

REPUBBLICA ITALIANA
In Nome del Popolo Italiano
Il Giudice del Lavoro di Balzano, dottoressa Francesca MUSCETTA, ha pronunciato la seguente

Sentenza

nella causa di lavoro nr. 494/14 R.G.L. promossa da:

[...] rappresentata e difesa dall'Avv. Daniele Simonato, giusta delega a margine del ricorso,

ricorrente

contro

Azienda Sanitaria della Provincia Autonoma di Balzano, in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede in Balzano, via Cassa di Risparmio 4, rappresentata e difesa dagli avvocati Sonia Gasparri e Alfredo Ludovico Ernesto Pischedda, giusta delega a margine della memoria di costituzione,

convenuta

In punto: retribuzione

Causa assegnata a sentenza all'udienza del 24.11.2016 sulle seguenti conclusioni delle parti costituite in giudizio:

Di parte ricorrente:

voglia il Giudice adito in qualità di Magistrato del Lavoro, previa fissazione della data di udienza di comparizione personale delle parti e notifica a cura del ricorrente del presente ricorso e dell'emanando decreto, contrariis reiectis:

a) accertare e dichiarare la sussistenza di un unico ovvero più rapporti di lavoro subordinato ex art. 2094 c.c. tra [...] e l'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige con decorrenza 19.5.2008;

b) accertare e dichiarare l'illegittimità / nullità / inefficacia di tutte le clausole appositive di termine ai contratti di lavoro stipulati da [...] e l'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige nel periodo 2008 — 2013 per le ragioni meglio esposte in narrativa ivi compresa la violazione dell'art. 1, 5 e ss. del D.Lgs. n. 368 del 2001 nel testo vigente all'epoca della sottoscrizione dei sei contratti di lavoro a termine;

c) disporre la conversione dei rapporti a termine in un contratto a tempo indeterminato con decorrenza 16.5.2008 ovvero in via di stretto subordino con decorrenza 18.5.2013 ordinando all'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige in persona del Direttore / legale rappresentante pro tempore, di riammettere in servizio la ricorrente ovvero di ricostituire un rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle medesime condizioni (mansioni, funzioni, retributive, di orario e di sede) applicate dalla convenuta prima della cessazione del rapporto;

d) condannare Azienda Sanitaria dell'Alto Adige, in persona del legale rappresentante pro tempore con sede in Via Lorenz Boehler 5, 39100 Balzano (BZ), al risarcimento del danno subito da [...] stabilendo in favore di quest'ultima un'indennità onnicomprensiva nella misura di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604 e che si quantifica in € [...] mensili ovvero la diversa somma maggiore o minore ritenuta di giustizia oltre interessi e rivalutazione monetaria;

e) in via subordinata qualora non dovesse venire accolta la domanda di cui alla lett. c) condannare l'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige in persona del legale rappresentante pro tempore, al risarcimento del danno patrimoniale subito da [...] per la mancata conversione da quantificarsi secondo i parametri di cui all'art. 18 L. n. 300 del 1970 e cioè in almeno 15 mensilità ovvero comunque ex art. 1218 e ss. c.c. che si quantifica in almeno due / tre annualità;

f) condannare l'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige in persona del legale rappresentante pro tempore, a pagare alla ricorrente la somma di € [...] o l'importo maggiore o minore che verrà determinato in corso di causa a titolo di trattamento di fine rapporto, la somma di € [...] o l'importo maggiore o minore che verrà determinato in corso di causa a titolo di tredicesima mensilità, la somma di € [...] o l'importo maggiore o minore che verrà determinato in corso di causa a titolo delle altre indennità e maggiorazioni previste dalla contrattazione collettiva di comparto ed intercomparto, oltre alla rivalutazione del capitale ed agli interessi legali dalle singole date di maturazione dei diritti al saldo;

g) condannare l'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige in persona del legale rappresentante pro tempore, alla regolarizzazione della posizione contributiva ed assicurativa della lavoratrice;

h) condannare l'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige in persona del legale rappresentante pro tempore, al risarcimento del danno non patrimoniale subito dalla signora [...] che si indica in € [...] o la diversa somma ritenuta di giustizia da quantificarsi anche in via equitativa ex art. 1226 c.c.;

i) condannare l'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige in persona del legale rappresentante pro tempore, alla rifusione delle spese legali nonché dei diritti ed onorari di causa da distrarsi a favore dei sottoscritti legali che dichiarano di aver anticipato le prime e non percepito i secondi;

per la parte convenuta:

in via preliminare

dichiarare il ricorso avverso inammissibile e / o irricevibile e / o improponibile per le ragioni sopra esposte;

in via principale

rigettare le domande avversarie in quanto infondate in fatto e in diritto per tutti i motivi dedotti nella presente memoria;

con piena rifusione di spese e competenze di lite.

Motivi in fatto e in diritto

Con la presente controversia la ricorrente [...], collaboratrice della convenuta Azienda Sanitaria in qualità di medico veterinario in forza di contratti di lavoro autonomo della durata di un anno ai sensi della L.P. n. 18 del 1983 stipulati tra il 2008 e il 2013, domanda l'accertamento della sussistenza di fatto di uno o più rapporti di lavoro subordinato con decorrenza 19.5.2008, l'accertamento dell'illegittimità dell'apposizione del termine a tali contratti, la conversione dei rapporti di lavoro a termine in contratto a tempo indeterminato, la condanna dell'Azienda al risarcimento del danno ex art. 32 comma 5 della legge 183/2010, la condanna dell'Azienda al pagamento degli emolumenti retributivi asseritamente spettanti in ragione della natura subordinata dei rapporti di lavoro e la condanna dell'azienda al risarcimento del danno non patrimoniale.

Deve essere preliminarmente disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dall'Azienda convenuta a motivo della mancata impugnazione delle determinazioni di stipulazione dei contratti d'opera e con richiamo a giurisprudenza amministrativa secondo la quale l'accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato con la p.a. in difformità degli atti che lo hanno costituito come rapporto di lavoro autonomo non sarebbe proponibile in difetto di impugnazione di tali atti.

In confutazione di tale eccezione sarà sufficiente rilevare che la giurisprudenza citata dall'Azienda risale all'inizio degli anni novanta ovvero, per quanto attiene a una sentenza del Consiglio di Stato, all'anno 2002 e ha quindi presumibilmente ad oggetto fattispecie anteriori alla privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, avvenuta nel 1998 e che, dopo la privatizzazione, l'accertamento della natura del rapporto va effettuata sulla base delle concrete modalità di esplicazione dello stesso, in applicazione degli artt. 2126 c.c. e 2 secondo comma del d.lgs. 165/2001, che rinvia alle norme del codice civile che regolano i rapporti di lavoro nell'impresa.

Ciò premesso, deve darsi accoglimento alle domande della ricorrente nella misura di ragione.

È noto che secondo l'orientamento della Suprema Corte "*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 rischio per il lavoratore e la forma della retribuzione), i quali - lungi dal surrogare la subordinazione o, comunque, dall'assumere 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 'nomen iuris' che al rapporto di lavoro sia dato dalle sue stesse parti (cosiddetta 'autoqualificazione'), 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*" (cfr., per tutte Cass. 4500/2007).

Nel caso di specie è pacifico e documentalmente provato che a far tempo dal 19.5.2008 e sino al 31.12.2013 la ricorrente ha continuativamente svolto mansioni di veterinaria ufficiale in forza di reiterati contratti d'opera professionali di durata annuale succedutisi senza soluzione di continuità (contratto del 16.5.2008 decorrente dal 19.5.2008 con termine finale al 18.5.2009, contratto del 18.5.2009 decorrente dal 19.5.2009 con termine finale al 18.5.2010, contratto del 18.5.2010 decorrente dal 19.5.2010 con termine finale al 18.5.2011, contratto del 18.5.2011 decorrente dal 19.5.2011 con termine finale al 18.5.2012, contratto del 18.5.2012 decorrente dal 19.5.2012 con termine finale al 18.5.2013, contratto del 18.5.2013 decorrente dal 19.5.2013 con termine finale al 18.5.2014, disdettato dall'azienda con lettera del 15.11.2013 per la data del 1.1.2014).

Con tali contratti le parti hanno pattuito l'impegno orario complessivo di 42 ore settimanali, il corrispettivo di euro 42,00- all'ora, il rimborso dell'indennità chilometrica a 1/4 del costo della benzina super per le spese sostenute per gli spostamenti effettuati per raggiungere i vari comuni con autorizzazione della ricorrente all'uso dell'autovettura necessario per l'espletamento della prestazione, l'impegno della ricorrente a "timbrare gli accessi mediante il cartellino marcatempo fornito dall'azienda sanitarie" e "per quanto riguarda le modalità di esecuzione della prestazione e la ripartizione giornaliera dell'impegno mensile complessivo e la verifica della quantità e della qualità dell'opera svolta" le parti hanno dato "ampio mandato al direttore del servizio, di dare opportune indicazioni onde inserire l'opera della professionista nell'ingranaggio della struttura ospedaliera e portarla ai massimi livelli qualitativi".

Ora, è agevole rilevare che tale regolamentazione contrattuale è di per sé molto più compatibile con un contratto di lavoro subordinato che non con un contratto di prestazione d'opera professionale.

Appaiono, infatti, assai significative dell'intendimento delle parti di stipulare nella sostanza un contratto di lavoro subordinato e della preoccupazione dell'Azienda Sanitaria di affermare la propria supremazia sulla collaboratrice in termini di verifica dell'attività e di inserimento nella struttura aziendale, malgrado il nomen iuris dato al contratto e ad onta dell'asserzione di prestazione "senza vincolo di subordinazione", il riferimento alla "verifica della quantità e qualità dell'opera svolta" (espressione, questa, che evoca sicuramente più il potere di controllo del datore di lavoro sulle prestazioni del proprio dipendente che non la verifica da parte del committente dell'opera eseguita dal prestatore

d'opera professionale) e, ancora di più, il mandato conferito al Direttore del Servizio di inserire "l'opera della professionista nell'ingranaggio della struttura ospedaliera", essendo l'inserimento nell'organizzazione aziendale elemento tipico della prestazione lavorativa subordinata e implicando la previsione delle indicazioni occorrenti all'inserimento della professionista nel detto ingranaggio ad opera del Direttore del Servizio inequivoca affermazione della soggezione della prestazione dell'attività lavorativa della professionista alle disposizioni del Direttore del servizio finalizzate al coordinamento dell'attività medesima con la struttura aziendale e, quindi, l'affermazione del vincolo di subordinazione della collaboratrice.

Integrano, inoltre, significativi indici sussidiari di subordinazione la previsione di un orario di lavoro fisso, la pattuizione di un compenso rapportato alla prestazione lavorativa, la previsione del rimborso indennità chilometrica che fa seguito a quella di autorizzazione della collaboratrice all'uso della propria autovettura, autorizzazione che è sicuramente più consona a un datore di lavoro piuttosto che al committente di un'opera o di una prestazione d'opera professionale.

Sono inoltre assolutamente incompatibili con una prestazione di lavoro autonomo e si attagliano perfettamente a un rapporto di lavoro subordinato, la messa a disposizione della collaboratrice del vestiario occorrente all'esecuzione della prestazione e l'obbligo della collaboratrice di timbrare il cartellino marcatempo.

Sulla base dell'assoluto difetto di contestazione da parte della convenuta delle circostanze di fatto addotte dalla ricorrente a supporto del proprio assunto di prestazione di attività lavorativa in regime di subordinazione nonché delle risultanze della esperita prova testimoniale, deve inoltre ritenersi che i rapporti di lavoro della ricorrente si sono svolti anche di fatto in conformità all'appena rilevato contenuto sostanziale dei contratti stipulati tra le parti, piuttosto che conformemente al formale nomen iuris dei contratti medesimi.

Dall'esperita prova testimoniale emerge invero che la ricorrente riceveva gli utenti allevatori/contadini presso i Comuni del Comprensorio di [...] dove aveva a disposizione un ufficio ed era per il resto tenuta ad essere presente presso gli uffici dell'Azienda convenuta a [...] dove disponeva, di una postazione PC e di tutte le utilità di segreteria connesse, analogamente ai veterinari ufficiali dipendenti nonché ad effettuare sopralluoghi e controlli presso le aziende agricole (testi [...] e [...]); che la ricorrente osservava l'orario di lavoro dei veterinari ufficiali dipendenti della convenuta predeterminato dall'azienda (testi [...], responsabile del Servizio veterinario, [...], e [...]); che la ricorrente era tenuta a sostituire i colleghi veterinari ufficiali dipendenti in caso di assenza (testi [...] e [...]); che la ricorrente esercitava i poteri di un pubblico ufficiale ed era dotata di tessera di servizio quale pubblico ufficiale (teste [...]); che la ricorrente redigeva i verbali di accertamento di infrazione, comminava sanzioni amministrative, effettuava la timbratura della carne autorizzandone la vendita al pubblico, compilava i modelli relativi all'attestazione delle condizioni di salute degli animali, sottoscriveva i passaporti per cani, redigeva i verbali di controllo in caso di denunce da intossicazione alimentare (teste [...]); che la ricorrente era tenuta a compilare un foglio presenze per ogni mese di servizio con indicazione dei tempi di lavoro e provvedeva alla redazione di tabelle contenenti la rendicontazione dei viaggi e dei chilometri percorsi e delle spese che venivano controllati dall'ufficio e controfirmati dal Dott. [...], coordinatore del servizio veterinario di [...] (teste [...]); che la ricorrente era tenuta a concordare i periodi di ferie con i colleghi (testi [...] e [...]); che la ricorrente era dotata di strumentazione e camici da lavoro occorrenti alla prestazione dell'attività lavorativa messi a disposizione dalla convenuta (testi [...] e [...]); che la ricorrente era soggetta ai regolamenti interni della Provincia Autonoma di Balzano in materia di orario di lavoro e obblighi di servizio, sistemi automatici e di comunicazione, codici di comportamento (testi [...] e [...]); che la ricorrente era tenuta, come gli altri veterinari ufficiali, a redigere i piani di attività e di budget ed era soggetta agli obiettivi di budget prescritti dal direttore dell'ufficio veterinario (testi [...] e [...]); che la ricorrente partecipava alle riunioni di staff insieme agli altri veterinari ufficiali dipendenti (teste [...]); che la ricorrente era soggetta alle direttive e agli ordini del Direttore del Servizio Veterinario e del coordinatore di zona (testi [...],[...] e [...]) e svolgeva in particolare i compiti che quest'ultimo di volta in volta le assegnava, quali, ad esempio, l'effettuazione della profilassi in una determinata struttura agricola, l'espletamento di un incarico fuori routine come quello relativo a un cane maltrattato con disposizione improvvisa di recarsi presso il luogo ove si trovava l'animale maltrattato (teste [...]); che la ricorrente era soggetta a rimproveri in caso di errori nella compilazione dei modelli e nella redazione dei blocchi relativi alla prestazione (testi [...] e [...]).

Tali risultanze evidenziano in modo assolutamente univoco la sussistenza nel caso di tutti gli elementi caratterizzanti il rapporto di lavoro subordinato.

Il vincolo di subordinazione e, cioè, l'imprescindibile soggezione del prestatore di lavoro al potere direttivo e di controllo del datore di lavoro è, infatti, con ogni evidenza implicato dalla attestata soggezione della ricorrente alle direttive del Direttore del servizio Veterinario e alle disposizioni particolari sulle incombenze da svolgere impartite di volta in volta dal Coordinatore del Servizio Veterinario nonché dalla soggezione ai rimproveri di quest'ultimo in caso di erronea compilazione dei modelli e dei resoconti sull'attività svolta e, ancora, dalla soggezione della ricorrente alle disposizioni generali della Provincia in materia di orario di lavoro e di obblighi di servizio, dalla soggezione della ricorrente agli obiettivi di budget prescritti dal Direttore dell'Ufficio Veterinario, dalla sottoposizione a controllo delle rendicontazioni effettuate dalla ricorrente anche relativamente alle spese e agli spostamenti. Altrettanto certo appare l'inserimento della ricorrente nella struttura organizzativa dell'ufficio veterinario, che risulta invero confermato dall'osservanza del medesimo orario di lavoro imposto ai veterinari ufficiali dipendenti, dalla prestazione da parte della ricorrente di attività lavorativa in sostituzione dei veterinari dipendenti assenti, dall'onere della ricorrente di concordare

con i veterinari dipendenti i periodi di ferie, dall'obbligo della redazione dei fogli presenza e dalla partecipazione della ricorrente alle riunioni di staff insieme ai veterinari ufficiali dipendenti.

Palese è, ancora, l'assenza di rischio, implicata dalla messa a disposizione dei locali presso gli Uffici di [...] della convenuta nonché della strumentazione e del vestiario occorrenti all'espletamento dell'attività lavorativa. Appare infine significativo dell'espletamento di attività lavorativa in regime di subordinazione lo svolgimento da parte della ricorrente, dotata di tessera di servizio quale pubblico ufficiale, delle attività relative all'accertamento di infrazioni, alla comminazione di sanzioni amministrative e alle certificazioni in genere attestate dai testi escussi e dalla documentazione in atti, trattandosi di incombenze tipiche di un funzionario-veterinario dipendente che, in virtù del rapporto di servizio, può agire in nome e per conto dell'Azienda.

I rapporti di collaborazione tra la ricorrente e l'Azienda convenuta vanno quindi qualificati, sia sulla base del contenuto effettivo dei contratti stipulati, più sopra posto in evidenza, sia sulla base della concreta attuazione dei rapporti medesimi desumibile dalle riferite risultanze della prova testimoniale, quali rapporti di lavoro subordinato in ragione della comprovata ricorrenza non solo dell'elemento fondamentale della subordinazione, ma anche di tutti gli indici sussidiari di tale tipologia di rapporto di lavoro.

Ed è appena il caso di osservare, in confutazione dell'assunto della Azienda convenuta, che la circostanza che la L.P. n. 18/1983 facoltizzi l'Azienda a stipulare contratti di prestazione d'opera professionale, non è certamente sufficiente a qualificare i rapporti in questione quali contratti di prestazione d'opera professionale, dovendosi avere riguardo al contenuto sostanziale dei rapporti ed assumendo rilievo il nomen iuris attribuito al contratto, come prima si è visto, soltanto quando non contrasti col concreto espletamento del rapporto.

Una volta qualificati i contratti di collaborazione in questione quali contratti di lavoro subordinato è agevole affermare, in ulteriore accoglimento delle prospettazioni della ricorrente, l'illegittimità dell'apposizione del termine a tali contratti. Dopo aver stabilito al primo comma che *“per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato seguendo le procedure di reclutamento previste dall'articolo 35”*, l'art. 36 del d.lgs. 165/2001, applicabile alle aziende sanitarie ai sensi dell'art. 1 comma 2 dello stesso decreto, prevede al secondo comma che *“per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale le amministrazioni pubbliche possono avvalersi 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, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti”*.

Per il quinto comma della disposizione *“in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può 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 *“esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale”* che il secondo comma dell'art. 36 del d.lgs. 165/2001 pone quale presupposto di validità del ricorso al contratto di lavoro flessibile e, quindi, anche al contratto a tempo determinato, nell'ambito dell'impiego pubblico privatizzato sono con ogni evidenza assimilabili alle *“ragioni di carattere tecnico-produttivo-organizzativo”* nelle quali l'art. 1 del d.lgs. 368/2001 nel testo in vigore all'epoca dei fatti di causa individua la condizione di ammissibilità del contratto a tempo determinato nell'impiego privato, richiedendone espressamente la specificazione, trattandosi di esigenze di carattere oggettivo e temporaneo dell'organizzazione del servizio espletato dall'amministrazione del tutto sovrapponibili alle esigenze produttive temporanee idonee a giustificare il ricorso a personale precario da parte di una impresa privata.

Nel caso di specie nei contratti stipulati tra le parti non vi è il minimo accenno ad esigenze temporanee o eccezionali di impiego della prestazione lavorativa a termine della ricorrente ed è noto che l'art. 1 comma 2 del d.lgs. 368/2001 dispone la specificazione scritta delle ragioni giustificative dell'apposizione del termine, stabilendo al secondo comma che *“l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale siano specificate le ragioni di cui al comma 1”*.

Ancorché l'applicazione delle disposizioni di cui al d.lgs. 368/2001 alle pubbliche amministrazioni sia stata espressamente disposta successivamente alla stipulazione dei contratti di lavoro della ricorrente ad opera del comma 5 ter dell'art. 36 cit., introdotto dall'art. 4 comma 1 lettera b) del d.l. 31.8.2013 n. 101, convertito nella legge 30.10.2013 n. 125 ai sensi del quale *“le disposizioni previste dal decreto legislativo 6 settembre 2001 n. 368 si applicano alle pubbliche amministrazioni, fermo restando per tutti i settori l'obbligo di rispettare il comma 1, la facoltà di ricorrere ai contratti di lavoro a tempo determinato esclusivamente per rispondere alle esigenze di cui al comma 2 e il divieto di trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato”*, questo giudice ritiene che un'interpretazione del testo dell'art. 36 del d.lgs. 165/2001 in vigore prima della introduzione del comma 5 ter rispettosa del canone ermeneutico desumibile dall'art. 3 della Costituzione imponga di ritenere che l'enunciazione espressa nel contratto a tempo determinato stipulato dalla pubblica amministrazione delle ragioni di carattere temporaneo o eccezionale giustificatrici del ricorso all'assunzione a termine sia un requisito implicitamente posto dall'art. 36, rispondendo l'enunciazione stessa ad esigenze di trasparenza e di possibilità di verifica della sussistenza dei presupposti per l'assunzione a termine da parte del lavoratore ed apparendo del tutto irragionevole che una siffatta possibilità di verifica sia concessa ai lavoratori del settore privato e non anche a quelli del settore pubblico privatizzato (per la *ratio* della specificazione delle ragioni dell'apposizione del termine, espressamente disposta dall'art. 1 comma 2

del d.lgs. 368/2001, si veda Cass. 27.4.2011 n. 10033, 2279/2010, 14.7.2009 n. 214, nonché Cass. 7244/2014 in motivazione secondo le quali *“l'apposizione di un termine al contratto di lavoro, consentita dall'art. 1 d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368 a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, che devono risultare specificate, a pena di inefficacia, in apposito atto scritto, impone al datore di lavoro l'onere di indicare in modo circostanziato e puntuale, al fine di assicurare la trasparenza e la veridicità di tali ragioni nonché l'immodificabilità delle stesse nel corso del rapporto, le circostanze che contraddistinguono una particolare attività e che rendono conforme alle esigenze del datore di lavoro, nell'ambito di un determinato contesto aziendale, la prestazione a tempo determinato, sì da rendere evidente la specifica connessione tra la durata solo temporanea della prestazione e le esigenze produttive ed organizzative che la stessa sia chiamata a realizzare e la utilizzazione del lavoratore assunto esclusivamente nell'ambito della specifica ragione indicata ed in stretto collegamento con la stessa”*).

Tenuto conto che l'applicabilità del d.lgs. 368/2001 al rapporto di lavoro dei dipendenti della pubblica amministrazione e degli enti a questa equiparati era in effetti comportata, anche prima dell'introduzione del comma 5 ter dell'art. 36 del d.lgs. 165/2001 ad opera 4 comma 1 lettera b) del d.l. 31.8.2013, dal rinvio operato dal secondo comma dell'art. 2 di tale decreto alle *“leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa”* (*“i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo”*), alla detta disposizione introduttiva del comma 5 ter dell'art. 36 cit. potrebbe per di più attribuirsi natura meramente ricognitiva e non innovativa, come sembrano avere implicitamente affermato le Sezioni Unite della Suprema Corte a pag. 11 della sentenza 5072/2016 affermando che il comma 1 lettera b) del d.l. 31.8.2013 ha *“ribadito”* l'applicabilità alle pubbliche amministrazioni delle disposizioni del d.lgs. 368/2001 (*“ancora più recentemente nell'art. 36 d.lgs. n. 165 del 2001 sono stati introdotti due commi (5 ter e 5 quater) dall'art. 4 comma 1, lett. b) d.l. 31 agosto 2013 n. 101 conv. dalla l. 30 ottobre 2013 n. 125 che - nel ribadire che le disposizioni del d.lgs. n. 368/2001 si applicano alle pubbliche amministrazioni, fermi restando il divieto di trasformazione del contratto di lavoro a tempo determinato a tempo indeterminato e il diritto al risarcimento per il dipendente - hanno stabilito che i contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione della medesima disposizione sono nulli e determinano responsabilità erariale”*).

Deve pertanto ritenersi l'illegittimità dell'apposizione del termine ai contratti di lavoro della ricorrente per difetto di enunciazione delle ragioni giustificatrici dell'assunzione a tempo determinato in forza della prospettata interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 36 del d.lgs. 165/2001, se non addirittura in forza della diretta applicabilità della disposizione di cui al secondo comma dell'art. 1 del d.lgs. 368/2001 ai rapporti di lavoro delle pubbliche amministrazioni anche prima dell'introduzione del comma 5 quater dell'art. 36 cit. per effetto del rinvio operato dall'art. 2 secondo comma del d.lgs. 165/2001 alle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa.

Giova aggiungere che anche se si volesse ritenere che la specificazione delle ragioni del ricorso alla contrattazione a termine non è necessaria per i contratti a tempo determinato stipulati nell'ambito dell'amministrazione pubblica, si dovrebbe comunque pervenire alla conclusione di illegittimità dell'apposizione del termine per violazione del secondo comma dell'art. 36 del d.lgs. 165/2001 per radicale insussistenza di ragioni di carattere temporaneo o eccezionale.

L'insussistenza nel caso di tali ragioni risulta, infatti, eclatantemente ammessa dall'Azienda convenuta, che a pagina 15 della propria memoria difensiva così giustifica il proprio ricorso alla stipulazione dei contratti *“d'opera”* a termine con la ricorrente: *“il contratto d'opera professionale ed i rinnovi sono stati stipulati in presenza dei presupposti previsti dall'art. 1 comma 1 bis L.P. 21.6.2013 n. 18 modificato dall'art. 1 L.P. 2.5.1995 n. 10, ossia nella pressante necessità di reperire personale che erogasse le prestazioni sanitarie richieste quando, dovendo rispettare la c.d. proporzionale tra i gruppi linguistici e la normativa che impone il possesso dell'attestato di conoscenza della lingua italiana e tedesca (c.d. patentino) i concorsi non davano esito positivo, le deliberazioni di autorizzazione alla stipula del contratto d'opera e le determinazioni di rinnovo dello stesso - atti questi attestanti tutti la chiara sussistenza dei suddetti presupposti. È infatti un fatto notorio che l'esistenza di contratti d'opera professionali presso l'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige era da collegarsi alla carenza cronica e storica di personale sanitario (come medici ed infermieri ma anche veterinari) negli ospedali e nelle strutture sanitarie della provincia autonoma di Bolzano”*.

Secondo la deduzione della stessa Azienda convenuta, dunque, i contratti a termine e i relativi rinnovi in questione, lungi dall'essere riconducibili ad esigenze sopravvenute temporanee o eccezionali del Servizio Veterinario, trovano causa nella carenza *“cronica e storica”* di personale veterinario, a sua volta dipendente dalla mancanza di candidati in possesso del requisito del bilinguismo o dalla carenza di candidati appartenenti al gruppo linguistico in favore del quale sono riservati i posti messi a concorso e, quindi, in una situazione costante e non eccezionale di scopertura di organico, per così dire immanente al sistema di reclutamento del personale secondo i principi della proporzionale e del bilinguismo, imposti da una legislazione risalente agli anni settanta (D.P.R. 752/1976).

La reiterazione dei contratti a termine della ricorrente per cinque anni e la continuativa prestazione di servizio da parte della stessa per quasi sei anni dal maggio 2008 al dicembre 2013 conferma del resto che il ricorso alle prestazioni professionali della veterinaria non è dipeso da una esigenza di carattere temporaneo, ma dalla necessità duratura di garantire la prestazione ordinaria del servizio.

E tale circostanza risulta anche e in primo luogo attestata dalle deliberazioni del Direttore Generale dell'Azienda relative alla stipulazione dei contratti, prodotte dalla convenuta, che motivano il ricorso alla stipulazione del contratto

d'opera professionale in applicazione della L.P. n. 18/1983 con l'infruttuosità degli ordinari metodi di reclutamento e con l'esigenza di garantire la continuità del servizio ordinario (cfr. ad esempio la delibera del 14.5.2008 doc. 4 della convenuta e, in termini sostanzialmente identici tutte le ulteriori delibere di stipulazione dei contratti prodotte dalla convenuta: *"atteso che con provvedimento dell'11.2.2008 nr. 28 è stato indetto il concorso pubblico per la copertura del suddetto posto, riservato al gruppo linguistico tedesco; atteso inoltre che all'avviso pubblico emesso per la copertura del suddetto posto tramite incarico temporaneo è pervenuta solamente la domanda di un aspirante appartenente al gruppo linguistico italiano, preso atto che l'attuale situazione della proporzionale linguistica non consente l'assunzione di un aspirante del gruppo linguistico italiano; considerato che è necessario garantire la continuità del servizio prestato e che questo risulta possibile solamente tramite la stipulazione di un contratto d'opera..."*).

Deve pertanto accertarsi e dichiararsi la nullità dell'apposizione del termine ai contratti di lavoro della ricorrente per violazione della norma imperativa di cui all'art. 36 secondo comma del d.lgs. 165/2001.

A tale declaratoria non può tuttavia conseguire la richiesta conversione dei contratti.

A norma dell'art. 36 quinto comma del d.lgs. 165/2001 la violazione delle disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni non può, infatti, comportare, come si è già accennato, la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, *"ferma restando ogni responsabilità e sanzione e fermo il diritto del lavoratore al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative"*.

Secondo l'orientamento della S.C. tale disciplina, pur escludendo, in caso di violazione di norme imperative in materia la conversione del contratto a tempo indeterminato, *"introduce un proprio e specifico regime sanzionatorio con una accentuata responsabilizzazione del dirigente pubblico e il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno subito dal lavoratore e pertanto è speciale e alternativa rispetto alla disciplina di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 368 del 2001, ma pur sempre adeguata alla direttiva 1999/70/CE, in quanto idonea a prevenire e sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti a termine da parte della pubblica amministrazione"* (Cass. 13.1.2012 n. 2392, nonché Cass. S.U. n. 5072 15.3.2016 che ha ribadito la legittimità secondo i parametri europei e costituzionali della mancata conversione del rapporto).

Con l'ordinanza 12.12.2013 nella causa C-50/13 La Corte di Giustizia ha affermato che *"l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretato nel senso che esso osta ai provvedimenti previsti da una normativa nazionale, quale quella oggetto del procedimento principale, la quale nell'ipotesi di utilizzo abusivo, da parte di un datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, preveda soltanto il diritto, per il lavoratore interessato, di ottenere il risarcimento del danno che egli reputi di aver sofferto a causa di ciò, restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, quando il diritto a detto risarcimento è subordinato all'obbligo, gravante su detto lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione. Spetta al giudice di rinvio valutare in che misura le disposizioni di diritto nazionale volte a sanzionare il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato siano conformi a questi principi"*.

In adesione all'orientamento espresso dalla S.C., questo giudice ritiene che l'ordinamento italiano offra la possibilità di riconoscere al lavoratore reiteratamente riassunto per lungo arco di tempo con contratto di lavoro a termine da una pubblica amministrazione o da un ente pubblico non economico di ottenere congrua risarcimento del danno, senza soggiacere a gravoso onere di prova del danno stesso.

Già con la sentenza n. 21.8.2013 n. 19371, pronunciata in fattispecie di reiterazione di contratti a termine da parte di una Unità Sanitaria Locale, la Corte di Cassazione, dopo avere ribadito che nel pubblico impiego il rapporto di lavoro a termine non è suscettibile di conversione, aveva invero ritenuto che *"in caso di violazione di norme poste a tutela dei diritti del lavoratore, precluso il diritto alla trasformazione del rapporto, residua a favore del lavoratore soltanto la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni subiti, per la cui determinazione trova applicazione, d'ufficio e anche nel giudizio di legittimità, l'art. 32 commi 5 e 7 della legge 4 ottobre 2010 n. 183, a prescindere dalla intervenuta costituzione in mora del datore di lavoro e dalla prova concreta di un danno, trattandosi di indennità forfettizzata e onnicomprensiva per i danni causati dalla nullità del termine"*.

Tale orientamento è stato recentemente confermato dalle Sezioni Unite della Corte che, con la menzionata sentenza n. 5072/2016, ha ritenuto che *"in materia di pubblico impiego privatizzato, nell'ipotesi di abusiva reiterazione di contratti a termine, la misura risarcitoria prevista dall'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, va interpretata in conformità al canone di effettività della tutela affermato dalla Corte di Giustizia UE (ordinanza 12 dicembre 2013, in C-50/13), sicché, mentre va escluso - siccome incongruo - il ricorso ai criteri previsti per il licenziamento illegittimo, può farsi riferimento alla fattispecie omogenea di cui all'art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010, quale danno presunto, con valenza sanzionatoria e qualificabile come 'danno comunitario', determinato tra un minimo e un massimo (da 2,5 a 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8 legge 15 luglio 1966 n. 604), salva la prova del maggior pregiudizio sofferto, senza che ne derivi una posizione di favore del lavoratore privato"*.

rispetto al dipendente pubblico, atteso che, per il primo, l'indennità forfetizzata limita il danno risarcibile, per il secondo, invece, agevola l'onere probatorio del danno subito”.

Nel caso di specie non è dubbio che la reiterata riassunzione a termine della ricorrente per quasi sei anni in forza di proroghe, nulle per illegittima rinnovata apposizione del termine in assenza di ragioni eccezionali, di un contratto originariamente viziato per illegittima apposizione di termine in difetto delle prescritte esigenze temporanee ed eccezionali, configuri un abuso del ricorso al contratto a tempo determinato.

In accoglimento della domanda di risarcimento danni proposta dalla ricorrente e ritenuta l'infondatezza dell'eccezione di prescrizione sollevata dalla convenuta sul rilievo che il termine di prescrizione ordinario del diritto all'indennità di cui all'art. 32 della legge 183/2010 (per l'inapplicabilità del termine prescrizione di cui all'art. 2948 n. 4 c.c. cfr. Cass. 7.9.2012 n. 14996) non è ancora decorso dalla data di cessazione del primo dei rapporti a termine in questione (18.5.2009) e risulta interrotto dalla lettera 2.1.2014 della ricorrente (doc. 14 ricorr.) e dalla notifica del ricorso introduttivo del presente giudizio, l'Azienda convenuta deve esser pertanto condannata al pagamento dell'indennità di cui all'art. 32 cit., che, in considerazione della notevole durata del rapporto lavorativo della ricorrente proseguito per quasi sei anni e della portata del ricorso abusivo all'apposizione del termine si ritiene giusto liquidare nella misura di 8 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Sulla base dell'ultima fattura in atti dd. 15.1.2014 relativa alle prestazioni della ricorrente (doc. 12 ricorr.) enunciante l'importo di euro [...] quale compenso per le ore di lavoro prestate nel mese di novembre 2013, la retribuzione globale di fatto va determinata nell'importo di euro [...], corrispondente all'anzidetto importo maggiorato del rateo di 13.ma mensilità (euro [...], pari ad euro [...]:12) e del rateo di TFR (euro [...], pari ad euro [...]:13,5).

L'Azienda convenuta deve essere pertanto condannata, al titolo in esame, al pagamento, in favore della ricorrente, dell'importo di euro [...] (euro [...] x 8 mensilità), con gli interessi legali e la rivalutazione monetaria ex art. 150 disp. att. c.p.c. decorrenti dalla data di risoluzione dell'ultimo rapporto a termine (31.12.2013).

Per quanto riguarda la domanda di condanna al pagamento degli importi che alla ricorrente sarebbero spettati in caso di inquadramento come lavoratrice dipendente deve farsi preliminarmente luogo al rigetto dell'eccezione di prescrizione sollevata dalla convenuta sul rilievo che il termine di prescrizione quinquennale (artt. 2948 n. 4 e 2947 n. 4 cc) risulta validamente interrotto, anche rispetto alla data del 18.5.2009 di cessazione del primo dei contratti a termine, dalla menzionata lettera dd. 2.1.2014 della lavoratrice e, quindi, nuovamente, dalla notifica del ricorso introduttivo del presente giudizio.

Tenuto conto che tale lettera reca nella relativa intestazione *“imputazione del rapporto di lavoro subordinato”* e si apre con la deduzione dell'intervenuta instaurazione di fatto di un rapporto di lavoro subordinato con l'Azienda (*“La sottoscritta [...] nata a [...] il [...] deduce di avere lavorato alle dipendenze dell'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige, servizio veterinario, Direttore Dott. [...], coordinatore di [...] Dott. [...] dal 19.5.2008 al 31.12.2013 come veterinaria ufficiale”*) deve invero ritenersi che l'enunciazione finale della lettera stessa e cioè *“valga la presente quale atto interruttivo di prescrizioni e decadenze”* abbia ad oggetto anche le prescrizioni relative alle spettanze retributive connesse alla rivendicata natura subordinata del rapporto intercorso.

Ciò premesso si osserva che secondo l'orientamento della Suprema Corte *“in tema di determinazione del trattamento retributivo spettante al lavoratore subordinato, una volta accertata in giudizio l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato in contrasto con la qualificazione del rapporto come autonoma operata dalle parti, trova applicazione - salvo che per le indennità di fine rapporto che maturano al momento della cessazione del rapporto medesimo - il principio dell'assorbimento, per cui ove il trattamento economico complessivamente erogato in concreto dal datore di lavoro risulti superiore a quello minimo dipendente dalla qualificazione del rapporto, non debbono essere liquidate mensilità aggiuntive commisurate ai compensi periodicamente corrisposti, dovendosi, peraltro, escludere che il lavoratore sia tenuto, sulla mera richiesta del datore di lavoro, a restituire tale eccedenza, atteso che i contratti collettivi stabiliscono le retribuzioni minime spettanti ai lavoratori di una determinata categoria, senza che ciò impedisca al datore di lavoro di erogare ai propri dipendenti paghe superiori, siano esse semplicemente offerte al lavoratore o determinate da una contrattazione ovvero conseguenti alla diversa e inesatta qualificazione del rapporto tra le parti, la quale può essere frutto di un errore delle parti ma anche della volontà di usufruire di una normativa specifica ovvero di eluderla”* (Cass. 9.3.2011 n. 5552 nonché 23646/2006, 1261/2006, 10824/97).

Nel caso di specie la ricorrente ha espressamente dato atto all'udienza del 23.6.2016 di avere percepito in forza dei rapporti di lavoro formalmente autonomi un compenso globale lordo superiore a quello che avrebbe percepito se fosse stata assunta quale lavoratrice dipendente.

In applicazione del richiamato principio di diritto della S. C. che esclude dal principio dell'assorbimento soltanto le indennità di fine rapporto che maturano alla cessazione del rapporto (si veda anche la motivazione della sentenza: *“questo principio dell'assorbimento non può tuttavia trovare applicazione per le indennità di fine rapporto che, prima e dopo l'entrata in vigore della l. n. 297 del 1982, maturano al momento della cessazione del rapporto”*) la domanda della ricorrente, proposta per il complessivo importo di euro [...] per TFR, 13.ma mensilità e indennità e maggiorazioni varie previste dalla contrattazione collettiva, può dunque trovare accoglimento, in ragione della già intervenuta percezione di compensi superiori a quelli che sarebbero spettati in caso di inquadramento come dipendente, soltanto per il trattamento di fine rapporto.

A tal fine si rileva che l'Azienda convenuta ha attestato nel conteggio prodotto in corso di causa con nota di deposito del 13.5.2016 diretto alla verifica degli importi percepiti dalla ricorrente e di quelli che quest'ultima avrebbe avuto

diritto di percepire in caso di inquadramento come dipendente, supportato da e-mail indirizzata dal funzionario redattore Debertol Marco all'avvocato dell'Azienda Alfredo Pischetta, di avere erogato alla ricorrente l'importo complessivo di euro [...] e che tale importo, del resto non significativamente difforme dal totale degli importi indicati come percepiti dalla ricorrente a pag. 28 del ricorso, non è stato contestato dalla ricorrente, avendo la stessa a sua volta dichiarato alla detta udienza di avere percepito più di quanto avrebbe percepito quale dipendente, sulla base "dei conteggi prodotti" e, quindi, anche del conteggio dell'Azienda sanitaria.

Il trattamento di fine rapporto spettante alla ricorrente ai sensi dell'art. 2120 c.c. va quindi determinato nell'importo di euro [...], equivalente all'anzidetto importo di euro [...]:13,5. L'Azienda convenuta va pertanto condannata al pagamento, in favore della ricorrente, di tale importo, con gli interessi legali e la rivalutazione monetaria ex art. 150 disp. att. c.p.c. decorrenti dalla maturazione del credito sino al saldo. L'Azienda convenuta va inoltre condannata alla regolarizzazione della posizione assicurativa e contributiva della ricorrente sull'importo appena riconosciuto e su tutte le somme erogate a titolo di compenso per l'attività prestata, atteso l'intervenuto accertamento della natura subordinata dei rapporti di lavoro intercorsi.

Deve essere invece disattesa, per assoluto difetto di allegazione prova, la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale.

Le spese processuali, liquidate come in dispositivo, vanno poste a carico dell'Azienda convenuta, soccombente. Tenuto conto del rigetto della domanda di conversione del rapporto e della notevole riduzione degli importi richiesti a titolo di differenze retributive, si ritiene giusto porre a carico dell'Azienda soltanto tre quarti delle spese e compensare tra le parti il restante quarto.

p.q.m.

Il giudice del lavoro,

definitivamente pronunciando nella causa n. 494/2014 promossa con ricorso depositato il 28.6.2014 da [...] contro l'Azienda Sanitaria dell'Alto Adige - Azienda Sanitaria della Provincia Autonoma di Balzano, così provvede:

accerta e dichiara

che i contratti "d'opera professionale" stipulati tra le parti in data 16.5.2008, 18.5.2009, 18.5.2010, 18.5.2011, 18.5.2012 e 18.5.2013 hanno natura di contratti di lavoro subordinato e hanno dato causa a rapporti di lavoro subordinato;

accerta e dichiara

la nullità dell'apposizione del termine ai detti contratti;

rigetta

la domanda di conversione dei rapporti a termine in rapporti a tempo indeterminato;

condanna

l'Azienda convenuta al pagamento, in favore della ricorrente, a titolo di risarcimento del danno, della somma di euro [...] - con la rivalutazione monetaria ex art. 150 disp. att. c.p.c. e gli interessi legali decorrenti dal 31.12.2013 sino al saldo;

condanna

l'Azienda convenuta al pagamento, in favore della ricorrente dell'ulteriore importo di euro [...] -, con la rivalutazione monetaria ex art. 150 disp. att. c.p.c. e gli interessi legali decorrenti dal 31.12.2013 sino al saldo;

condanna

l'Azienda convenuta alla regolarizzazione della posizione assicurativa e contributiva della ricorrente sull'importo di cui al capo che precede e su tutte le somme erogate alla ricorrente a titolo di compenso per l'attività prestata;

rigetta

la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale;

condanna

Azienda convenuta al pagamento di tre quarti delle spese processuali della ricorrente, che liquida nell'intero nell'importo di euro 12.756,00-, oltre al 15% per spese generali ad iva e cap e ad euro 225,00 per contributo unificato, compensando tra le parti il restante quarto.

Balzano, 24 novembre 2016

Il Giudice del lavoro

Dott.ssa Francesca Muscetta

Il Cancelliere

Siegfried Irsara

Atto depositato in cancelleria il 24.11.2016

Il Cancelliere

Siegfried Irsara