



TRIBUNALE DI MESSINA
SEZIONE LAVORO
REPUBBLICA ITALIANA

Il Giudice del Lavoro dott.ssa Laura Romeo
nel procedimento iscritto al n. 1080/2011 R.G. vertente
sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 19 aprile 2011 ha emesso la seguente

ORDINANZA

letta sull'istanza cautelare avanzata da Xerra Nicolò con ricorso depositato in data
24.2.2011;

letta la memoria di costituzione dell'Agenzia delle Entrate e di [REDACTED]
Margherita;

esaminata la documentazione in atti;

lette le note difensive autorizzate depositate da entrambe le parti;

sentiti i procuratori delle parti che hanno discusso oralmente la causa;

OSSERVA

Xerra Nicolò, dirigente dell'Agenzia delle Entrate, premettendo che il regolamento di Amministrazione dell'Agenzia delle Entrate ha disposto l'istituzione di nuove strutture, denominate Direzioni Provinciali, che hanno creditato le competenze degli Uffici Locali delle aree provinciali, e che con provvedimento n. 2010/166395 del 16.12.2010 è stata istituita la direzione provinciale di Messina, denuncia l'illegittimità della deliberazione n. 2010/180679 del 27.1.2010 a firma del Direttore Centrale con la quale è stato affidato alla dott.ssa [REDACTED] Margherita l'incarico di Direttore provinciale di Messina. Chiede quindi in via d'urgenza che venga disposta la sospensione degli effetti della suindicata determina ed ordinato all'Agenzia delle Entrate di attivare la procedura normativamente prevista per il conferimento di detto incarico. Sotto

il profilo del *periculum in mora* fa presente di avere quasi sessant'anni e che quindi vi è il concreto pericolo di non riuscire a reggere la Direzione provinciale prima del pensionamento stante i lunghi tempi del giudizio ordinario di cognizione la cui prima udienza è fissata al maggio 2012.

Nella prospettazione attorea l'asserita illegittimità della determina sindacale impugnata deriverebbe dalla violazione della procedura prescritta per il conferimento di incarichi dirigenziali dall'art. 19 comma 1bis del d.lgs. n. 165/2001, dalla violazione del principio di rotazione degli incarichi medesimi nonché dalla dedotta incompatibilità della dott.ssa [redacted] a ricoprire l'incarico assegnatogli ex art. 53 T.U.P.L.

Con riferimento al primo aspetto, giova premettere un breve richiamo alla normativa di riferimento. L'art. 19 comma 1bis T.U.P.L., come modificato dall'art. 40 del d.lgs. n. 150/2009, dispone che *"l'Amministrazione renda conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica ed i criteri di scelta, acquisisce le disponibilità dei dirigenti interessati e le valutazioni"*. Alla luce di tale novità legislativa introdotta dalla c.d. Riforma Brunetta la procedimentalizzazione ed il diritto degli interessati di partecipare al procedimento sono diventati oggetto di un espresso precetto normativo.

Avuto riguardo alle conseguenze derivanti dalla violazione della citata norma con particolare riguardo all'ambito del sindacato giudiziale e quindi dei provvedimenti che il giudice del lavoro può adottare in caso di accertata violazione, deve prendersi le mosse dalla qualificazione dello scorretto esercizio del potere di scelta dell'Amministrazione come inadempimento contrattuale (v. già Cass. 14 aprile 2008 n. 9814). Ne consegue che - indubbia la natura imperativa dell'art. 19 comma 1bis del d.lgs. n. 165/2001 (posto che la legge n. 150/99, introducendo il comma 12bis, ha previsto che *"le disposizioni del presente articolo costituiscono norme non derogabili dai contratti o accordi collettivi"*) la sua violazione è fonte di nullità dell'atto di conferimento dell'incarico, quale atto unilaterale di diritto privato, in quanto con essa confliggente (artt. 1324 e 1428 c.c.). A ciò si aggiunga - continuando a ragionare

in termini di inadempimento contrattuale - che il dirigente pretermesso può chiedere la condanna della P.A. all'adempimento e/o al risarcimento del danno, sicché deve ritenersi che il giudice, dopo aver accertato che l'ente pubblico ha conferito un incarico senza rispettare le norme legislative che vincolano la sua attività, può - previa dichiarazione di nullità dell'originario provvedimento - condannare l'Amministrazione a ripetere le operazioni di scelta del dirigente cui attribuire l'incarico. Non pare invece ammissibile la domanda diretta ad ottenere una pronuncia costitutiva dell'incarico ex art. 2932 c.c. (cfr. Cass. 23 febbraio 2007 n. 4275) né una sentenza di condanna dell'Amministrazione ad attribuire quello specifico incarico al dirigente ricorrente in giudizio (v. Cass. 26 novembre 2008 n. 28274): la prestazione dovuta e non eseguita esattamente dalla P.A. consiste, infatti, non già nel conferimento dell'incarico dirigenziale all'uno piuttosto che all'altro aspirante ma nel mancato rispetto della procedura normativamente prevista dalla disciplina della fattispecie; a ciò si aggiunge, poi, che la gran parte della giurisprudenza di merito, con orientamento pienamente condiviso da questo decidente, esclude sia la configurabilità di un diritto soggettivo del dirigente pretermesso all'incarico dirigenziale attesa l'assoluta discrezionalità dell'Amministrazione nell'*an* e nel *quid* del conferimento dallo stesso, sia la possibilità per il giudice di sostituirsi all'Amministrazione nella determinazione del contenuto di un atto rimesso, in ogni suo risvolto, alle scelte discrezionali della datrice di lavoro.

Ciò chiarito sul piano generale ed avuto riguardo al caso di specie, ritenuto senz'altro applicabile al caso in esame l'art. 19 comma 1bis del d.lgs. n. 165/2001, può ritenersi dato pacifico che la procedura ivi descritta non è stata rispettata dall'Agenzia delle Entrate.

Ed invero, innanzitutto la stessa Amministrazione, costituendosi e resistendo in giudizio, non deduce neppure di aver rispettato la procedura imposta dal citato art. 19 sostenendo piuttosto di essersi attenuta a norme regolamentari antecedenti all'entrata in vigore della nuova normativa e come tali non prevalenti rispetto ad essa (di fonte legislativa e con valore di norma imperativa). Trattasi, in particolare, dell'art. 14 del Regolamento di amministrazione dell'Agenzia delle

Entrate dalla cui lettura si evince, comunque, che le disposizioni in esso contenute non sono incompatibili con il dettato dell'art. 19 comma 1bis T.U.P.I. e che, pertanto, devono integrarsi con esso.

In secondo luogo, l'Agenzia convenuta si limita a produrre la nota prot. n. 2010/179075 con la quale il suo Direttore ha chiesto il parere del Direttore Regionale senza però documentare la pubblicazione dell'avviso in ordine al posto da ricoprire né l'indicazione dei criteri di scelta e di valutazione né la necessaria comparazione tra gli aspiranti. Su quest'ultimo profilo non è poi condivisibile – a parere di questo decidente – la difesa dell'Amministrazione secondo cui la valutazione comparativa sarebbe stata effettuata tant'è che sia nel provvedimento di conferimento dell'incarico di Direttore provinciale di Messina alla ~~XXXXXX~~ (n. 2010/180679) sia in quello di nomina dello Xorra quale direttore dell'Area Legale (n. 2010/180688) si dà conto – sia pure in maniera evidentemente succinta – delle "capacità organizzative e gestionali" dell'una e delle "caratteristiche professionali" dell'altro: così si confonde l'onere di motivazione del provvedimento con l'obbligo di valutazione comparativa tra i diversi aspiranti ad un determinato incarico, aspetto quest'ultimo assente nel caso che occupa.

Inconducenti appaiono infine i precedenti giurisprudenziali invocati da parte resistente in quanto tutti relativi a fattispecie antecedenti rispetto all'entrata in vigore della Riforma Brunetta e, in particolare, del nuovo testo dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001 applicabile *ratione temporis* alla presente controversia.

Deve pertanto riconoscersi la nullità del provvedimento impugnato per violazione dell'art. 19 comma 1bis T.U.P.I. che va – in questa sede – sospeso nei suoi effetti.

A fronte dell'accertata illegittimità della procedura l'Amministrazione è tenuta a ripeterla, anzi ad attivarla *secundum legem*, e cioè nel rispetto delle regole di pubblicità e trasparenza invocate dall'istante ed imposte dall'art. 19 comma 1bis T.U.P.I.

E' comunque orientamento costante in giurisprudenza, e già condiviso da quest'Ufficio (sia pure in relazione a vicende anteriori all'entrata in vigore della Riforma Brunetta che ha espressamente stabilito l'inderogabilità ad opera della

contrattazione collettiva delle disposizioni di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001 così attribuendo ad esse il valore di norme imperative), che l'accertata illegittimità del conferimento di incarichi del tipo di quello in oggetto non comporta automaticamente il riconoscimento della sua spettanza in capo al ricorrente (dirigente pretermesso) in quanto - attesa l'ampia facoltà di scelta della p.a. per il conferimento degli incarichi dirigenziali su base fiduciaria - il dipendente non vanta un vero e proprio diritto ad essere prescelto ma tutt'al più, mutuando una categoria giuridica propria del diritto amministrativo, un interesse legittimo pretensivo con conseguente ipotizzabilità della tutela risarcitoria per perdita di chances.

Può pertanto riconoscersi - sia pure entro i limiti sopra precisati e fermo restando l'opportunità di un adeguato approfondimento delle questioni prospettate nel giudizio ordinario a cognizione piena - l'apparente fondatezza della pretesa attorea, con ciò rendendo superfluo l'accertamento in ordine alle altre doglianze avanzate dall'attore.

Perimenti sussistente è il *periculum in mora*, avuto riguardo alla lesione all'arricchimento e al prestigio professionale non facilmente ristorabile per equivalente all'esito del giudizio di merito tenuto conto della diversità dell'incarico ottenuto e di quello auspicato nonché dell'età del ricorrente.

Sulla base delle considerazioni che precedono, l'istanza cautelare avanzata da Xerra Nicolò va accolta disponendo la sospensione dell'efficacia della deliberazione n. 2010/180679 con la quale è stato conferito l'incarico di Direttore provinciale di Messina a [redacted] Margherita e ordinando all'Agenzia delle Entrate di attivare la procedura per il conferimento dell'incarico in questione nel rispetto delle norme di legge vigenti.

In ordine alle spese del presente procedimento, esse si rimettono all'esito del già pendente giudizio di merito.

P. Q. M.

Definitivamente pronunciando sull'istanza cautelare in corso di causa proposta da Xerra Nicolò con ricorso ex art. 700 c.p.c. depositato in data 24.2.2011 contro l'Agenzia delle Entrate, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e nei

confronti di ██████████ Margherita, uditi i procuratori delle parti costituite e disattesa ogni contraria istanza, difesa ed eccezione, così provvede:

- in accoglimento dell'istanza cautelare, sospende l'efficacia della deliberazione n. 2010/180679 del 27.12.2010 con la quale è stato conferito alla dott.ssa ██████████ Margherita l'incarico di Direttore provinciale di Messina e, per l'effetto, ordina all'Agenzia delle Entrate di attivare la procedura per il conferimento di detto incarico ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001;
- rimette all'esito del giudizio di merito la statuizione in ordine alle spese relative alla presente fase cautelare.

Si comunichi alle parti a cura della cancelleria.

Messina, 20 aprile 2011

L'Assistente Giudiziaro
Romeo Laura

Il Giudice del Lavoro
(dott.ssa Laura Romeo)