



REPUBBLICA ITALIANA

In Nome del Popolo Italiano

Il Tribunale di Genova, sezione lavoro, Giudice monocratico dott. Marcello Basilico ha pronunciato la seguente

Sentenza

nella causa promossa da

A.S., nata a ---- il -----, rappresentata e difesa dall'avv. G.B. per mandato conferito un calce al ricorso **RICORRENTE**

contro

Agenzia delle entrate, in persona del direttore *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato **CONVENUTA**

Conclusioni per la ricorrente: “in via principale, accertata l’illegittimità dell’apposizione del termine e comunque la sua abusiva reiterazione, dichiarare che tra l’Agenzia delle Entrate e l’attuale ricorrente è intercorso un rapporto a tempo indeterminato dalla data del primo incarico dirigenziale con tutte le conseguenze di legge; ovvero, sempre in via principale, riconoscere il diritto dell’attuale ricorrente ad essere contrattualizzata *ex tunc* con la qualifica di dirigente di seconda fascia per i motivi di cui *sub* lettera B; in via del tutto gradata, salvo gravame, condannare la convenuta Agenzia al risarcimento del danno subito nella misura massima prevista ovvero in quella ritenuta “idonea a compensare la perdita subita”; condannare la convenuta Agenzia a rifondere alla ricorrente le spese di causa oltre accessori di legge”.

Conclusioni per la convenuta: “rigettare le pretese di controparte, in quanto prescritte, inammissibili e comunque infondate. In ogni caso, con vittoria di spese e compensi del giudizio”.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con ricorso depositato il 12.11.2015 A.S. ha chiesto che sia accertato il proprio diritto alla costituzione d'un rapporto di lavoro dirigenziale con l'Agenzia delle entrate o ad essere altrimenti risarcita del danno per la sua ininterrotta assegnazione ad incarichi dirigenziali dal 19.6.96 sino alla revoca anticipata dell'ultimo incarico avvenuta con effetto dal 26.3.2015. La domanda risarcitoria è stata anche prospettata in relazione ad un'omessa od incompleta attuazione della direttiva U.E. 1999/70.

In ordine a quest'ultima domanda l'Agenzia delle entrate ha eccepito il difetto della propria legittimazione passiva, competendo allo Stato recepire le direttive comunitarie. In ogni caso ha chiesto la reiezione del ricorso avverso, motivando con vari argomenti le ragioni della sua infondatezza.

La posizione contrattuale della lavoratrice ricorrente.

I fatti di causa rilevanti sono pacifici tra le parti e comunque documentati.

La ricorrente, già direttrice inquadrata nella nona qualifica funzionale, poi nella posizione economica F6 della terza area CCNL di comparto, ha ricevuto inizialmente l'incarico di reggenza dell'Ufficio del registro atti giudiziari di Genova, poi cumulato con la reggenza dell'Ufficio del registro, bollo e demanio di Genova "*in attesa dell'espletamento delle procedure paraconcorsuali* [all. 3/3-bis al ricorso]; tali uffici sono poi stati unificati ed hanno assunto rilievo dirigenziale in concreto dal 2.1.99 [all. 4 ric.].

Dopo di allora, senza soluzione di continuità, alla ricorrente sono stati affidati i seguenti incarichi, tutti definiti provvisori "*nelle more dell'individuazione del dirigente idoneo*" od in vista del "*l'espletamento della procedura concorsuale per la copertura della posizione vacante*":

- reggenza al 13.6.2000 dell'Ufficio organizzazione e sistemi [all. 5 ric.];
- direzione dall'1.1.2001 dell'Ufficio organizzazione e qualità [all. 6];
- assistente di direzione dal 28.12.2001 [all. 7];
- direttore dall'1.3.2003 dell'area Servizi ai contribuenti dell'Ufficio di Genova, rinnovato fino all'1.2.2009 [all. 8/9];
- direttore dell'Ufficio di Genova 2 dal 2.2.2009, due volte prorogato fino al 3.3.2013 [all. 10/11];
- direttore dell'Ufficio territoriale di Genova 1 dal 4.3.2013, prorogato fino al 3.3.2013 [all. 11/12], ma, di fatto, fino al 25.3.2015.

Con nota del 25.3.2015 il direttore dell'Agenzia delle entrate le ha comunicato che, "*per effetto della pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 2015, da domani l'incarico dirigenziale a lei conferito, viene meno*" [all. 1 ric.].

La sentenza ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 24, d.l. 16/2012 (conv. con modificazioni dall'art. 1, co. 1, legge 44/2012), sulla base del quale erano stati conferiti gli ultimi incarichi dirigenziali alla ricorrente (e ad altro numeroso personale direttivo dell'Agenzia delle entrate).

Va precisato che, prima che di questa norma, l'ente convenuto aveva fatto applicazione dell'art. 24 ("*Copertura provvisoria di posizioni dirigenziali*") del proprio regolamento di amministrazione, approvato con delibera 4/2000 del suo

comitato direttivo e pubblicato sulla G.U. 36/2001. Esso aveva stabilito che, *“fatta salva l’applicazione dell’articolo 12, per la copertura delle posizioni dirigenziali vacanti all’atto del proprio avvio, l’Agenzia può stipulare, previa specifica valutazione dell’idoneità a ricoprire provvisoriamente l’incarico, contratti individuali di lavoro a termine con propri funzionari, con l’attribuzione dello stesso trattamento economico dei dirigenti, con l’obbligo di avviare nei sei mesi successivi la procedura selettiva.*

Per inderogabili esigenze di funzionamento dell’Agenzia, le eventuali vacanze sopravvenute possono essere provvisoriamente coperte, previo interpello e salva l’urgenza, con le stesse modalità di cui al comma 1, fino all’attuazione delle procedure di accesso alla dirigenza e comunque fino al 31 maggio 2012”.

La delibera del comitato di gestione dell’Agenzia, che ha attuato questa disciplina, è stata annullata per effetto della sentenza dell’1 agosto 2011, n. 6884, del TAR Lazio, la cui esecutività è stata però sospesa dalla quarta sezione del Consiglio di stato, con ordinanza del 29 novembre 2011, n. 5199.

Prima di questi interventi giurisdizionali, infatti, l’Agenzia delle entrate aveva prorogato per almeno due volte tutti gli incarichi dirigenziali a termine già conferiti ai sensi dell’art. 24 reg. amm. *“fino alla conclusione delle procedure d’interpello finalizzate ad assicurare la copertura delle relative posizioni”* [all. 18/19 ric.].

Nella pendenza della controversia davanti alla giurisdizione amministrativa è sopraggiunta la norma di legge, stabilendo che, *“nelle more dell’espletamento di dette procedure l’Agenzia delle entrate, salvi gli incarichi già affidati, potrà attribuire incarichi dirigenziali a propri funzionari con la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato, la cui durata è fissata in relazione al tempo necessario per la copertura del posto vacante tramite concorso”.* La disposizione è stata dichiarata, come detto, illegittima dalla sentenza del 25 febbraio 2015, n. 37.

Con tale pronuncia la Consulta ne ha ravvisato la contrarietà agli artt. 3, 51 e 97 Cost.: premesso che la norma ha trasposto in legge quanto stabilito dalla previsione regolamentare del 2000, essa ha richiamato i propri precedenti relativi alla necessità del concorso pubblico per il conferimento dell’incarico dirigenziale anche nei casi di nuovo inquadramento di dipendenti già in servizio, poiché *“il passaggio ad una fascia funzionale superiore comporta «l’accesso ad un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate .. »”*; se in apparenza l’art. 8, co. 24, d.l. 16/2012 rispetta tali principi, perché non conferisce incarichi dirigenziali in via definitiva a chi sia privo della relativa qualifica, *“tuttavia, l’aggiramento della regola del concorso pubblico per l’accesso alle posizioni dirigenziali in parola si rivela, sia alla luce delle circostanze di fatto, precedenti e successive alla proposizione del della questione di costituzionalità .. sia all’esito di un più attento esame della fattispecie delineata (dalla norma).”.*

Secondo la Corte costituzionale, l’istituto giuridico della reggenza, unico mediante il quale può assegnarsi temporaneamente la posizione dirigenziale, è stato lo strumento per compiere tale, illegittimo aggiramento, poiché, concepito per *“colmare vacanze dell’ufficio determinate da cause imprevedibili”*, è stato invece piegato ad esigenze dell’Agenzia determinate da stabili carenze d’organico. Conseguentemente,

il termine per l'attribuzione degli incarichi dirigenziali con siffatte modalità, inserito nella norma di legge ("*tempo necessario per la copertura del posto vacante tramite concorso*"), è solo apparentemente certo nella sua durata; l'incertezza è rafforzata dall'imprevedibilità del lasso temporale intercorrente tra il completamento delle procedure concorsuali e l'assunzione dei vincitori.

La sentenza si conclude con un rilievo aggiuntivo relativo all'insufficienza della prescrizione, contenuta nella norma censurata, di un'apposita procedura selettiva ai sensi dell'art. 19, comma 1-*bis*, d.lgs. 165/2001, poiché trattasi di disposizione che non dà garanzia del ricorso ad una procedura aperta e pubblica.

La declaratoria d'incostituzionalità è stata estesa agli artt. 1, co. 14 d.l. 150/2013 e 1, co. 8, d.l. 192/2014, come rispettivamente convertiti, norme che hanno prorogato l'efficacia della disposizione impugnata facendo corpo con la medesima.

Dunque è pacifico il fatto che la ricorrente abbia ricevuto per quasi vent'anni incarichi dirigenziali dal Ministero delle finanze e, dal 2001, dall'Agenzia delle entrate, con un richiamo alla figura giuridica della reggenza ed in seguito alle norme dell'art. 24 reg. amm. e dell'art. 8, co. 24, d.l. 16/2012, nei rispettivi periodi di vigenza. Ha infine subito la revoca dell'incarico ancora di fatto in corso, in conseguenza della declaratoria d'incostituzionalità di quest'ultima disposizione.

Le argomentazioni delle parti.

Sebbene le funzioni dirigenziali le siano state affidate quando ella era già alle dipendenze dell'Amministrazione, la ricorrente reputa applicabile al caso di specie il regime normativo del contratto a tempo determinato con le relative tutele. Su tale presupposto rivendica la costituzione del rapporto di dirigente ai sensi dell'art. 5, co. 4-*bis*, d. lgs. 368/2001 o, in subordine, il risarcimento di cui all'art. 36, quinto comma, d. lgs. 165/2001.

Il divieto di costituzione del rapporto imposto da questa seconda disposizione non sarebbe di ostacolo all'accoglimento della domanda principale poiché nel caso della ricorrente v'è già stata la verifica della sua idoneità a seguito di due concorsi per dirigente [all. 20 e 21 ric.]; non potrebbe perciò negarsi il rispetto della regola dell'accesso ai pubblici uffici mediante concorso, di cui all'art. 97, terzo comma, Cost., di cui l'art. 36, quinto comma, del testo unico è espressione.

L'Agenzia avrebbe leso inoltre il diritto all'assunzione della ricorrente continuando a rinnovarle gli incarichi dirigenziali a tempo indeterminato anziché dare luogo allo scorrimento delle graduatorie dei concorsi anzidetti, in cui era inserita.

Ipotizzando che la fattispecie venga ritenuta invece estranea ai campi di disciplina dianzi invocati, ella ha infine chiesto di essere risarcita del danno cagionatole dalla violazione dell'obbligo, da parte dello Stato italiano, di dare attuazione piena alla direttiva U.E. ad oggi recepita col d. lgs. 368/2001.

Riguardo a quest'ultima domanda è fondata l'eccezione preliminare dell'Avvocatura, poiché l'Agenzia delle entrate non ha legittimazione a rispondere dell'inadempimento in cui incorra eventualmente lo Stato nella trasposizione delle direttive comunitarie.

Più in generale essa contesta l'assimilazione della posizione della ricorrente a quella del lavoratore assunto a tempo determinato e la conseguente applicazione delle relative tutele che costei ne fa derivare. L'assolvimento temporaneo delle funzioni dirigenziali andrebbe piuttosto ricondotto alla fattispecie astratta dell'esercizio di mansioni superiori che nel rapporto di lavoro contrattualizzato alle dipendenze della p.a. non può dare luogo al riconoscimento dell'inquadramento superiore in difetto dello "status giuridico" di dirigente.

L'Agenzia ha eccepito anche il difetto della propria legittimazione a rispondere del mancato scorrimento delle graduatorie dei concorsi per dirigenti, in quanto questi erano stati banditi dal Ministero delle finanze. Ha comunque contestato l'esistenza d'un diritto soggettivo della ricorrente ad avvalersi di questo meccanismo giuridico-amministrativo per fare ottenere la costituzione del rapporto contrattuale.

Tale eccezione è fondata.

In effetti, *“in materia di procedure concorsuali della P.A. preordinate all'assunzione dei dipendenti, l'istituto del cosiddetto «scorrimento della graduatoria» presuppone necessariamente una decisione dell'amministrazione di coprire il posto; pertanto l'obbligo di servirsi della graduatoria entro il termine di efficacia della stessa preclude all'amministrazione di bandire una nuova procedura concorsuale ove decida di reclutare personale, ma non la obbliga all'assunzione dei candidati non vincitori in relazione a posti che si rendano vacanti e che l'amministrazione stessa non intenda coprire, restando inoltre escluso che la volontà dell'amministrazione di coprire il posto possa desumersi da un nuovo bando concorsuale, poi annullato, ovvero da assunzioni di personale a termine [Cass., sez. un., 12 novembre 2012, n. 19595].*

Risolta la questione che appare di soluzione più immediata, occorre affrontare la tematica introdotta dalla domanda della ricorrente diretta all'applicazione della disciplina generale del contratto di lavoro a tempo determinato.

La configurabilità di rapporti di lavoro dirigenziali a tempo determinato.

Il sistema sorto con la contrattualizzazione del pubblico impiego ha concepito un ruolo separato del personale dirigenziale pubblico, articolato ormai in due fasce per ogni amministrazione dello Stato (art. 23 t.u.p.i.) ed al quale si accede mediante concorso per esami (art. 28, primo comma, t.u.p.i.); si tratta d'un concorso necessariamente aperto al pubblico, cui possono essere ammessi i dipendenti già in servizio nella pubblica amministrazione alle condizioni stabilite dal secondo comma dello stesso art. 28.

Al contratto di lavoro stipulato per effetto dell'assunzione nel ruolo dirigenziale di prima fascia accedono incarichi dirigenziali a tempo determinato: sono atti unilaterali dell'Amministrazione di appartenenza conferiti in base al numero ed alla tipologia dei posti disponibili nella dotazione organica, dei quali l'Amministrazione stessa deve dare notizia insieme coi criteri di scelta che intende adottare per il loro conferimento (art. 19, co. 1 e 1-bis, t.u.p.i.).

Diversamente dal contratto, gl'incarichi sono per definizione a tempo determinato e comportano la predeterminazione di obiettivi del cui raggiungimento il dirigente

risponde per il rinnovo del medesimo o l'assegnazione di nuovo incarico (art. 19); l'inosservanza degli obiettivi può essere motivo anche di revoca anticipata dell'incarico e, qualora assuma rilievo disciplinare di massima gravità, perfino di recesso dal rapporto di lavoro (art. 21).

Ai sensi dell'art. 5, co. 6, DPR 150/1999 (regolamento attuativo del ruolo unico), *“ogni amministrazione conferisce gli incarichi ai dirigenti inseriti nel ruolo unico nel limite delle dotazioni organiche dei due livelli dirigenziali definite alla data di entrata in vigore del presente regolamento incrementate da un numero di unità corrispondente agli altri incarichi specifici di livello dirigenziale previsti dall'ordinamento”*.

I dirigenti cui non vengano affidati incarichi di direzione d'un ufficio di livello dirigenziale svolgono, su richiesta delle Amministrazioni che ne abbiano interesse, funzioni ispettive, di consulenza, studio e ricerca o altri incarichi specifici previsti dall'ordinamento. Quanti non svolgano le predette funzioni sono *«temporaneamente»* a disposizione della Presidenza del Consiglio dei ministri per essere utilizzati nell'ambito di programmi specifici di ispezione e verifica, nonché di ricerca, studio e di monitoraggio del grado di attuazione delle riforme legislative e delle innovazioni amministrative (art. 6 DPR 150/99).

Si è venuta così a creare una scissione o, secondo una definizione dottrinale, «una frattura» tra il rapporto d'impiego, che è legato allo *status* di dirigente nell'ente pubblico, ed il rapporto organico, che attiene all'esercizio delle funzioni assegnate. Questa singolare connotazione fa sì che la qualifica di dirigente, acquisita per contratto a seguito della prescritta procedura di reclutamento, esprima soltanto l'idoneità del dipendente a svolgere i compiti apicali; è invece attraverso l'atto unilaterale di conferimento dell'incarico a termine che tale potenzialità viene concretamente a declinarsi in una posizione lavorativa caratterizzata dallo svolgimento di specifiche mansioni (a tempo determinato) e mediante una collocazione nella pianta organica dell'ente di appartenenza.

Il conseguimento degli obiettivi prefissati, se influisce sulla durata della funzione del dirigente solo in via eventuale, incide invece certamente sull'entità della sua retribuzione (art. 24 t.u.p.i.): parte del trattamento economico accessorio gli è infatti dovuta esclusivamente a seguito della positiva verifica dei risultati, secondo la regolamentazione della contrattazione collettiva del comparto, e prescinde dal contenuto delle funzioni svolte [cfr. Cass., sez. lav., 21 aprile 2015, n. 8084, 12 ottobre 2011, n. 20976, 28 maggio 2009, n. 12533]. Anche la retribuzione di posizione è strutturalmente collegata al valore economico della posizione dirigenziale attribuita col singolo incarico [Cass., sez. lav., 2 febbraio 2011, n. 2459].

Per effetto di tali fattori di responsabilità e di variabilità, nel contratto dirigenziale il contenuto delle obbligazioni si atteggia diversamente da quello dedotto nel modello tipico del rapporto di lavoro (anche) pubblico. Si può ben ritenere dunque che la previsione d'un sistema rigido di reclutamento per accedere al ruolo unico e la configurazione del binomio contratto/atto unilaterale di conferimento dell'incarico – pur nella molteplicità dei modelli riscontrabili nella disciplina della dirigenza

pubblica – siano espressione per il rapporto di lavoro dirigenziale d'uno schema causale dotato d'una propria autonomia giuridica.

La stessa Corte costituzionale ha dichiarato come il modello di affidamento al lavoratore di mansioni proprie d'un inquadramento superiore, disciplinato dall'art. 52 d. lgs. 165/2001, “è applicabile solo nell'ambito del sistema di classificazione del personale dei livelli, non già delle qualifiche, e in particolare non è applicabile (ed è illegittimo se applicato) laddove sia necessario il passaggio dalla qualifica di funzionario a quella di dirigente” [sentenza 37/2015 cit.]; hanno rilievo in proposito la diversità delle “carriere” e le specifiche caratteristiche delle posizioni organizzative di livello dirigenziale e delle relative attribuzioni [Corte cost., 31 gennaio 2014, n. 17].

Nel sistema descritto il conferimento reiterato degli incarichi dirigenziali alla ricorrente ha avuto dunque quale necessaria, seppure inespressa, premessa il riconoscimento della sua idoneità a svolgere le relative funzioni, idoneità che è data dalla stipulazione del contratto di lavoro. Sarebbe del resto contraddittorio negare che la preposizione formale ad un posto per la cui copertura è prevista la posizione dirigenziale comporti l'automatico collegamento della posizione dirigenziale del dipendente a quella del dirigente mancante [così Cass., sez. lav., 29 marzo 2016, n. 6068].

Sotto questo profilo, il contratto dirigenziale tra l'Agenzia delle entrate e la ricorrente deve ritenersi necessariamente a tempo determinato, avendo mutuato il termine di scadenza dalle pattuizioni insite nell'atto di conferimento dell'incarico. Si badi peraltro che nel caso in esame le parti hanno stipulato anche in via formale almeno quattro contratti a termine, rispettivamente il 5.11.2001, il 7.1.2002, il 7.3.2003 ed il 16.7.2007 [all. 6/9 ric.], ciascuno in coincidenza con altrettanti e distinti atti unilaterali di conferimento.

Si tratta di contratti indiscutibilmente «di lavoro».

Sin dal primo vi si trova dichiarato, all'art. 2, che “il rapporto di lavoro della dr.ssa S. è regolato dal presente contratto individuale” [all. 6]. Il contratto contiene clausole (artt. 4 e 5) evidentemente novative rispetto al contenuto del rapporto lavorativo già in essere con l'Agenzia; non si spiegherebbe altrimenti il rinnovo della dichiarazione che v'espressa circa l'assenza di altri rapporti di lavoro e di situazioni di conflitto d'interesse: l'assunzione di questo impegno è elemento caratterizzante il contratto alle dipendenze dell'Amministrazione, che vincola il lavoratore pubblico sin dall'origine del suo rapporto d'impiego.

Nel caso in esame quindi la stabilità della posizione dirigenziale ed il tenore degli atti compiuti dalle parti integrano il profilo formale rappresentato dall'autonomia della causa rispetto a quella del contratto col quale la ricorrente aveva costituito originariamente il proprio rapporto di lavoro pubblico.

Va del resto ricordato che dalla clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro europeo recepito dalla Direttiva 1999/70/CE (trasposta a sua volta dal d. lgs. 368/2001) si ricava che la sua sfera di applicazione è concepita in modo ampio, di modo che essa concerne in maniera generale i «lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o

dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro» [CGUE 4 luglio 2006, c-212/04, Adeneler e a., p. 56; nonché 13 marzo 2014, c-190/2013, Marquez Samohano, 38].

La nozione di «*lavoratore a tempo determinato*» enunciata nella clausola 3, p. 1, include tutti i lavoratori, senza operare distinzioni basate sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro [CGUE, Adeneler e a., 56; 11 aprile 2013, c-290/2012, Della Rocca, 34; Márquez Samohano, punto 38] e – ciò che qui rileva – a prescindere dalla qualificazione del loro contratto in diritto nazionale [CGUE, 23 aprile 2009, c-378/2007, Angelidaki e a., 166].

Il limite è rappresentato dalla necessità che il rapporto lavorativo sia concluso «*direttamente*» col datore di lavoro [CGUE, Della Rocca, 39].

Seppure il campo applicativo dell'accordo quadro non sia ovviamente sconfinato, la definizione delle nozioni precedenti da parte degli Stati membri non può portare ad escludere arbitrariamente una categoria di soggetti dal godimento della tutela che l'accordo stesso offre [CGUE 3 luglio 2014, c-362, c-363 e c-407/2013, Fiamingo più a., 31; 15 marzo 2012, c-157/11, Sibilio, 42 e 51].

Nel quadro delle regole così sintetizzato non sarebbe rispettoso degli obiettivi della direttiva 1999/70/CE estromettere dall'ambito delle tutele interne alla disciplina con cui essa è stata trasposta i lavoratori che, come la ricorrente, abbiano stipulato più contratti a termine in successione per svolgere stabilmente gli incarichi dirigenziali loro assegnati dal datore di lavoro.

Gli effetti della precarietà della posizione in cui S. è venuta a ritrovarsi risultano del resto evidenti qualora ci si soffermi sulle conseguenze della “*revoca*” intervenuta dopo la sentenza della Corte costituzionale: decremento improvviso e radicale del trattamento retributivo riconosciuto per anni nonché perdita della professionalità acquisita nel periodo.

E' vero dunque, così come hanno osservato altri tribunali decidendo il presente contenzioso in senso opposto, che la cessazione dell'incarico dirigenziale non ha comportato la cessazione del rapporto di lavoro con l'Amministrazione, ma ha determinato un mutamento dell'assetto contrattuale tra le parti sotto i profili giuridici e normativo; ha inoltre provocato l'imprevedibile, repentino allontanamento da una posizione ormai consolidata d'una risorsa professionale che aveva assunto, per la funzione rivestita, anche un ruolo rappresentativo esterno.

L'apprestamento d'una tutela in favore della lavoratrice risponde dunque alle finalità della direttiva.

Per lungo tempo la ricorrente ha supplito alle stabili carenze nell'organico dell'Amministrazione svolgendo la medesima attività degli altri dirigenti dell'Agenzia e venendo sottoposta alla verifica annuale dei risultati conseguiti [all. 13-17 e 26-33 ric.]: qualora le venisse negata ogni protezione per il suo continuativo impiego in quella posizione, ella subirebbe anche un'indebita disparità di trattamento rispetto ai dirigenti di ruolo, in violazione della clausola 4 dell'accordo quadro europeo recepito nella direttiva.

Prima ancora è peraltro configurabile nella fattispecie un abuso nel ricorso ai contratti di lavoro a tempo determinato da parte dell'Amministrazione, poiché – così come ha sottolineato la Corte costituzionale ed aveva già constatato il TAR Lazio con

la sentenza 6884/2011 – una siffatta modalità di copertura delle posizioni dirigenziali non è riconducibile al modello dell'affidamento delle mansioni superiori ad impiegati, disciplinato dall'art. 52 d. lgs. 165/2001 (né all'istituto della reggenza).

La reiterazione si è protratta oltre il termine di trentasei mesi stabilito dall'art. 5, co. 4-*bis*, d. lgs. 368/2001. V'è pertanto la violazione della norma imperativa sanzionata dall'art. 36, co. 5, d. lgs. 165/2001.

Nella discussione orale della causa l'Avvocatura dello Stato, ferma la propria contestazione della configurabilità nella fattispecie di contratti a termine, ha comunque eccepito la decadenza avversaria ai sensi dell'art. 32, commi 1 e 3, lett. *d*), l. 183/2010. Si tratta di un'eccezione nuova, non sollevata con la memoria di costituzione.

Va in ogni caso rilevato come il comma terzo, lett. *d*), individui quale *dies a quo* del decorso della decadenza la scadenza del termine. Questa precisa indicazione rende evidente che il legislatore ha voluto che ogni contratto a tempo determinato, del cui termine si contesti la nullità, venga impugnato secondo il regime dettato nel nuovo testo dell'art. 6, primo comma, l. 604/66.

La stessa norma del comma terzo lett. *d*) ha esteso lo stesso regime alle azioni di nullità proposte ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 d. lgs 368/2001. Non vi ha dunque ricompreso l'art. 5 d. lgs 368/2001, dedicato alla successione dei contratti a termine.

La scelta non pare casuale: i precetti dell'art. 5 danno luogo ad eventuali violazioni che derivano dalla prosecuzione di fatto del rapporto oltre la scadenza prefissata (commi da 1 a 2-*bis*) o dalla stipulazione di più contratti in successione (da 3 a 4-*ter*) o dalla violazione del diritto di precedenza (4-*quater* e 4-*quinqües*). In tutti questi casi, dunque, ravvisare il *dies a quo* della decadenza nella scadenza del termine o in altro momento prestabilito in via generale sarebbe oltremodo opinabile.

Si tratta a ben vedere di fattispecie nelle quali le incertezze, cui l'estensione del regime dell'art. 6 l. 604/66 intendeva ovviare, sono addebitabili alla strategia negoziale del datore di lavoro. Inoltre, le violazioni sanzionate nell'art. 5 configurano vizi che non sono propri della clausola appositiva del termine o del singolo contratto, ma che derivano da comportamenti materiali, in taluni casi – come quello della pretermissione rispetto all'ordine di precedenza dei lavoratori da assumere – neppure immediatamente conoscibili al lavoratore che sia pregiudicato.

Tutti gli elementi considerati inducono a ritenere che l'omissione del richiamo all'art. 5 nel testo dell'art. 32, terzo comma, lett. *d*), sia stata mirata e risponda comunque ad un principio di razionalità.

D'altro canto per affermare che una norma di legge abbia introdotto un termine di decadenza all'esercizio di un diritto, è necessario non che essa sia esplicita, giacché può essere desunta anche in via interpretativa, ma che sia almeno inequivoca [così Cass., sez. III, 28 settembre 2012, n. 16512]. Nella fattispecie in questione la soluzione favorevole all'eccezione sarebbe invece del tutto controvertibile.

Nella successione dei contratti a tempo determinato v'è altresì un fattore che richiede una tutela specifica e che la differenzia dagli altri casi di nullità del termine apposto al contratto di lavoro: la legittima aspettativa alla stabilità della propria posizione lavorativa da parte di chi abbia già avuto un prolungato rapporto con lo

stesso datore di lavoro, il quale, con la stipulazione ripetuta, ha creato un credibile affidamento in quel senso. Sarebbe perciò irragionevole richiedere al lavoratore di rinunciare, con l'osservanza di termini rigidi di decadenza, alla possibilità di proseguire tale rapporto.

Occorre dunque concludere nel senso che, diversamente dai diritti che discendono dai vizi dei singoli atti, la tutela verso l'abuso nella successione dei contratti a tempo determinato non incontra limiti temporali per essere fatta valere.

L'eccezione dell'Avvocatura è dunque infondata.

Va ugualmente respinta l'eccezione di prescrizione del risarcimento del danno. Poiché, come s'è visto, l'abuso nell'utilizzo d'una pluralità di contratti a termine configura una fattispecie unitaria, nella quale l'esigenza di protezione del lavoratore sorge col venire meno della sua aspettativa alla stabilizzazione, anche la prescrizione non può che decorrere dalla data di cessazione del rapporto instaurato con la reiterazione dei contratti e dunque alla scadenza dell'ultimo.

L'azione della ricorrente è pertanto tempestiva.

La violazione di norme imperative nella reiterazione dei contratti.

Il fatto che la ripetizione dei contratti sia avvenuta in parte nella vigenza di norme regolamentari o addirittura legislative che l'hanno avallata non fa venire meno il carattere abusivo della condotta datoriale, sia per le ragioni di contrasto di tale pratica con l'ordinamento costituzionale ed il sistema complessivo di reclutamento del personale pubblico richiamate dalla Consulta sia perché essa è stata consolidata senza intervenire sui motivi con cui è stata giustificata: nessuna delle procedure concorsuali, in attesa delle quali i contratti dirigenziali venivano stipulati e gli incarichi dirigenziali venivano conferiti, risulta essere stata esperita per la copertura delle relative posizioni vacanti.

Il quadro normativo e contrattuale in cui è stata inserita la prolungata esperienza lavorativa della ricorrente ha se mai concretizzato un'aspettativa di futura stabilizzazione della sua posizione ben più di quanto avvenga abitualmente nell'impiego pubblico. Tale aspettativa è stata delusa dopo che l'Amministrazione è incorsa nella violazione dei precetti dell'art. 36 in via tanto indiretta (per il contrasto citato con la norma dell'art. 5 d. lgs. 368/2001), quanto diretta. Sotto questo secondo profilo, infatti, si registra il difetto delle "*esigenze temporanee ed eccezionali*" che condizionano il ricorso ai contratti a tempo determinato da parte delle amministrazioni pubbliche (art. 36, co. 2).

Conviene precisare in proposito che il divieto posto da questa disposizione investe tutte le "*forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale*"; i capoversi successivi evidenziano l'obiettivo del legislatore di combattere gli abusi del "*lavoro flessibile*" in generale, con un'attenzione specifica rivolta perfino ai lavoratori socialmente utili (art. 36, co. 3 e 4, d. lgs. 165/2001), il cui rapporto, come noto, neppure ha natura lavorativa, ma previdenziale ed assistenziale in senso ampio [Cass., sez. lav., 15 febbraio 2010, n. 3452].

La sua ampia estensione induce a ritenere che la formula adottata nell'art. 36 offra copertura normativa anche alla fattispecie in esame, in cui i contratti reiteratamente

applicati sono per certo qualificabili come “flessibili”, perché rispondono ad esigenze che dovrebbero essere (e sono definite come) temporanee.

Nel testo unico sul pubblico impiego contrattualizzato l’art. 36 chiude il capo III, dedicato, oltre che ai meccanismi di reclutamento del personale, alla gestione della mobilità ed alla copertura delle piante organiche. Pure dal punto di vista sistematico, pertanto, le norme sull’utilizzo dei contratti di lavoro flessibile risultano riferibili alla stipulazione di contratti da parte dell’Amministrazione con quanti siano già alle sue dipendenze.

Perciò, anche qualora si attribuisse rilievo decisivo – così come alcuni tribunali hanno ritenuto – al dato formale dell’esistenza d’un pregresso rapporto d’impiego per escludere l’applicabilità della disciplina sul contratto a tempo determinato, la condotta dell’Agenzia delle entrate andrebbe comunque sanzionata ai sensi dell’art. 36, co. 5, d. lgs. 165/2001, per il contrasto con la norma del secondo comma nonché con la disciplina, egualmente imperativa, sul reclutamento del personale dirigenziale (art. 28 d. lgs. 165/2001).

Gli effetti giuridici dell’abuso.

La ricorrente invoca in primo luogo la tutela costitutiva. Com’è noto, essa è stata esclusa dalla giurisprudenza della Suprema Corte [per tutte Cass., sez. lav., 21 agosto 2013, n. 19371, e 15 giugno 2010, n. 14350]; il consolidamento definitivo di questo indirizzo esenta il tribunale da ripercorrere il cammino che aveva visto dottrina e giurisprudenza confrontarsi su soluzioni alternative e sulla rispettiva loro adeguatezza rispetto alla disciplina sovranazionale.

Nel ricorso si è fatto leva sul fatto che A.S. abbia partecipato a due selezioni pubbliche per rivendicare comunque il suo diritto alla “conversione” dei contratti a termine in un rapporto dirigenziale a tempo indeterminato. Il divieto dell’art. 36, co. 5, d. lgs. 165/2001 è però perentorio e generale (“*In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative .. non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato*”); nelle selezioni pubbliche cui ha partecipato, la ricorrente ha conseguito non più che l’idoneità; ella dunque non ha acquisito una posizione in graduatoria che abbia fatto sorgere il diritto ad essere assunta.

Va pertanto respinta la domanda per la costituzione del rapporto a tempo indeterminato. Residua conseguentemente a favore della ricorrente il solo diritto risarcitorio stabilito dall’art. 36, co. 5, d. lgs. 165/2001.

L’approdo ulteriore e più recente della Suprema Corte è stato nel senso di ammettere il lavoratore pubblico a potere essere ristorato di un «*danno comunitario*», determinato secondo le regole dettate per l’abuso del contratto a termine da parte del datore di lavoro privato: “*nel regime del lavoro pubblico contrattualizzato in caso di abuso del ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato da parte di una pubblica amministrazione il dipendente, che abbia subito la illegittima precarizzazione del rapporto di impiego, ha diritto, fermo restando il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato posto dall’art. 36 comma 5 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, al risarcimento del danno previsto dalla medesima disposizione con esonero dall’onere probatorio nella misure*

e nei limiti di cui all'art. 32, comma 5, legge 4 novembre 2010 n. 183 e quindi nella misura pari ad una indennità onnicomprensiva tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8 legge 15 luglio 1966 n. 604" [Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072].

L'origine comunitaria di questa forma di tutela [su cui cfr. CGUE, Adeneler, *cit.*; nonché 7 settembre 2006, c-53/04, Marrosu e Sardino, e, più di recente, 12 dicembre 2013, c-50/13, Papalia, e 26 novembre 2014, c-22/13 ss., Mascolo] la connota sotto due profili: l'esonero del lavoratore dall'onere di provare il danno che gli deriva dall'essere stato "*confinato in una situazione di precarizzazione*"; la conseguente forfetizzazione parziale del risarcimento entro i limiti edittali dell'art. 32.

Il fatto alla base di questa figura giuridica vi sia la precarizzazione del singolo lavoratore porta ad escludere l'eventualità che possa liquidarsi un importo risarcitorio per ogni contratto *contra legem*. Il diritto sorge per effetto d'una pluralità di contratti illegittimi. L'unitarietà del fenomeno considerato comporta l'unicità del ristoro, il quale può essere se mai modulato anche in ragione della durata della condotta abusiva e dunque del numero dei contratti.

Tra gli altri criteri dell'art. 8 l. 604/66, richiamato dall'art. 32, co. 5, l. 183/2010, vi sono quelli relativi alle dimensioni della struttura datoriale, all'anzianità di servizio del lavoratore ed alle condizioni delle parti. Sono tutti fattori che giustificerebbero l'applicazione nel caso in esame dell'indennità nella misura massima: la ricorrente ha lavorato in posizione dirigenziale per quasi vent'anni, in presenza di scenari normativi differenti e nell'esecuzione di almeno sette atti d'incarico, l'ultimo dei quali protratto di fatto sino alla revoca senza una proroga formale.

Non può essere però indifferente la circostanza che la ricorrente abbia conservato il rapporto impiegatizio presso la stessa Amministrazione, profilo che attiene alla condizione della parte. La peculiarità di tale situazione giustifica il dimezzamento del risarcimento, che spetta pertanto nella misura di 6 mensilità della «ultima retribuzione globale di fatto». Tale locuzione va riferita al trattamento maturato dalla ricorrente al momento della cessazione del rapporto per cui è causa, giacché è a questo che la legge si riferisce nella determinazione dell'indennizzo onnicomprensivo. La base di calcolo è data pertanto dal trattamento economico dirigenziale spettante alla data del 25.3.2015.

Nella citata sentenza 5072/2016 le sezioni unite della Corte di Cassazione hanno affermato che la previsione di un'indennità risarcitoria forfetaria ha funzione agevolativa della prova, ma non è esclusiva. Non è preclusa al lavoratore la facoltà di dimostrare che le *chances* di lavoro che ha perso perché impiegato in contratti a termine reiterati si traducano in un danno patrimoniale più elevato.

Di tale ulteriore pregiudizio la ricorrente però non ha offerto prova. Il risarcimento va di conseguenza contenuto nei limiti anzidetti.

Ai crediti del lavoratore sorti nel rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a. vanno applicati, dalle singole scadenze e fino al saldo, i soli interessi legali, ai sensi dell'art. 22, comma trentasei, l. 724/94 [Corte cost., 27 marzo 2003, n. 92].

La parte convenuta è risultata soccombente nella causa, ma la questione è nuova e già controversa. Va pertanto condannata ad una rifusione delle spese di lite solo parziale, che si reputa equa se limitata alla percentuale di 1/3. Essa si liquida come da dispositivo, mentre le frazioni residue vanno compensate tra le parti.

P.Q.M.

visto l'art. 429, primo comma, c.p.c., definitivamente pronunciando,

- a) dichiara tenuta e per l'effetto condanna l'Agenzia delle entrate, in persona del direttore *pro-tempore*, a corrispondere alla ricorrente sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto goduta al 25.3.2015, con gl'interessi legali da questa data e sino al saldo;
- b) respinge per il resto il ricorso;
- c) condanna l'Agenzia delle entrate a rifondere la ricorrente delle spese del giudizio nella misura di 1/3, misura liquidata in complessivi € 2.600,00 oltre a IVA e cpa, più 15% per generali, compensando tra le parti la frazione residua.

Riserva il deposito della motivazione entro il termine di giorni sessanta.

Genova, 13 maggio 2016

IL GIUDICE
Marcello Basilico