

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE ORDINARIO DI TORINO, SEZIONE LAVORO

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 8093/2015 R.G.L.

promossa da

M.R. con il patrocinio dall'avv. BRAKUS VALENTINO ALESSIO e dall'avv. PISA BARBARA ; VITI STEFANO ; MIRENGHI MICHELE ; elettivamente domiciliato in C.SO DUCA DEGLI ABRUZZI, 10 10128 TORINO presso l'avv. BRAKUS VALENTINO ALESSIO

- PARTE RICORRENTE -

C O N T R O

AGENZIA DELLE ENTRATE, con il patrocinio dell'avv. AVVOCATURA DELLO STATO TORINO e dell'avv. , elettivamente domiciliato in CORSO STATI UNITI 45 10100 TORINO presso il difensore avv. AVVOCATURA DELLO STATO TORINO

FATTO E DIRITTO

La ricorrente, dipendente del Ministero delle finanze a decorrere dal 1° giugno 1981, deducendo di aver ottenuto l'incarico dirigenziale provvisorio di responsabile dei settori servizi all'utenza dell'ufficio provinciale di Torino con decorrenza 1° dicembre 2010 e di aver sottoscritto il contratto a termine contestualmente al conferimento dell'incarico chiede –previa declaratoria di illegittimità della revoca dell'incarico comunicata il 25 marzo 2015- accertarsi l'avvenuta costituzione di un rapporto di lavoro dirigenziale di seconda fascia funzionale con condanna dell'agenzia delle entrate ad attribuirle un incarico dirigenziale di fascia corrispondente ed a corrisponderle il trattamento retributivo corrispondente all'incarico dirigenziale.

In subordine chiede, previo accertamento dell'abuso dell'istituto del contratto a termine, la condanna dell'Agenzia delle entrate al risarcimento dei danni da liquidarsi in base all'art. 18 legge 300/70 ovvero all'art 32 legge 183/2010 ovvero all'art. 8 legge 604/66.

Resiste la convenuta.

Senza compimento di attività istruttoria, all'udienza del 1° aprile 2016 la causa viene discussa e decisa come da dispositivo trascritto in calce.

E' innanzitutto necessario ricostruire brevemente la storia regolamentare e normativa della copertura provvisoria di posizioni dirigenziali presso le Agenzie delle entrate.

L'art. 24 del regolamento d'amministrazione dell'Agenzia delle entrate stabiliva che le vacanze sopravvenute di disposizioni dirigenziali potessero essere ricoperte previo interpello e fino all'attuazione delle procedure di accesso alla dirigenza e comunque fino al 31 maggio 2012 stipulando contratti individuali di lavoro a termine con propri funzionari con l'attribuzione dello stesso trattamento economico dei dirigenti.

Con sentenza 6884/2011 (confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato 4641/15) Il Tar Lazio dichiarava l'illegittimità dell'art. 24 del regolamento così motivando : "gli incarichi, conferiti senza l'espressa indicazione di un termine di durata, e sostanzialmente prorogati di anno in anno, risultano espletati da funzionari non dirigenti, senza che l'Agenzia delle Entrate abbia contemporaneamente provveduto a bandire le procedure concorsuali per l'accesso alla qualifica dirigenziale, e implicano indiscutibilmente l'espletamento di mansioni superiori dirigenziali da personale privo della relativa qualifica (....) Ora, l'espletamento di mansioni superiori da parte di dipendenti pubblici contrattualizzati, al di fuori di ipotesi tassativamente previste, è vietato dal D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, all' art. 56, nel testo sostituito dal D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 25, e successivamente modificato prima dal D.Lgs. 29 ottobre 1998, n. 387, art. 15 e poi dal D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 52, con conseguente nullità dell'atto di conferimento illegittimo. In altre parole, configurandosi il conferimento di un incarico dirigenziale in favore di un funzionario non dirigente alla stregua dell'assegnazione di mansioni superiori al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dalla legge, il relativo atto di conferimento deve considerarsi radicalmente nullo ai sensi dell'art. 52 co. 5 del D.Lgs. n. 165/2001. Infatti, come stabilisce il co. 5 dell'art. 52 cit., "al di fuori delle ipotesi di cui al comma 2, è nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore": e le ipotesi di cui al secondo comma si inseriscono esclusivamente nell'ambito del sistema di classificazione del personale dei livelli, come espressamente previsto anche dalla contrattazione collettiva. E', dunque, escluso che tale disciplina possa estendersi alla ipotesi di assegnazione di mansioni superiori dirigenziali, per le quali può ipotizzarsi il ricorso soltanto all'istituto della reggenza. Nel caso di specie, l'art. 24 del Regolamento di amministrazione dell'Agenzia delle Entrate non contempla affatto l'ipotesi di un

incarico di temporanea reggenza ma il conferimento di un vero e proprio incarico dirigenziale, prevedendo la stipula di contratti individuali di lavoro a tempo determinato con l'attribuzione dello stesso trattamento economico dei dirigenti. Infatti nel caso della reggenza non è configurabile la predeterminazione di precisi limiti temporali nè la stipulazione di apposito contratto individuale di lavoro, costituendo la "reggenza" un istituto di carattere eccezionale che risponde all'esigenza occasionale e transitoria di assicurare la continuità dell'azione amministrativa, consentito solo nei casi in cui il venir meno della titolarità di un organo per cause imprevedibili imponga l'urgente individuazione di un nuovo soggetto temporaneamente preposto all'organo a salvaguardia degli interessi pubblici perseguiti. Inoltre, come ha avuto modo di notare ripetutamente la giurisprudenza, la reggenza dell'ufficio è consentita, senza dare luogo agli effetti collegati allo svolgimento di mansioni superiori, a condizione che sia stato avviato il procedimento per la copertura del posto vacante e nei limiti di tempo ordinariamente previsti per tale copertura. Al di fuori di questi limiti, la reggenza dell'ufficio concreta svolgimento di mansioni dirigenziali (Cass. civ., Sez. Unite, 22 febbraio 2010, n. 4063).(....) Alla luce delle superiori considerazioni ritiene il Collegio che le fattispecie disciplinate dall'art. 24 del Regolamento di amministrazione dell'Agenzia delle Entrate non siano riconducibili nell'ambito degli incarichi di temporanea reggenza, implicando piuttosto il conferimento di veri e propri incarichi dirigenziali a soggetti privi della relativa qualifica, così collocandosi in rotta di collisione con i principi di cui agli artt. 19 e 52 del D.Lgs. n. 165/2001”

In questo quadro regolamentare e giurisprudenziale interviene il legislatore con l'art. 8 comma 24 d.l. 16/12 convertito nella L. 44/2012 norma che testualmente recita “Fermi i limiti assunzionali a legislazione vigente, in relazione all'esigenza urgente e inderogabile di assicurare la funzionalità operativa delle proprie strutture, volta a garantire una efficace attuazione delle misure di contrasto all'evasione di cui alle disposizioni del presente articolo, l'Agenzia delle entrate e' autorizzata ad espletare procedure concorsuali per la copertura delle posizioni dirigenziali vacanti, secondo le modalità di cui all'articolo 1, comma 530, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e dell'articolo 2, comma 2, secondo periodo, del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248. 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 e' fissata in relazione al tempo necessario per la copertura del posto vacante tramite concorso. Gli incarichi sono attribuiti con apposita procedura selettiva applicando l'articolo 19, comma 1-bis, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Ai funzionari cui e' conferito l'incarico compete lo stesso trattamento economico dei dirigenti. A seguito dell'assunzione dei vincitori delle procedure concorsuali di cui al presente comma, l'Agenzia delle Entrate non potrà' attribuire nuovi incarichi dirigenziali a propri funzionari con la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 19 comma 6 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.”

La norma di legge quindi in sostanza riproduce il contenuto della norma regolamentare e la Corte Costituzionale (con sentenza 37/2015) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 comma 24 dl. 16/12 24 per contrasto con gli artt. 3, 51 e 97 Cost., avendo la norma contribuito all'indefinito protrarsi nel tempo di un'assegnazione asseritamente temporanea di mansioni superiori senza provvedere alla copertura dei posti dirigenziali vacanti da parte dei vincitori di una procedura concorsuale aperta e pubblica.

Nel richiamare la propria costante giurisprudenza la Corte Costituzionale parte dal fatto - definito indubitabile - che il conferimento di incarichi dirigenziali nell'ambito di un'amministrazione pubblica debba avvenire previo esperimento di un pubblico concorso e che il concorso sia necessario anche nei casi di nuovo inquadramento di dipendenti già in servizio, precisando che anche il passaggio ad una fascia funzionale superiore comporta l'accesso da un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni ed è soggetto pertanto quale figura di reclutamento alla regola del pubblico concorso.

La domanda svolta in via di principalità dalla ricorrente, volta in sintesi ad ottenere la stabilizzazione dell'incarico dirigenziale, è quindi totalmente infondata alla luce degli argomenti lucidamente espressi dalla Corte Costituzionale a sostegno della indefettibilità della regola del pubblico concorso qui interamente condivisi.

Quanto alla dedotta illegittimità del comportamento dell'Agenzia delle entrate, che avrebbe abusato del contratto a termine esponendosi così all'obbligo di risarcire i danni, la convenuta si è difesa in prima battuta deducendo l'inapplicabilità delle norme e dei principi comunitari in tema di contratto a termine, pacifico essendo che la ricorrente è dipendente a tempo indeterminato.

La tesi difensiva, pur essendo suggestiva in quanto l'elaborazione normativa e giurisprudenziale in tema di contratto a termine riguarda solitamente fattispecie in cui il lavoratore a termine è privo di stabile occupazione, è tuttavia infondata in quanto urta contro il dato fattuale dell'esistenza di un contratto individuale di lavoro a termine stipulato parallelamente a quello a tempo indeterminato proprio al fine di consentire alla ricorrente il temporaneo svolgimento delle funzioni dirigenziali.

Il regolamento prima e la legge poi imponevano all'Agenzia delle Entrate di stipulare contratti a tempo determinato e, in attuazione delle predette prescrizioni, il contratto individuale di lavoro è stato effettivamente stipulato in data 19 novembre 2010. La volontà negoziale delle parti si è quindi chiaramente espressa nel senso di costituire un contratto di lavoro definendo l'oggetto e la durata dell'incarico: è quindi sorto un autonomo contratto di lavoro dirigenziale a termine che si è temporaneamente sovrapposto a

quello a tempo indeterminato finalizzato all'erogazione di una prestazione lavorativa diversa ed appartenente ad una differente fascia funzionale.

D'altra parte, secondo quanto autorevolmente affermato dalla Cassazione a sezioni unite nella sentenza 5072/16, il danno del dipendente pubblico non è la perdita del posto di lavoro a tempo indeterminato perché una tale prospettiva è inesistente in quanto l'accesso al pubblico impiego, stante la regola costituzionale dell'accesso con pubblico concorso, non può avvenire quale effetto d una situazione di illegalità. Come acutamente rilevato dalla corte lo stesso art. 36 d.lgs. 165/2001 definisce il danno risarcibile come derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di norme imperative e non già come derivante dalla perdita di un posto di lavoro.

La circostanza che la ricorrente, con il venir meno del contratto a tempo determinato, non perda il posto di lavoro riprendendo a svolgere le mansioni di funzionario in virtù del contratto a tempo indeterminato che la lega all'amministrazione è quindi una circostanza di fatto irrilevante dal punto di vista del diritto, posto che il presupposto del risarcimento del danno non è la perdita di una occupazione lavorativa essendo proprio l'illegittimo ricorso al contratto a termine la fonte del danno risarcibile per il lavoratore che abbia reso la sua prestazione lavorativa in questa condizione di illegalità.

In linea di fatto è pacifico ed incontestato che parte ricorrente ha lavorato quale dirigente in base a contratto a termine ben oltre il limite di 36 mesi di cui all'art. 5 d.lgs. 368/2001 circostanza che di per sé sola integra l'estremo dell'abuso del contratto come delineato dalla giurisprudenza comunitaria. La ricorrente quindi per il solo fatto di aver reso la prestazione lavorativa dirigenziale in condizione di illegalità ha diritto al risarcimento del danno.

Le conseguenze sanzionatorie non possono peraltro essere quelle invocate dalla ricorrente.

Come rilevato dalle sezioni unite nella sentenza 5072/16 prima richiamata la reazione dell'ordinamento giuridico all'illegittimo ricorso al contratto a tempo determinato è nel lavoro pubblico contrattualizzato differenziata rispetto a quella del rapporto privato dove è prevista la conversione del rapporto oltre al risarcimento del danno.

La Corte Costituzionale -nella sentenza 27 marzo 2003 n. 89- ha ritenuto che l'art. 36 d.lgs. 165/2001 nella parte in cui non consente che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione di lavoratori possa dar luogo a rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le pubbliche amministrazioni non viola gli art. 3 e 97 Cost. essendo giustificata la scelta del legislatore di ricollegare alla violazione di quelle disposizioni conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio dato che il principio dell'accesso mediante concorso enunciato dall'art. 97 Cost. a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento

dell'amministrazione rende non omogeneo il rapporto di impiego alle dipendenze delle p.a. rispetto al rapporto alle dipendenze di datori privati.

La Corte Costituzionale ha altresì affermato che l'art. 36 d.lgs. 165/2001 non confligge con il parametro interposto della normativa comunitaria poiché le norme comunitarie possono costituire elementi integrativi del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, primo comma, Cost. quando siano prive di effetto diretto, circostanza che ricorre per la clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 1999/70/CE.

Anche la Corte di giustizia dell'Unione europea ha ritenuto la compatibilità comunitaria dello speciale regime dell'art. 36 d.lgs. 165/2001 nella parte in cui esclude la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le p.a., rilevando peraltro che la compatibilità del regime differenziato deve comunque rispettare il principio dell'equivalenza e quello dell'effettività e dissuasività della reazione dell'ordinamento interno a situazioni di abuso nel ricorso a contratto a termine (ordinanza 12 dicembre 2013 Papalia, C-50/13).

La domanda formulata in via principale, volta in sostanza ad ottenere la conversione del rapporto dirigenziale a termine in contratto a tempo indeterminato, è quindi evidentemente infondata in quanto preclusa dall'art. 36 d.lgs. 165/2001 e non ricorrono i dubbi di legittimità costituzionale e di compatibilità comunitaria prospettati dal difensore della ricorrente in quanto tutti già esaminati e respinti dalla Corte Cost. e dalla Corte di giustizia.

Né può fondatamente invocarsi la tutela reintegratoria di cui all'art. 18 st. lav. neppure sotto il profilo del parametro per la liquidazione del danno atteso che la mancata conversione del rapporto di lavoro si colloca fuori dal risarcimento del danno stante la regola del pubblico concorso ed il divieto di conversione del rapporto.

Come condivisibilmente affermato dalle SS.UU. nella sentenza 5072/16 il danno è altro: si può soprattutto ipotizzare una perdita di chance nel senso che se la p.a. avesse emanato un bando di concorso per il posto il lavoratore avrebbe potuto partecipare e risultarne vincitore.

La fattispecie omogenea a quella oggetto di decisione è quindi quella dell'art. 32, comma 5, legge 183/2010 che prevede la condanna al risarcimento da liquidarsi nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto avuto riguardo ai criteri indicati dall'art. 8 legge 604/66.

La dissuasività della sanzione risarcitoria è stata positivamente affermata dalla cassazione nella sentenza già richiamata in virtù dell'agevolazione della prova accordata al lavoratore il quale è esonerato dalla prova del danno (contrariamente a quanto previsto dall'art. 1223 c.c.) in quanto il danno è presunto e

predeterminato tra un minimo ed un massimo. Il lavoratore pubblico ha quindi diritto senza necessità di prova alcuna all'indennità risarcitoria ex art. 32, comma 5, potendo comunque provare che le chances di lavoro che ha perso perché impiegato in reiterati contratti a termine si traducono in un danno patrimoniale più elevato.

Il danno presunto va quindi liquidato come danno da perdita di chance tenendo conto, in virtù di quanto previsto dall'art. 8 legge 604/66, dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'impresa, dell'anzianità di servizio, del comportamento e delle condizioni delle parti.

La valutazione congiunta dei predetti elementi porta alla liquidazione del danno nella misura minima di 2,5 mensilità della retribuzione globale di fatto.

Occorre infatti considerare che l'espletamento per anni di mansioni dirigenziali, lungi dal rappresentare un impoverimento della professionalità, costituisce un'importante opportunità di accrescimento della professionalità ed aumenta le chances di progressione in carriera potendo essere utilmente inserita nel curriculum. Quanto poi alle occasioni perdute non solo la ricorrente si è limitata a dedurre genericamente di aver "dovuto tralasciare tutte le occasioni di crescita professionale di cui avrebbe potuto giovare quale funzionario" (pag. 14 del ricorso) senza indicare neppure una delle occasioni pretesamente perdute, ma in ogni caso si tratta di un pregiudizio che avrebbe potuto facilmente essere evitato rinunciando al contratto a termine e riprendendo a svolgere le funzioni di funzionario.

Inoltre non può trascurarsi il dato di fatto che la situazione della ricorrente, pur essendo diversamente realizzata con la stipula di un contratto di lavoro ad hoc, rappresenta in sostanza lo svolgimento di mansioni superiori, circostanza che ai sensi dell'art. 52 d.lgs. 151/01 non darebbe titolo ad alcun ulteriore emolumento, pacifico essendo che la ricorrente è stata interamente retribuita per le funzioni dirigenziali svolte.

La valutazione del comportamento delle parti ulteriormente conforta la liquidazione del danno nel suo minimo legale: la ricorrente infatti ha potuto giovare per anni di incarichi dirigenziali senza avere la qualifica necessaria, senza dover partecipare ad un concorso ed al di fuori di qualunque selezione comparativa, beneficiando così della retribuzione da dirigente per un periodo di gran lunga superiore a quello previsto dall'art. 52 d.lgs. 165/2001.

In difetto di contestazione sull'ammontare della retribuzione globale di fatto i danni va quindi liquidato come da dispositivo.

La domanda di condanna della convenuta al pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso deve essere respinta posto che nei contratti di lavoro dirigenziale a tempo determinato, in caso di licenziamento dichiarato illegittimo, e in mancanza di una diversa previsione nel contratto individuale, il risarcimento del

danno dovuto va commisurato all'entità dei compensi retributivi che sarebbero maturati dalla data del recesso fino alla scadenza del contratto, mentre non è dovuta alcuna indennità sostitutiva del preavviso, essendo questa legislativamente prevista solo per il rapporto di lavoro a tempo indeterminato.(così Cass. 24335 del 29/10/2013) .

La risoluzione del contratto a termine inoltre è assolutamente legittima ed anzi necessaria stante la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 24, d.l. 16/2012, norma in virtù della quale è stato stipulato il contratto stesso.

L'assoluta novità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di lite.

P. Q. M.

Visto l' art. 429 c.p.c.

In parziale accoglimento del ricorso

Condanna l'Agenzia delle entrate a risarcire alla ricorrente i danni conseguenti all'abuso del contratto a termine da liquidarsi nella misura di 2,5 mensilità (pari ad euro 5.981,37 mensili)

Compensa le spese

fissa il termine di giorni 60 per il deposito della sentenza.

Torino, 01/04/2016

Il Giudice

Clotilde FIERRO.