

Pubblicato il 18/03/2021

N. 02367/2021REG.PROV.COLL.  
N. 06045/2020 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6045 del 2020, proposto da

rappresentato e difeso dall'avvocato Michele Ursini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Ministero dell'Istruzione, Ufficio Scolastico Regionale Puglia, Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*per l'ottemperanza*

della sentenza del Tribunale di Trani – sez. lavoro n. 626/2017, resa tra le parti.

Vista la appellata sentenza del Tar n. 559/2020;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Istruzione e di Ufficio Scolastico Regionale Puglia e di Presidenza del Consiglio dei Ministri;

Visto l'art. 114 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2021 il Cons. Giovanni Orsini.

L'udienza si svolge ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto legge n. 28 del 30 aprile 2020 e dell'art. 25, comma 2, del decreto legge n. 137 del 28 ottobre 2020 attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto della circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario generale della Giustizia amministrativa.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. L'odierna appellante, docente abilitata per la classe concorsuale A042 specializzata nelle attività didattiche di sostegno per la scuola secondaria di secondo grado, in data 30 giugno 2016, ha proposto ricorso dinanzi al tribunale di Trani-sezione lavoro chiedendo la condanna dell'amministrazione scolastica al risarcimento del danno, in relazione all'attività espletata prima dell'immissione in ruolo con ripetuti contratti a termine, al pagamento della speciale indennità prevista dall'articolo 32 della legge 183 del 2010 e l'accertamento della progressione stipendiale spettante ai docenti di ruolo con conseguente pagamento delle relative differenze retributive.

Il giudice del lavoro, con sentenza definitiva n. 626 del 2017, ha accolto il ricorso condannando l'amministrazione scolastica: 1) a versare alla ricorrente sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto a titolo di risarcimento del danno; 2) ad inquadrare la ricorrente secondo l'effettivo servizio prestato fin dalla data di inizio del rapporto di lavoro (10 novembre 2007) ed alla corresponsione delle differenze retributive così maturate dalla decorrenza all'effettivo soddisfo, oltre agli interessi legali, dalla scadenza al saldo.

In data 25 settembre 2019, non essendo intervenuta l'esecuzione della sentenza, la professoressa  ha proposto ricorso per ottemperanza dinanzi al Tar della Puglia.

In data 5 novembre 2019 l'amministrazione ha provveduto al versamento a favore della ricorrente di euro 8827,46, ha depositato in giudizio il decreto n. 2386 del 23 novembre 2019 di ricostruzione della carriera e ha richiesto che fosse dichiarata la cessata materia del contendere.

La ricorrente, con la memoria del 6 marzo 2020, ha lamentato che alla somma di sua spettanza a titolo di risarcimento dei danni fosse stato illegittimamente detratto l'importo corrispondente alla ritenuta d'acconto Irpef e che il decreto di ricostruzione della carriera non fosse conforme al giudicato.

La ricorrente ha inoltre richiesto l'applicazione a carico del Ministero della penalità di mora ai sensi dell'articolo 114 comma 4 lettera e) cpa.

2. Il Tar ha respinto il ricorso ritenendo che nel caso di risarcimento del danno per lucro cessante si debba procedere alla tassazione dell'importo dovuto. Ha poi dichiarato inammissibile la contestazione sul decreto di ricostruzione della carriera proposta attraverso una memoria e non con motivi aggiunti. Infine, ha respinto la domanda di *astreintes* in applicazione della previsione dell'articolo 114 cpa che esclude gli interessi di mora quando si presentino come manifestamente iniqui ovvero sussistano altre ragioni ostative nella fattispecie rinvenibili nelle esigenze di finanza pubblica.

3. Con l'appello in esame viene rilevata l'erroneità della sentenza di primo grado e vengono dedotti quattro motivi di gravame per violazione del giudicato e motivazione carente e contraddittoria.

4. Nell'udienza del 4 febbraio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

5. L'appello è parzialmente fondato nei sensi seguenti.

5.1. Con il primo motivo viene ribadita la contestazione concernente l'applicazione della ritenuta d'acconto sulla somma elargita a titolo di risarcimento del danno. Ad avviso dell'appellante si tratterebbe di una imposizione illegittima, dato che il risarcimento deriva dalla perdita di *chance* e non va qualificato come sostitutivo della retribuzione.

5.2. La censura è fondata.

La Corte di Cassazione ha affermato da tempo che "In materia di pubblico impiego privatizzato, nell'ipotesi di abusiva reiterazione di contratti a termine, la misura risarcitoria prevista dal decreto legislativo 165 del 2001, articolo 36, comma 5, va interpretata in conformità al canone di effettività della tutela affermato dalla Corte di Giustizia Ue (ordinanza del 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 alla legge n. 183 del 2010, articolo 32, comma 5, quale danno presunto, con valenza sanzionatoria e qualificabile come "danno comunitario", determinato tra un minimo e un massimo, salva la prova del maggior pregiudizio sofferto...". (Cass. Sez. un., n. 5072 del 2016). Con riferimento all'imponibilità fiscale del risarcimento la Corte di Cassazione ha chiarito che "i proventi conseguiti in sostituzione di redditi e le indennità conseguite a titolo di risarcimento dei danni consistenti nella perdita di redditi costituiscono redditi della stessa categoria di quelli sostituiti o perduti; le somme percepite dal contribuente a titolo risarcitorio sono soggette a imposizione soltanto se, e nei limiti in cui, risultino destinate a reintegrare un danno concretatosi della mancata percezione di redditi, mentre non costituisce reddito imponibile ogni risarcimento inteso a riparare un pregiudizio di natura diversa" (Cass. sez. 5<sup>a</sup> n. 12789 del 2003).

In definitiva, con riferimento alle indennità risarcitorie si deve ritenere che esse siano assoggettate a tassazione solo se dirette a sostituire un reddito non conseguito e quindi a risarcire il cosiddetto lucro cessante, mentre non lo siano se sono volte a risarcire altre forme di danno di carattere emergente.

Nel caso di specie, l'appellante, essendo dipendente pubblica, non ha perso "alcun posto di lavoro alle dipendenze dell'amministrazione pubblica per la quale ha lavorato ed al quale non avrebbe mai avuto diritto non avendo superato il vaglio di un concorso pubblico per un posto stabile... Il danno per il dipendente pubblico... è altro: il lavoratore a termine nel pubblico impiego, se il termine è illegittimamente apposto, perde la *chance* della occupazione alternativa migliore e tale è anche la connotazione intrinseca del danno, seppur più intenso, ove il termine sia illegittimo per abusiva reiterazione dei contratti" (Cass., ss. uu., n. 5072 del 2016).

Sulla base di tali principi non appare condivisibile quanto affermato dal primo giudice, che assimila la posizione della ricorrente a quella del lavoratore che debba essere risarcito per essere stato allontanato dal posto di lavoro nel periodo compreso tra l'allontanamento e la sentenza di merito. Nel caso del pubblico dipendente non può esservi una sentenza di merito che pone fine alla precarietà del lavoro e pertanto il risarcimento non può riguardare le retribuzioni non percepite nel frattempo, ma il danno costituito dalla precarietà in sé, per le perdite di opportunità che comporta.

Del resto, la sentenza di cui si chiede l'ottemperanza non si riferisce in alcun modo a retribuzioni non percepite, ma esclusivamente al risarcimento del danno "in funzione della durata complessiva della condizione precaria di circa sei anni...".

L'importo da corrispondere all'appellante, in esecuzione di tale sentenza non avrebbe dovuto, quindi, essere sottoposto alla ritenuta d'acconto Irpef.

5.3. Con il secondo motivo l'appellante lamenta che il Tar abbia ommesso di pronunciarsi sulla domanda di pagamento degli interessi legali sulla somma elargita a titolo di risarcimento.

5.4. La sentenza del giudice del lavoro ha condannato l'amministrazione "a versare n. sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, oltre accessori di legge, a titolo di risarcimento del danno".

Come indicato nel prospetto di liquidazione redatto dall'Ufficio scolastico della Puglia l'importo euro 8.827,46 versato all'appellante è stato calcolato moltiplicando per sei la retribuzione globale di fatto in godimento al giugno 2016 e applicando l'aliquota media della ritenuta Irpef.

La censura è pertanto meritevole di accoglimento e l'importo erogato deve essere rideterminato tenendo conto anche degli "accessori di legge".

5.5. Con il terzo motivo l'appellante rileva, quanto al decreto di ricostruzione della carriera, di aver acquisito solo dopo la sentenza di primo grado il documento della Ragioneria territoriale di Bari (osservazione n. 243) di non superamento del controllo preventivo di regolarità contabile del decreto. Il documento dimostra che il primo giudice avrebbe rigettato la domanda di esecuzione sulla base di un decreto privo di efficacia e ciò potrebbe denotare la sussistenza di un vizio revocatorio determinato da un comportamento censurabile del Ministero. Insiste, in ogni caso, per la riforma della sentenza su questo punto.

5.6. Considerato che ai sensi dell'articolo 7 comma 3 del decreto legislativo n. 123 del 2011 in caso di esito negativo del controllo della Ragioneria "gli atti non producono effetti a carico del bilancio dello Stato, salvo che sia esplicitamente richiesto di dare ulteriore corso al provvedimento, sotto la responsabilità del dirigente titolare della spesa ai sensi dell'articolo 10", non è condivisibile la sentenza del Tar che sul punto ha dichiarato l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse.

Il motivo deve essere quindi accolto in quanto il Ministero deve adottare gli atti necessari a dare esecuzione alla sentenza del giudice del lavoro di Bari anche nella parte relativa alla ricostruzione della carriera dell'appellante.

5.7. Non è meritevole di accoglimento invece il quarto motivo con cui viene contestata la statuizione del primo giudice sugli interessi di mora. Sul punto deve essere confermata la sentenza impugnata tenendo anche conto di quanto disposto dall'art. 114 cpa con riferimento ai giudizi di ottemperanza aventi ad oggetto il pagamento di somme

di denaro in cui la penalità di mora decorre dalla comunicazione dell'ordine di pagamento disposto nella sentenza di ottemperanza (cfr. Cons. St., sez IV, nn. 5580 e 5786).

6. Alla luce delle esposte considerazioni l'appello deve essere parzialmente accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere parzialmente accolto il ricorso di primo grado. L'amministrazione deve conseguentemente provvedere alla esecuzione della sentenza del Tribunale del lavoro di Bari nei sensi indicati dai punti 5.2, 5.4 e 5.6 della presente motivazione.

Il parziale accoglimento dell'appello giustifica la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), accoglie l'appello indicato in epigrafe nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 196/2003 e dell'art. 9, par. 1 del regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti e delle dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la ricorrente.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Giovanni Orsini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Giovanni Orsini**

**IL PRESIDENTE**  
**Sergio De Felice**

IL SEGRETARIO