



13 GEN 2012

REPUBBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

[Empty box]

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

R.G.N. 1235/2009

SEZIONE LAVORO

Cron. 392

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Rep.

- Dott. GUIDO VIDIRI *ESTENSORE* Presidente - Ud. 06/12/2011
- Dott. PAOLO STILE - Consigliere - PU
- Dott. ANTONIO IANNIELLO - Consigliere -
- Dott. GIUSEPPE MELIADO' - Rel. Consigliere -
- Dott. ROSSANA MANCINO - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 1235-2009 proposto da:

ANGILERI GIUSEPPE, elettivamente domiciliato in ROMA,
 VIALE DELLE MILIZE 38, presso lo studio dell'avvocato
 GALLEANO SERGIO, che lo rappresenta e difende unitamente
 all'avvocato MESSINA VINCENZO, giusta delega in atti;

- **ricorrente** -

contro

AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE N. 9 DI TRAPANI, in
 persona del legale rappresentante pro tempore,
 elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA DEL FANTE 2,

2011

4087

presso lo studio dell'avvocato PALMERI GIOVANNI,
rappresentata e difesa dall'avvocato SIAGURA ALESSANDRO,
giusta delega in atti;

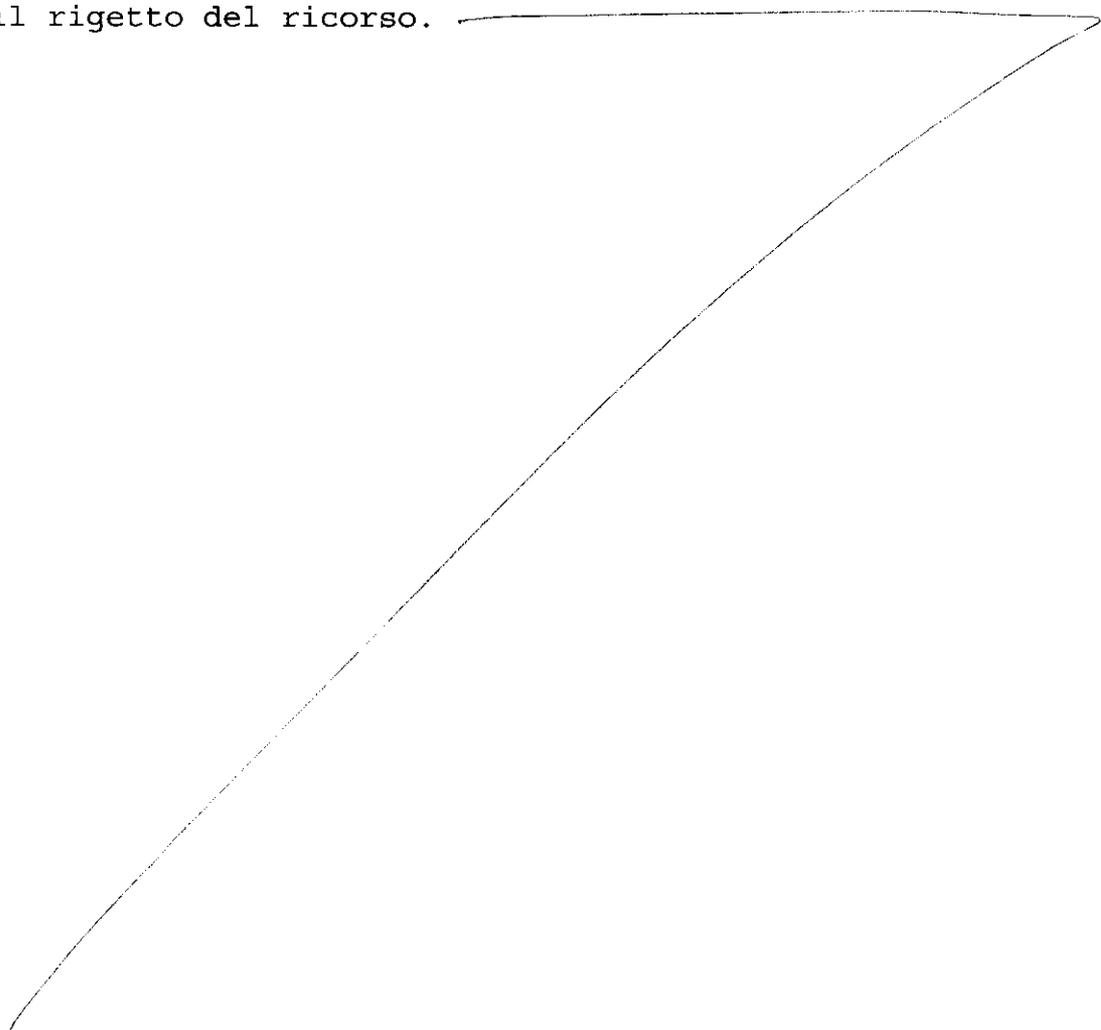
- *controricorrente* -

avverso la sentenza n. 1102/2008 della CORTE D'APPELLO
di PALERMO R.G.N. 597/06, emessa il 3/7/2008, depositata il 17/7/2008;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 06/12/2011 dal Consigliere Dott. GIUSEPPE
MELIADO';

udito l'Avvocato SIAGURA ALESSANDRO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. ALFREDO POMPEO VIOLA che ha concluso per
il rigetto del ricorso.



SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza del 17 luglio 2008, la Corte d'appello di Palermo confermava quella di primo grado, che aveva rigettato la domanda proposta da Giuseppe Angileri al fine di conseguire la trasformazione del suo rapporto di lavoro, instaurato con l'AUSL n. 9 di Trapani, in rapporto a tempo indeterminato, lamentando al riguardo la mancata applicazione del d.lgs 6 settembre 2001 n. 368 ed il contrasto dell'art. 36 del d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165 con la direttiva comunitaria n. 70/1999.

Nel pervenire a tale decisione la Corte territoriale rilevava in sintesi che il divieto di conversione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato trova fondamento, come affermato anche dal giudice delle leggi, nelle esigenze di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione prescritte dall'art. 97 della Costituzione, e che l'art. 36 del d. lgs n. 165/2001 non si pone in contrasto con la disciplina comunitaria, in ragione della specialità del settore quale è quello del pubblico impiego, pure se privatizzato.

Avverso tale sentenza Giuseppe Angileri propone ricorso per cassazione affidato a tre motivi. Resiste con controricorso l'AUSL n. 9 di Bari.

Alla sensi dell'art. 276, ultimo comma, c.p.c. la motivazione è stesa dal Presidente dott. Guido Vidiri.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo del ricorso, proposto ai sensi dell'art. 360 n. 3 e 5 c.c., il ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 112, 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c. nonché vizio di motivazione, osservando che, per avere la domanda ad oggetto l'accertamento della illegittimità del termine apposto al contratto e per assumere la richiesta di condanna reintegratoria o risarcitoria carattere consequenziale rispetto a tale accertamento, la Corte di merito erroneamente aveva ommesso di pronunciarsi sulla domanda principale, tanto più se si considera che il primo giudice aveva dichiarato la legittimità dell'assunzione a tempo determinato, oltre ad affermare l'applicabilità dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001.

1.1. Con il secondo motivo - deducendo ancora violazione di legge (art. 360 n. 3 c.p.c. in relazione agli art. 15 disp. prel. c.p.c., 1 e 11 d. lgs. n. 368 del 2001, 2, 3, 4, 11, 24, 35, 36 Cost., nonché in relazione alla direttiva n. 70/1999) e vizio di motivazione - il ricorrente si duole che la Corte d'appello, sul presupposto della specialità del rapporto di pubblico impiego, ha finito per escludere in ogni caso l'applicazione del d. lgs. n. 368 del 2001 anche ai contratti a termine conclusi con la P.A., ribadendo ancora un volta che il citato articolo 35 risulta rispettoso dei principi costituzionali e della legislazione comunitaria.

Guido Vidiri

1.2. . Con il terzo motivo - spiegato ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c., con riferimento agli artt. 36 d. lgs. n. 165 del 2001, 1126 e 2967 c.c. - il ricorrente rileva che, avuto riguardo alla funzione del risarcimento previsto dall'art. 36 del d. lgs n. 165 de 2001, deve escludersi – diversamente da quanto ritenuto dalla Corte territoriale - che il lavoratore sia tenuto a provare il pregiudizio sofferto, dovendosi il danno in questo caso ritenersi in *re ipsa*.

2. Il ricorso, articolato negli indicati motivi, risulta privo di fondamento.

3. E' stato più volte ribadito in sede dottrina nonché in giurisprudenza che il principio 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 – non può valere, e deve quindi cedere alla applicazione della legge successiva, solo allorquando dalla lettera e dal contenuto di quest'ultima si evince la volontà di abrogare la legge speciale anteriore o allorquando la discordanza tra le due disposizioni sia tale da rendere inconcepibile la coesistenza fra la normativa speciale anteriore e quella generale successiva (cfr. in tali esatti termini : Cass. 20 aprile 1995 n. 4420, cui *adde ex plurimis* : Cass. 30 agosto 2009 n. 1855; Cass. 6 giugno 2006 n. 13252).

3.1. Ed ancora a livello giurisprudenziale costituisce principio consolidato che l'interesse ad agire, previsto quale condizione dell'azione dall'art. 100 cod. proc. civ. - con una disposizione che consente di distinguere fra le azioni di mera iattanza e quelle oggettivamente dirette a conseguire il bene della vita consistente nella rimozione dello stato di giuridica incertezza in ordine alla sussistenza di un determinato diritto - va identificato in una situazione di carattere oggettivo derivante da un fatto lesivo, in senso ampio, del diritto e consistente in ciò, che senza il processo e l'esercizio della giurisdizione, l'attore soffrirebbe un danno. Da ciò consegue che esso deve avere necessariamente carattere attuale, poiché solo in tal caso trascende il piano di una mera prospettiva soggettiva, assurgendo a giuridica ed oggettiva consistenza. Tale interesse resta invece escluso quando il giudizio risulti strumentale alla soluzione, soltanto in via di massima o accademica, di una questione di diritto in vista di situazioni future o meramente ipotetiche (cfr. in tali sensi : Cass. 23 novembre 2011 n. 24434 ed ancora per analoghe statuizioni : Cass. 23 dicembre 2009 n. 27151; Cass. 28 novembre 2008 n. 28405).

4. Orbene, le statuizioni sopra riportate forniscono le basi teoriche per la declaratoria della infondatezza del primo e del secondo motivo del ricorso.

Ed infatti l'art. 36 del d. lgs n. 165 del 2001 ha sicuramente riconosciuto la praticabilità del contratto a termine e di altre 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 contratto a termine, sì da configurarsi come norma speciale – volta in quanto tale ad escludere la conversione in contratto a tempo indeterminato ai sensi del d. lgs. n. 368 del 2001 – in ragione di un proprio e specifico regime sanzionatorio. Detto regime, infatti, vietando la costituzione di rapporti lavorativi a tempo indeterminato – e con risultare volto, da un lato, a responsabilizzare la dirigenza pubblica al rispetto delle norme imperative in materia e, dall'altro, a riconoscere il diritto al risarcimento dei danni subiti dal lavoratore a seguito della suddetta violazione – si configura come alternativo a quello disciplinato dall'art. 5 del summenzionato d. lgs n. 368 del 2001.

4.1. Corollario di quanto ora detto è che non può – contrariamente a quanto ha sostenuto il 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 l'Angileri e la AUSL n. 9 di Trapani. 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.

5. . Né osta alla conclusione cui si è giunti la ulteriore affermazione del ricorrente che una tale lettura dell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 contrasti con le statuizioni della Corte Costituzionale e con la normativa europea.

5.1. Nella sentenza impugnata il giudice d'appello ha evidenziato – con un *iter* argomentativo corretto sul piano logico-giuridico e quindi non suscettibile di alcuna censura in questa sede - come non sia condivisibile il negare nel settore pubblico la specialità dei rapporti di lavoro flessibile, quale quello derivante dal contratto a termine. Ed infatti il giudice della legge, nel delineare le differenze tra la normativa pubblica e quella privata, ha rilevato – come ricorda la Corte territoriale - che il principio fondamentale in materia di instaurazione del rapporto di impiego alle dipendenze della pubblica amministrazione è quello - del tutto estraneo alla disciplina del lavoro privato – dell'accesso mediante concorso, enunciato dall'art. 97, terzo comma. Cost.. 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 - conseguenze esclusivamente risarcitorie in luogo della conversione in rapporto a tempo indeterminato, prevista invece per i lavoratori privati.

Al fine di patrocinarne una omogeneità tra posizioni poste a confronto non può dunque sostenersi una uniformità di trattamento tra impiego pubblico e privato, nonostante sia a quest'ultimo del tutto estraneo il principio del concorso (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).

5.2. 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, Affatato) porta ad escludere dall'area del lavoro pubblico l'applicazione delle disposizioni dell'art. 5 del d. lgs. n. 368 del 2001 - che al fine di evitare il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a termine, contempla una durata massima oltre la quale il contratto di lavoro deve ritenersi concluso a tempo indeterminato. Sul versante del ricorso abusivo del contratto a termine si rileva così una ulteriore caratterizzazione del rapporto lavorativo pubblico dal momento che le disposizioni dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 apprestano una normativa articolata capace - prima di ricorrere alla sanzione risarcitoria - di operare in via preventiva con una più accentuata responsabilizzazione dei pubblici dirigenti.

6. Ciò premesso, nessuna censura merita, pertanto, anche sotto tale versante la sentenza impugnata che - dopo avere premesso con riferimento alla direttiva 1999/70 Ce relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (concluso dall'Unice, dal Ceep e dal Ces) che esso appare rivolto alla imprenditoria privata - mostra di tenere conto della clausola 5 del suddetto accordo e di interpretarla correttamente laddove conclude che l'interferenza di interessi di natura pubblicistica è stata tenuta nella giusta considerazione dal nostro legislatore (in ragione della specificità del settore del pubblico impiego, seppure privatizzato) attraverso l'emanazione proprio dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001, e laddove considera detta norma uno strumento adeguato sia per prevenire che per sanzionare adeguatamente la violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori che hanno un rapporto di lavoro a tempo determinato con la pubblica amministrazione.

7. . Motivi di completezza motivazionale inducono questo Collegio a evidenziare come il primo e secondo motivo non possano trovare ingresso in questa sede oltre che per le ragioni in precedenza esposte anche per ulteriori assorbenti considerazioni.

Giusto Videre

7.1. Come si è già ricordato, il ricorrente ha addebitato alla sentenza impugnata di non avere dato risposta alla sua domanda volta ad ottenere comunque una pronunzia sulla sola illegittimità del contratto a termine avendo un interesse al passaggio in giudicato di tale pronunzia; prescindendo da qualsiasi consequenziale pronunzia sull'applicazione del regime sanzionatorio di cui al disposto dell'art. 36 del d. lgs n. 165 del 2001. Ed invero, ove l'illegittimità del contratto a termine venisse accertata con un giudicato, potrebbe essergli accordata "una preferenza in occasione dei prossimi reclutamenti di personale o addirittura potrebbe essere disposto un reclutamento straordinario riservato appunto a questi lavoratori", e potrebbero essergli riconosciute anche "aspettative di fatto legate alla discrezionalità politica del legislatore e/o a quella amministrativa degli enti pubblici"

7.2. . E' sufficiente per ribadire che i primi due motivi risultano privo di fondamento richiamarsi anche ai riportati precedenti giurisprudenziali sul carattere di attualità che deve assumere l'interesse ad agire, nonché alla precedente considerazione che nel settore pubblico il sistema sanzionatorio del contratto a termine non può che essere solo e non altro che quello regolato dall'art. 36 del d. lgs n. 165, e non il diverso assetto sanzionatorio di cui al d. lgs. n. 368/2001, che ha un distinto ambito di operatività

8. Anche il terzo motivo del ricorso e tutte le restanti censure risultano infondate.

8.1. La Corte territoriale - dopo avere premesso che il citato art. 36 del d. lgs. 165/2001 ha inteso garantire il lavoratore interessato al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative - ha poi, nel respingere la domanda dell'Angileri, precisato che la prospettazione del danno da parte dello stesso non risultava supportata da elementi di riscontro probatorio, per essere ancorata ad una eventualità non verificati e cioè ad occasioni di lavoro che si sarebbero potute verificare in futuro.

8-2. Nel ricorso si censura tale punto della decisione di merito sul presupposto che il danno era nel caso di specie *in re ipsa*, dovendosi quindi il dipendente ritenersi esentato dal relativo onere probatorio. Tale assunto però appare contrario ad un costante indirizzo giurisprudenziale secondo il quale il risarcimento dei danni scaturenti dal rapporto lavorativo - quale ad esempio il danno biologico o quello di perdita di *chance* - va provato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento e, quindi, anche attraverso la prova per presunzioni, sottoponendo alla valutazione del giudice precisi elementi in base ai quali sia possibile risalire attraverso un prudente apprezzamento alla esistenza dei danni denunciati (cfr. Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008 n. 26972 ed in precedenza Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006 n. 6572).

Guido Volpe

9. I compiti di nomofilachia devoluti a questa Corte di Cassazione inducono ad enunciare - ai sensi dell'art. 384, comma 1, c.p.c. ed in sintesi di quanto statuito nel corso della motivazione - i seguenti principi diritto :

-- L'art. 36 del d. lgs 30 marzo 2001 n. 165, nel riconoscere il ricorso al contratto a termine e ad altre forme negoziali flessibili nel rapporto di lavoro pubblico, ha valorizzato il ruolo della contrattazione collettiva con l'attribuire alla stessa una più accentuata rilevanza rispetto al passato, ma nello stesso tempo ha rimarcato l'innegabile differenza esistente tra forme contrattuali nell'area del pubblico impiego seppure privatizzato ed in quella del lavoro privato. Ne consegue che la suddetta norma si configura come speciale in ragione di un proprio e specifico regime sanzionatorio, che - per escludere la conversione in un contratto a tempo indeterminato e con il risultare funzionalizzato a responsabilizzare la dirigenza pubblica nel rispetto delle norme imperative in materia nonché a risarcire i danni che il lavoratore dimostri di avere subito per la violazione delle suddette norme - risulta alternativo a quello disciplinato dall'art. 5 del lgs 6 settembre 2001 n. 368, escludendone in ogni caso l'applicazione..

-- La giurisprudenza costante della Corte di giustizia europea - di recente ribadita da una ulteriore pronuncia (Corte giust. 1 ottobre 2010, causa C-3/10, Affatato) - porta ad escludere nell'area del pubblico impiego seppure privatizzato l'applicazione dell'art. 5 del d. lgs. 30 marzo 2001 n. 368, dal momento che nel nostro assetto ordinamentale si rinviene, con le disposizioni di cui all'art. 36 del d. lgs. 5 settembre 2001 n. 165, un sistema sanzionatorio capace - in ragione di una più accentuata responsabilizzazione dei dirigenti pubblici e del riconoscimento del diritto al risarcimento di tutti i danni in concreto subiti dal lavoratore - di prevenire, dapprima, e sanzionare, poi, in forma adeguata l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato.

10 - Sussistono giusti motivi per la natura, la rilevanza e la complessità delle problematiche trattate, per compensare tra le parti le spese del presente giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e compensa tra le parti le spese del presente giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma il 6 dicembre 2011.

Il Presidente ed estensore

Guido Volizzi

Virgilio Saleffi
13 GEN 2012

Virgilio Saleffi
6

DA IMPOSTA DI BOLLO, DI
ESTRO, E DA OGNI SPESA, TASSA
RITTO AI SENSI DELL'ART. 10
DELLA LEGGE 11-8-73 N. 533