dello strumento del contratto a termine, laddove, qualora il comportamento fosse stato corretto, la P. [redacted] sarebbe, al momento, dipendente a tempo indeterminato dell'amministrazione, potendo, così, fruire del trattenimento. Tale argomento non è convincente in quanto il rimedio all'abusività del ricorso alla reiterazione del contratto a termine è, nel caso di contratti con una Pubblica Amministrazione, pacificamente dato esclusivamente dal rimedio risarcitorio e non dalla conversione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato. E se, come ha –in termini incontestati assunto il Ministero convenuto- la illegittimità del ricorso al contratto a termine nei confronti della P. [redacted] è stata già affermata dal giudice del lavoro (con sentenza 269/2015) il rimedio alla*

illegittimità è stato riconosciuto a mezzo del risarcimento del danno e non della conversione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato, così da doversi affermare che l'alternativa al contratto a termine reiterato in termini di illegittimità non è stato il contratto a tempo indeterminato, ma il risarcimento del danno derivatone. E', invece, da rilevare che l'art. 509 terzo comma T.U. della scuola prevede il trattenimento in servizio oltre il 65° anno di età (ora 66 anni e tre mesi), e fino all'età di 70 anni, al fine del raggiungimento del compimento dell'anzianità minima ai fini della pensione, e che l'art. 541 dispone l'applicazione delle norme del T.U. riferite ai docenti di ruolo anche al personale e non di ruolo, previa valutazione di compatibilità delle norme medesime. In questa ottica, ancorchè la collocazione in una graduatoria non sia posizione corrispondente a quella di dipendente a tempo determinato, potrebbe valutarsi la interpretabilità (o integrabilità) della normativa secondaria sulle GAE (e, in particolare, dell'art. 8 D.M. 235/2014) nel senso di consentire disporre la permanenza nelle stesse fino al 70° anno di età al fine di conseguire i requisiti per il trattamento pensionistico, secondo una valutazione effettuata in alcune pronunce di merito (così Giudice del lavoro Udine 16/9/2015). Tuttavia il trattenimento in servizio oltre l'età ordinamentale è previsto al solo fine di raggiungere i requisiti minimi per la pensione (si veda Cass. Sez. lav. 25655/2006 secondo cui "la facoltà di prosecuzione del rapporto di lavoro, è ammessa "soltanto per il tempo strettamente necessario al raggiungimento dell'anzianità minima per il diritto a pensione (v. anche Corte Cost. n. 238 del 1988). Conseguentemente non è data la facoltà di prosecuzione del rapporto di lavoro oltre i sessantacinque anni allo scopo di incrementare l'anzianità di servizio giacchè si tratta di bilanciare, come rilevato dal giudice costituzionale, l'interesse del lavoratore al conseguimento della pensione e l'interesse, anch'esso costituzionalmente rilevante, all'occupazione giovanile, il quale può essere sacrificato solo ove la prosecuzione del rapporto di lavoro sia finalizzata al conseguimento della pensione") e, nel caso di specie, -e come già rilevato in sede cautelare ed eccepito dal Miur- la ricorrente non ha "dedotto né tantomeno dimostrato se e come permanendo la ricorrente nella Gae fino al compimento del 70° anno di età, come prospettato, la medesima effettivamente sarebbe in grado di conseguire il requisito di natura previdenziale". Neanche a considerare la documentazione successiva (comunque tardivamente allegata solo alla udienza del 6 luglio 2016, come anche eccepito dal resistente) il potenziale conseguimento del requisito risulta positivamente, in quanto, anche a considerare il riscatto degli anni di università (non effettuato, ed anche esso solo potenziale) ed il ricongiungimento delle posizioni Inps ed Inpdap (anch'esso non ancora effettuato), e conteggiando come lavorato tutto risulterebbe al 26 marzo 2019, laddove il compimento del 70° anno di età si verificherebbe il 28 febbraio 2019. L'assenza di prova circa il raggiungimento dei requisiti per

l'ottenimento della pensione anche attraverso la permanenza nelle graduatorie ad esaurimento comporta l'inaccoglibilità del ricorso".

Parte appellante criticava la decisione invocando un'interpretazione estensiva del concetto di personale in servizio, ritenuto che il venir meno dello *status* di insegnante, destinataria di rapporti a termine (condizione perdurata anche dopo la cancellazione, in forza di ulteriore contratto a termine concluso per la medesima classe di concorso e durato fino al 30.06.16, cfr. docc. depositata dalla parte ricorrente in primo grado in allegato alle note conclusive per udienza del 6.07.16), era dipeso da un provvedimento dell'Amministrazione che, cancellando la P [REDACTED] dalla graduatoria ad esaurimento, aveva impedito la prosecuzione della prestazione lavorativa.

Ritiene il Collegio che, in ragione della norma abrogata nel 2010 e di cui all'art. 24 legge n. 1955 n. 160 che consentiva il conferimento di incarichi al personale non di ruolo fino alla massima età pensionabile fissata in anni 70, e delle previsioni contenute in artt. 509 e 541 del TU 297/94 ancora vigenti, la circostanza che all'epoca del ricorso la P [REDACTED] non fosse più dipendente non impedisse l'applicazione analogica delle norme previste per il personale di ruolo.

Secondo l'art. 509 cit. il personale in servizio al 1 ottobre 1974, che debba essere collocato a riposo per limiti di età e non abbia raggiunto il numero di anni di servizio richiesto per il massimo della pensione, può essere trattenuto in servizio fino al conseguimento della pensione nella misura massima e non oltre il settantesimo anno di età. 3. Il personale, che, al compimento del sessantacinquesimo anno di età, non abbia raggiunto il numero di anni richiesto per ottenere il minimo della pensione, può essere trattenuto in servizio fino al conseguimento di tale anzianità minima e, comunque, non oltre il settantesimo anno di età. 4. COMMA ABROGATO DAL D.P.R. 28 APRILE 1998, N. 351. 5. Al personale di cui al presente titolo è attribuita, come alla generalità dei dipendenti civili dello Stato e degli enti pubblici non economici, la facoltà di permanere in servizio, con effetto dalla data di entrata in vigore della legge 23 ottobre 1992, n. 421, per un periodo massimo di un biennio oltre i limiti di età per il collocamento a riposo per essi previsti. ...".

La disposizione di cui all'art. 541 stabilisce altresì l'applicazione al personale non di ruolo delle stesse disposizioni previste per il personale di ruolo in quanto non diversamente disposto e compatibili.

A ciò si aggiunga che in ragione dell'art. 38 Cost., come interpretato dalla Corte costituzionale già dal 1986 e poi di recente con sentenza n. 33/13, le norme sul collocamento a riposo del personale per raggiunti limiti di età, devono essere interpretate in modo tale da consentire il mantenimento in servizio, fino all'età massima prevista, per coloro che non abbiano maturato il requisito minimo previsto per il pensionamento.

Ritenuto che in ragione del principio di parità di trattamento di condizioni di impiego, di cui all'art. 4 Accordo quadro, come statuito dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 23868/16 richiamata ai sensi dell'art. 118 disp. att. c.p.c. anche nella parte motivazionale e per la giurisprudenza comunitaria ivi richiamata, al personale docente non di ruolo, salve ragioni obiettive che non consistano- però- soltanto nell'essere stato assunto a tempo determinato, deve essere garantito lo stesso trattamento normativo del personale a tempo indeterminato, la norma di cui 8 del DM 235/14 relativa alle graduatorie ad esaurimento che considerava quale requisito per l'ammissione alla graduatoria, il non aver superato l'età di 66 anni e 3 mesi, va disapplicata in quanto dà luogo ad una disparità di trattamento tra personale a tempo determinato e personale a tempo indeterminato, non giustificata in alcun modo dal Miur.

Infatti la P. [REDACTED] iscritta nelle graduatoria provinciale di [REDACTED] per la classe A345 (lingua straniera), è stata cancellata dalla stessa in data 20.07.2015 (cfr. doc. 1 e 2 parte ricorrente in primo grado), nonostante non avesse conseguito la contribuzione minima necessaria e sufficiente per ottenere la pensione (20 anni di servizio), a differenza di quanto sarebbe accaduto se fosse stata in ruolo.

In tal caso in ragione della norma di cui all'art. 509 cit. avrebbe avuto diritto di essere mantenuta in servizio fino al settantesimo anno di età.

Né rileva la causa relativa al risarcimento del danno per abuso di contratti a termine che essendo fondata su altra norma dell'Accordo Quadro(art. 5), non rivestiva alcuna pregiudizialità rispetto alla odierna richiesta giudiziale.

Quanto poi alla prova che rimanendo in servizio o meglio rimanendo iscritta alla graduatoria, la ricorrente avrebbe potuto essere destinataria di ulteriori contratti ed incarichi, prova che il giudice di primo grado ha ritenuto non raggiunta, il Collegio osserva che dalla documentazione versata in atti e non contestata in primo grado dalla parte resistente, risulta provato che la Perugini aveva un punteggio che le avrebbe consentito, rimanendo inserita in graduatoria, di essere destinataria di ulteriori chiamate (come peraltro avvenuto nonostante la cancellazione per l'anno scolastico 2015/2016).

Inoltre la docente - come consentito dall'ordinamento (vedi Cass. 2010 n. 5813)- ha ripresentato domanda di riscatto per gli anni universitari (cfr. doc. depositata in udienza) che le consentirà con il pagamento rateale previsto dall'ente previdenziale, di riscattare 4 anni di laurea validi per l'accesso alla pensione.

Come chiarito dall'Inps con la documentazione inviata in data 29.01.18, in ragione dei periodi di servizio prestati, la docente aveva acquisito una contribuzione presso l'Inps di 4 anni 3 mesi e 14

giorni, e presso la Cassa dei Trattamenti pensionistici dello Stato di 10 anni, mesi 6 e 9 giorni (vedi comunicazione Inps del 29.01.18 che sostituiva la precedente comunicazione del 17.01.18); può quindi ritenersi provato, con ragionevole probabilità, che in vista del raggiungimento dell'età massima pensionabile (anni 70 che raggiungerà durante l'anno scolastico 2018-2019 essendo nata il 28.02.1949), la P [redacted] conseguirà i 20 anni di anzianità contributiva necessari per la pensione minima.

Sussistendo i requisiti previsti dalla Corte Costituzionale (cfr. sentenza n. 33/13) per il trattenimento in servizio, la P [redacted] aveva quindi diritto di continuare ad essere iscritta nella graduatoria provinciale nonostante il raggiungimento di 66 anni e 3 mesi.

Pertanto in riforma della sentenza impugnata, va [quindi] accolta la domanda azionata in primo grado siccome fondata.

La natura della controversia e la sua novità costituiscono motivo di compensazione delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

PER QUESTI MOTIVI

Ogni contraria istanza eccezione e domanda disattesa, definitivamente pronunciando:

- In accoglimento dell'appello proposto ed in riforma della sentenza impugnata accerta il diritto di P [redacted] M [redacted] T [redacted] ad essere reinserita nelle graduatorie provinciali nella classe di concorso A345 lingua straniera (inglese) sino al raggiungimento del settantesimo anno di età;
- Compensa le spese di lite di entrambi i gradi.

Venezia, 1 febbraio 2018

Il Consigliere Estensore

Dott. Annalisa Multari

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
VIRIO GOBBO

Il Presidente

Dott. Roberto SARTORO

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Venezia, 20 MAR 2018

