

Tribunale di Pescara, sez. lavoro
Sentenza 7 marzo 2013

Svolgimento del processo - diritto

Con ricorso depositato il 27 settembre 2011, parte ricorrente adiva l'intestato tribunale affinché, previo accertamento della illegittimità dell'apposizione del termine sui contratti ripetutamente stipulati tra le parti, venisse dichiarata la natura subordinata del rapporto di lavoro con conversione dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, per il periodo precedente il 1 aprile 2011, a far data dal primo contratto ovvero da altra data ritenuta di giustizia, con conseguente ricostruzione della sua carriera ai fini previdenziali, pensionistici, di anzianità e retributivi e condanna dell'Amministrazione al pagamento delle differenze retributive dovute in base alla ricostruzione della carriera sino al 1.04.2011 e delle indennità risarcitorie ex art. 32 L. n. 183 del 2010. In subordine domandava, previo accertamento dell'abuso di reiterazione dei contratti a termine, la condanna ex art. 36 D.Lgs. n. 165 del 2001 dell'Amministrazione al risarcimento dei danni subiti e subendi nella misura equivalente alla capitalizzazione delle retribuzioni che avrebbe percepito dal primo contratto, o dalla data ritenuta di giustizia al 1.04.2011, o secondo equità. Inoltre, chiedeva riconoscersi la natura subordinata del detto rapporto in corso dal 23.05.2005 al 15.02.2009 con conseguente diritto alla corresponsione delle differenze retributive rapportate all'inquadramento nella qualifica di operatore tecnico ED? liv. B CCNL Sanità. Con vittoria di spese e competenze di giudizio, da distrarsi in favore del procuratore antistatario.

A sostegno delle proprie pretese, l'istante esponeva di aver lavorato alle dipendenze della AUSL di Pescara in qualità di operatore tecnico E.D.P., in un primo periodo (dal 2.01.2002. all'1.01.2003, nonché dal 4.1.2010 all'1.04.2011 data della sua assunzione a tempo indeterminato a seguito di positivo esito di procedura concorsuale) in forza di una serie di contratti di lavoro subordinato a tempo determinato più volte prorogati e rinnovati. Successivamente (dal 23.05.2005. al 15/02/2009) in virtù di una molteplicità di contratti di collaborazione coordinata e continuativa, avrebbe svolto per anni identiche mansioni presso l'Ufficio Privacy e la Farmacia di Penne, con il carattere della subordinazione (orari fissi, espletamento dell'attività sotto il controllo diretto e nel rispetto delle direttive ricevute dalla Dirigente Responsabile, alla quale andavano richieste ferie e permessi, nonché comunicate le assenze per malattia),

inserita nell'organico della struttura dell'azienda convenuta, rispondendo alle direttive ed indicazioni dei responsabili degli uffici. A fronte dello svolgimento di tali mansioni la ricorrente lamentava la natura di fatto subordinata delle prestazioni rese con i contratti di co.co.co., nonché la assoluta carenza delle ragioni giustificatrici del termine nei contratti a tempo determinato ex art. 1 D.Lgs. n. 368 del 2001.

Si costituiva in giudizio la ASL resistendo alla domanda e chiedendone il rigetto. Con vittoria di spese e competenze processuali.

Verificata la regolare costituzione delle parti, la causa veniva discussa e decisa udienza.

Il ricorso risulta infondato e merita, pertanto, il rigetto.

Come meglio argomentato in narrativa, parte ricorrente contestava il rapporto di lavoro intercorso con la ASL di Pescara secondo un duplice ordine di ragioni, a seconda del periodo di riferimento, denunciando sia la nullità della clausola oppositiva del termine inserito nei contratti a termine succedutesi tra le parti per violazione del disposto di cui all'art. 1 c. 1 del D.Lgs. n. 368 del 2001, sia la illegittimità dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa succedutesi tra le parti dal 2005 al 2009, in quanto a dispetto della qualificazione loro conferita, di fatto parte ricorrente avrebbe eseguito le sue prestazioni lavorative in regime di subordinazione.

Preliminare allo studio della fattispecie si impone volgere l'attenzione alla normativa di riferimento che, alla luce della natura pubblica dell'ente resistente, muove dalla disciplina prevista dal D.Lgs. n. 165 del 2001 laddove, nel consentire alle pubbliche forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale così statuisce "1. Le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale di cui ai commi precedenti, si avvalgono delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa. I contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, in applicazione di quanto previsto dalla L. 18 aprile 1962, n. 230, dall'articolo 23 della L. 28 febbraio 1987, n. 56, dall'articolo 3 del D.L. 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla L. 19 dicembre 1984, n. 863, dall'articolo 16 del D.L.

16 maggio 1994, n. 299, convertito con modificazioni, dalla L. 19 luglio 1994, n. 451, dalla L. 24 giugno 1997, n. 196, nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina. 2. In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. "

Ed infatti il D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 36 ha sicuramente riconosciuto la praticabilità di forme negoziali flessibili nel rapporto di lavoro pubblico, valorizzando il ruolo della contrattazione collettiva con l'attribuire alla stessa una più accentuata rilevanza rispetto al passato; nello stesso tempo la disposizione scrutinata ha però segnato una innegabile e chiara differenza tra il lavoro pubblico e lavoro privato per quanto attiene al regime in ipotesi di violazione delle norme imperative riguardanti l'assunzione e dei lavoratori, sì da configurarsi come norma speciale - volta in quanto tale ad escludere la conversione in contratto a tempo indeterminato.

Ora, in armonia alla base normativa appena esposta disciplinante la materia in esame, non rimane che procedere all'analisi della pretesa dedotta in via principale da parte ricorrente, che attiene all'accertamento della nullità dei contratti co.co.co. succedutesi tra le parti con la conseguente conversione del rapporto a tempo indeterminato, constatando se le prestazioni eseguite dalla parte ricorrente nel secondo dei periodi suindicati abbiano natura di prestazioni di lavoro subordinato od autonomo.

La eccepita illegittimità dei contratti a termine ripassati tra le parti nel periodo 2000-2003, quantunque possedesse dei margini di apprezzamento, elemento che comunque non si rinviene nella fattispecie, giammai potrebbe sottrarsi alla disciplina di riferimento esposta in epigrafe ex D.Lgs. n. 165 del 2001 in ordine al regime sanzionatorio, che, vietando, da un lato, la costituzione di rapporti lavorativi a tempo indeterminato e responsabilizzando, dall'altro, la dirigenza pubblica al rispetto delle norme imperative in materia riconoscerebbe, quantunque ne sussistessero i presupposti, solo ed esclusivamente il diritto al

risarcimento dei danni subiti dal lavoratore a seguito di violazioni di norme imperative. La base teorica di lettura della sovrapposizione della normativa ex L. n. 368 del 2001 con quella ex L. n. 165 del 2001 risiede nel principio, più volte ribadito in sede dottrina nonché in giurisprudenza, secondo cui "lex posterior generalis non derogat legi priori speciali" - giustificato per la migliore aderenza della norma speciale alle caratteristiche proprie della fattispecie oggetto della sua previsione - la speciale regolamentazione propria del settore pubblico non può ritenersi abrogata da quella stabilita in via generale dal D.Lgs. n. 368 del 2001. (Cass. 30 agosto 2009 n. 1855; Cass. 6 giugno 2006 n. 13252).

Logico corollario a quanto appena enunciato risiede nella circostanza che non può - contrariamente a quanto ha sostenuto parte ricorrente - condividersi, con riferimento al sistema sanzionatorio del contratto a termine, l'affermazione secondo cui il D.Lgs. n. 368 del 2001 per essere cronologicamente successivo al D.Lgs. n. 165 del 2001, deve regolare integralmente il rapporto lavorativo instauratosi tra la lavoratrice e la AUSL di Pescara. Ed invero - è bene ribadirlo - nel lavoro pubblico alla illegittimità del contratto a termine per violazione di norme imperative non può che conseguire un regime sanzionatorio che - con l'escludere ogni effetto reintegrativo stante la regola generale del concorso per l'assunzione del personale - viene ad essere incentrato sul versante dei danni subiti dalla pubblica amministrazione e dal lavoratore; danni che assumono anche essi una propria caratterizzazione correlata a negozi, la cui flessibilità assume natura e requisiti distinti da quelli risultanti nel lavoro privato e su cui i suddetti danni vanno conseguentemente parametrati. Nè osta alla conclusione cui si è giunti la ulteriore affermazione del ricorrente che una tale lettura del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 36 del contrasti con le statuizioni della Corte Costituzionale e con la normativa europea, (Sez. I, Sentenza n. 392 del 13/01/2012)

Il giudice della legge, infatti, nel delineare le differenze tra la normativa pubblica e quella privata, ha rilevato che il principio fondamentale in materia di instaurazione del rapporto di impiego alle dipendenze della pubblica amministrazione sia quello - del tutto estraneo alla disciplina del lavoro privato - dell'accesso mediante concorso, enunciato dall'art. 97 Così, comma 3. Norma quest'ultima, che posta a presidio delle esigenze del buon andamento e della imparzialità della amministrazione ha reso doverosa la scelta del legislatore di ricollegare alla violazione di norme imperative -riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori - eventuali conseguenze esclusivamente risarcitorie in luogo della conversione in

rapporto a tempo indeterminato, prevista invece per i lavoratori privati, (cfr: Corte Cost. 27 marzo 2003 n. 89 che reputa infatti giustificata la scelta del legislatore - cui spetta, nei limiti della ragionevolezza, individuare i casi eccezionali in cui il principio del concorso può essere derogato - di ricollegare alla violazione di norme imperative in materia di contratto a termine conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio). E proprio la delineata distinzione tra il regime sanzionatorio del settore pubblico e di quello privato è stata più volte rimarcata nella normativa comunitaria, come emerge infatti da numerosi interventi della Corte di Giustizia europea, che con una giurisprudenza granitica e da ultimo ribadita con una ulteriore pronuncia (Corte giust. 1 ottobre 2010, causa C-3/10, porta ad escludere dall'area del lavoro pubblico l'applicazione delle disposizioni del D.Lgs. n. 368 del 2001. Sul versante del ricorso abusivo del contratto a termine si rileva così una ulteriore caratterizzazione del rapporto lavorativo pubblico dal momento che le disposizioni del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 36 apprestano una normativa articolata capace - prima di ricorrere alla sanzione risarcitoria - di operare in via preventiva con una più accentuata responsabilizzazione dei pubblici dirigenti. (Cass 392/2012).

Appurare la sussistenza della configurazione giuridica pubblica in capo alla resistente comporta il necessario assorbimento di tutte le ulteriori censure ed argomentazioni inerenti il merito della controversia, poiché implica la non assoggettabilità del medesimo ente alla normativa prevista ex L. n. 368 del 2001 , quanto alla convertibilità a tempo indeterminato del contratto a termine sottoscritto dalla ricorrente. (Cass. 10127/2012, Cass. 4417/2012, Cass. 392/2012, Cass. 14350/2010, Cass. 11161/2008).

Ed invero, tale regime speciale trae origine e giustificazione dalla differenziazione esistente in ambito di pubblico impiego in riferimento alle modalità di reclutamento del personale e, precisamente, dalla imprescindibilità ai fini dell'accesso nell'Amministrazione dello strumento selettivo del concorso pubblico, in coerenza ai requisiti di imparzialità e di indipendenza della PA ex art. 97 Cost.

Né tale scelta operata dal legislatore contrasta con il canone della ragionevolezza in quanto la stessa norma costituzionale individua appunto nel concorso lo strumento di selezione del personale, in linea con il principio più idoneo a garantire l'imparzialità e l'efficienza della PA. (in termini Cass. 10127/2012). Né il divieto di conversione del contratto flessibile, così come stabilito dall'art. 36 c. 2 D.Lgs. n. 165 del

2001 risulta contrastare la disciplina comunitaria contenuta nella direttiva del Consiglio dell'Unione Europea del 28/06/1999 n. 70 - emanata in attuazione dell'accordo quadro CES -UNICE -CEEP sui contratti a tempo determinato concluso il 18.03.1999 - non prevedendo tale accordo, quale unica sanzione dell'illegittima successione dei contratti a termine, la conversione del rapporto a tempo indeterminato.

Peraltro lo stesso ordinamento comunitario legittima gli Stati nazionali a derogare dai suddetti principi generali per specifici e preminenti motivi interni di "ordine oggettivo", (cfr. clausola n. 4 della direttiva in parola in ordine al "principio di non discriminazione").

Sulla base delle precedenti argomentazioni, riconosciuta la natura pubblica dell'Azienda resistente che va ricondotta nel novero degli enti strumentali, si rileva l'impermeabilità alla disciplina ex D.Lgs. n. 368 del 2001 della normativa di settore (artt. 35 e 36 D.Lgs. le cui peculiari finalità ad essa sottesa portano ad escludere la stessa di un abuso del diritto nei termini patrocinati dalla ricorrente, in quanto resta affidata alla discrezionalità del legislatore la scelta dei tempi e dei modi di attuazione della garanzia del diritto al lavoro (C. Cost. sent. nn. 303/2011 e 419/2000).

Tanto osservato in ordine al tema della conversione dei contratti stipulati in regime di tempo determinato coglie appieno la ratio che il legislatore nazionale persegue nel garantire la tutela del superiore interesse pubblico al buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione a fronte delle esigenze che perseguono i singoli lavoratori. E proprio la delineata distinzione tra il regime sanzionatorio del settore pubblico e di quello privato è stata più volte rimarcata nella normativa comunitaria, come emerge infatti da numerosi interventi della Corte di Giustizia europea. A tal riguardo non è di secondo momento osservare che la giurisprudenza comunitaria, in riferimento al "principio di non discriminazione" chiarisca come tale clausola n. 5 dell'accordo quadro non stabilisca un obbligo generale degli stati membri di prevedere la conversione di un contratto a tempo determinato in uno a tempo indeterminato, né le condizioni precise laddove ciò debba accadere, proprio per lasciare agli stati membri un ambito di discrezionalità in materia, non essendo la clausola indicata in alcun modo atta a pregiudicare le strutture fondamentali, politiche e costituzionali né le funzioni essenziali degli Stati membri, (sentenze Adelener, Marrosu e Sardino, 7.9.2006 causa C-180/04 Vassallo, 23.4.2009 cause riunite da C-378/2007 a C-380/2007 Angelidaki, 24.4.2009 causa C-162/2008)

Acclarata la legittimità di una normativa atta disciplinare diversamente le conseguenze della conversione dei contratti a termine nei confronti della pubblica amministrazione, proprio in virtù dei principi che la regolano e dell'attività funzionalizzata che la stessa persegue, non possono non valutarsi come legittime anche ulteriori specifiche diversificazione tra i rapporti in parola anche nei momenti successivi a quello prettamente genetico.

Ed invero, le differenze insite tra il lavoro pubblico a tempo determinato e indeterminato che sussistono a livello formale, precipitano anche a livello sostanziale, cosicché la garanzia dell'imparzialità e della qualità perseguita attraverso lo strumento del concorso quale unica modalità di accesso in un rapporto a tempo indeterminato, ben può rivivere anche in ulteriori determinazioni secondo oggettive ragioni dell'ordinamento interno nazionale.

Ugualmente non merita accoglimento neanche l'ulteriore capo della domanda che prende in considerazione i contratti di collaborazione ripassati tra le parti dal 2003 al 2009. La domanda azionata muove dall'assunto della sussistenza meramente elusiva dei detti contratti di lavoro intervenuti tra le parti, in quanto, in realtà la lavoratrice avrebbe svolto le proprie prestazioni lavorative in un regime di subordinazione del tutto riconducibile alla qualifica rivestita negli anni precedenti, alla luce del fatto che le mansioni lavorative sarebbero state le medesime.

Aderendo pienamente alle statuizioni della Suprema Corte, non può revocarsi in dubbio che "elemento indefettibile del rapporto di lavoro subordinato - e criterio discretivo, nel contempo, rispetto a quello di lavoro autonomo - è la subordinazione, intesa come vincolo di soggezione personale del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro, che inerisce alle intrinseche modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative e non già soltanto al loro risultato, mentre hanno carattere sussidiario e funzione meramente indiziaria altri elementi del rapporto di lavoro (quali, ad esempio, la collaborazione, l'osservanza di un determinato orario, la continuità della prestazione lavorativa, l'inserimento della prestazione medesima nell'organizzazione aziendale e il coordinamento con l'attività imprenditoriale, l'assenza di licenziamento per il lavoratore e la forma della retribuzione), i quali - lungi dal surrogare la subordinazione o, comunque, valore decisivo ai fini della prospettata qualificazione del rapporto - possono, tuttavia, essere valutati globalmente, appunto, come indizi della subordinazione stessa, tutte le volte che non ne sia agevole l'apprezzamento diretto a causa di

peculiarità delle mansioni, che incidano sull'atteggiarsi del rapporto. Inoltre, non è idoneo a surrogare il criterio della subordinazione nei precisati termini neanche il che al rapporto di lavoro sia dato dalle sue stesse parti, il quale, pur costituendo un elemento dal quale non si può in generale prescindere, assume rilievo decisivo ove l'autoqualificazione non risulti in contrasto con le concrete modalità di svolgimento del rapporto medesimo" (Sez. L, Sentenza n. 4500 del 27/02/2007).

Sebbene, nel lavoro autonomo l'oggetto del rapporto sia l'opera da eseguire, già identificata in origine per il suo contenuto concreto e non per l'astratta disponibilità delle energie necessarie a realizzarla, ed è rimessa, quanto alle più concrete modalità esecutive, alla libera determinazione del prestatore, nei limiti delle direttive di ordine generale eventualmente necessarie alla identificazione ed alla acquisizione dell'opera medesima (cfr, di recente Cass. n. 2728/2010; Cass. n. 26986/2010).

Ora, l'imposizione di alcune direttive e anche di alcune più specifiche modalità di esecuzione della prestazione non è incompatibile con il lavoro autonomo, laddove l'opera che ne costituisce oggetto debba essere realizzata (come nel caso in esame) in conformità a criteri uniformi e per di più all'interno e avvalendosi delle strutture organizzative dello stesso committente (e perciò, se del caso, anche in orari compatibili con la funzionalità di tali strutture) ai fini della copertura del servizio pubblico.

Nel caso di specie, è doveroso riscontrare come la specificità delle prestazioni lavorative affidate al prestatore ed alla effettiva coincidenza o simiglianza delle stesse con le varie e molteplici attività accessorie al servizio pubblico espletato dall'ente resistente possa legittimamente conciliarsi con un regime di lavoro autonomo dalla natura coordinata e continuativa.

Né il carattere latamente creativo del contenuto della prestazione rientrante nel novero di quello ex art. 409 c. 3 c.p.c. può essere apoditticamente negato laddove, come nel caso di specie le mansioni si sostanzino in un'attività ripetitiva e predeterminata, in quanto questa risulta sempre ben identificata e collegata ad un risultato finale, gestita in funzione dello stesso, spesso svolta in maniera immediata e correlata alle richieste dello sportello e di altri uffici. Pertanto, l'elemento discriminante ai fini della constatazione della sussistenza di un rapporto di lavoro di natura subordinata è costituito dalla soggezione delle energie lavorative

del prestatore ad un'eterodirezione , che sia tale da disciplinare in modo effettivo e specifico il contenuto delle attività da svolgere.

Profili, questi che non si rinvengono nelle risultanze probatorie addotte da parte ricorrente e che, pertanto, non possono accostarsi alla fattispecie.

Tale carenza costituisce di per sé un limite di ingresso invalicabile alla domanda principale di parte ricorrente tesa ad una pronuncia atta a convertire o acclarare la posizione giuridica della lavoratrice come quella di pubblico dipendente.

Infatti, chi agisce in giudizio per l'accertamento di un rapporto di lavoro subordinato ha l'onere di provare in modo rigoroso il pieno configurarsi degli elementi propri dello specifico vincolo come appena delineato.

Immeritevole di pregio risulta anche la subordinata domanda risarcitoria in quanto non si rinvengono nella fattispecie i presupposti necessari ai fini della configurazione di una responsabilità dolosa o colposa dell'ente o la sussistenza di un "danno ingiusto" causato da una condotta della PA ai danni di parte ricorrente. Alla luce della validità dei contratti meglio descritti in narrativa sottoscritti nella libera disponibilità delle parti nella consapevolezza della loro preordinazione al soddisfacimento delle esigenze aziendali perseguibili anche mediante rapporti di lavoro di natura flessibile, si palesa la carenza di qualsiasi elemento sostanziale l'identificazione di un danno connesso alla dedotta illegittimità del contratto flessibile di determinazione della correlativa misura risarcitoria. Il tutto, a maggior ragione, alla luce di quanto statuito più e più volte dalla giurisprudenza di legittimità che pretende una specifica allegazione probatoria, anche presuntiva, della pretesa risarcitoria di danni risalenti al rapporto di lavoro, con relativo onere a carico della parte interessata, alla stregua delle quali il giudice possa maturare il proprio apprezzamento in ordine alla effettività ed alla entità dei danni denunciati (Cass. N. 392/2012), allegazione insussistente nel caso di specie.

Le motivazioni appena espresse forniscono le basi giuridiche e di fatto idonee e sufficienti per la declaratoria della infondatezza della domanda che deve respinta.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il TRIBUNALE di PESCARA - in composizione monocratica nella persona della dott.ssa LUIGINA TIZIANA MARGANELLA in funzione di GIUDICE del LAVORO - definitivamente pronunciando, così provvede:

- respinge la domanda;

- condanna la ricorrente a rifondere alla AUSL di Pescara, in persona del Direttore p.t. le spese di giudizio che liquida in complessivi Euro 1.200,00.

Così deciso in Pescara, il 7 marzo 2013.

Depositata in Cancelleria il 7 marzo 2013.