

26018/08



ESENTE REGISTRAZIONE - ESENTE BOLLI - ESENTE DOTTI

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONI UNITE CIVILI

Oggetto

- Giurisdizione -  
pubblico impiego -

R.G.N. 21463/2007

R.G.N. 22751/2007

Cron. 26018

Rep.

Ud. 14/10/2008

PU

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ALESSANDRO CRISCUOLO - Primo Presidente f.f. -  
Dott. ANTONINO ELEFANTE - Presidente di sezione -  
Dott. ROBERTO PREDEN - Presidente di sezione -  
Dott. ALFREDO MENSITIERI - Consigliere -  
Dott. ANTONIO MERONE - Consigliere -  
Dott. PASQUALE PICONE - Consigliere -  
Dott. MARIO FINOCCHIARO - Consigliere -  
Dott. FABRIZIO FORTE - Consigliere -  
Dott. ULPIANO MORCAVALLO - Rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso 21463-2007 proposto da:

GINO LA LUNA, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA ANAPO 29, presso lo studio dell'avvocato MANZI ROCCO, rappresentato e difeso dall'avvocato MAZZEI GIANCARLO, giusta delega a margine del ricorso;

- **ricorrente** -

**contro**

COMUNE DI SAVIGNANO IRPINO;

**- intimato -**

sul ricorso 22751-2007 proposto da:

COMUNE DI SAVIGNANO IRPINO, in persona del Sindaco pro-tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA G. PALUMBO 26, presso lo studio degli avvocati PROFILI ARMANDO, DUCCI DOMENICO, che lo rappresentano e difendono, giusta delega a margine del controricorso e ricorso incidentale;

**- controricorrente e ricorrente incidentale -**

**contro**

GINO LA LUNA, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA ANAPO 29, presso lo studio dell'avvocato MANZI ROCCO, rappresentato e difeso dall'avvocato MAZZEI GIANCARLO, giusta delega a margine del ricorso principale;

**- controricorrente al ricorrente incidentale -**

avverso la sentenza n. 3090/2006 della CORTE D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 22/07/2006;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 14/10/2008 dal Consigliere Dott. ULPIANO MORCAVALLO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. RAFFAELE CENICCOLA, che ha concluso per la giurisdizione dell'aga.

### Svolgimento del processo

Con ricorso al Tribunale di Ariano Irpino, in funzione di giudice del lavoro, Gino La Luna, premesso di avere prestato in favore del Comune di Savignano Irpino attività lavorativa di tipo subordinato in virtù di convenzioni annuali a decorrere dal 1° gennaio 1986 e sino al 31 dicembre 2002, svolgendo mansioni di bibliotecario nonché altre molteplici mansioni di volta in volta affidategli, deduceva la illegittimità dell'apposizione del termine e chiedeva, perciò, il riconoscimento della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e la condanna del Comune a corrispondere in suo favore la somma complessiva di euro 140.762, 23 a titolo di differenze di retribuzione.

Il Comune si costituiva eccependo il difetto di giurisdizione del giudice ordinario per il periodo sino al 30 giugno 1998, la prescrizione del diritto e l'infondatezza della domanda.

Con sentenza 14 giugno 2005, n. 162 il Tribunale accoglieva la domanda attorea, ma la decisione

17

veniva riformata dalla Corte d'appello di Napoli che, accogliendo il gravame proposto dal Comune, con sentenza 22 luglio 2006, n. 3090 dichiarava la carenza di giurisdizione del giudice ordinario per le pretese relative al periodo 1° gennaio 1986 - 30 giugno 1998 e respingeva la domanda attorea per il periodo successivo, compensando fra le parti le spese dei due gradi di giudizio.

Osservavano, infatti, i giudici d'appello che, alla stregua del criterio del *petitum* sostanziale elaborato dalla giurisprudenza, le pretese del La Luna si inserivano nell'ambito di un rapporto di pubblico impiego, non rilevando che si trattasse di rapporti a termine o di prestazioni di fatto ai sensi dell'art. 2126 c.c., sicchè la controversia, secondo le regole di riparto di cui all'art. 69, comma 7, del decreto legislativo n. 165 del 2001, era sottratta alla giurisdizione del giudice ordinario per le pretese avanzate sino al 30 giugno 1998, a prescindere dalla data di instaurazione della controversia; per il restante periodo, poi, la domanda era infondata, non potendo trovare

ky

applicazione, nella specie, la disciplina privatistica della conversione dei rapporti a tempo determinato e non essendovi prova di prestazioni di lavoro subordinato di natura diversa rispetto a quelle di assunzione.

Avverso tale decisione il La Luna propone ricorso per cassazione deducendo sei motivi di impugnazione.

Il Comune di Savignano Irpino resiste con controricorso proponendo ricorso incidentale condizionato affidato a due motivi, cui il ricorrente principale resiste, a sua volta, con proprio controricorso.

Lo stesso Comune ha depositato memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

#### Motivi della decisione

1. In via preliminare, i due ricorsi devono essere riuniti, ai sensi dell'art. 335 c.p.c., in quanto proposti avverso la medesima sentenza.

2. Ancora *in limine*, deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità del controricorso-ricorso incidentale del Comune, sollevata dal

by

ricorrente principale sul presupposto della nullità della relativa notificazione causata dall'asserita incompetenza territoriale dell'ufficiale giudiziario; ed infatti la dedotta nullità risulta del tutto irrilevante, per avere l'atto raggiunto il suo scopo, ai sensi dell'art. 156, terzo comma, c.p.c., a seguito dell'avvenuta costituzione del destinatario, pur avvenuta dichiaratamente al solo fine di eccepire la nullità (v. Cass., sez. un., n. 23075 del 2006; Cass. n. 4035 del 2007; n. 11140 del 2004).

3. Il ricorso principale è articolato in sei motivi.

Con il primo motivo viene denunciata la violazione delle norme sul riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo, in relazione al capo della sentenza declinatorio della giurisdizione per il periodo del rapporto fino al 30 giugno 1998, sostenendosi che in relazione alle pretese retributive del ricorrente, derivanti da rapporti di lavoro nulli perché costituiti in violazione dell'art. 97 Cost. e dell'art. 36 d.

4

lgs. n. 29 del 1993 e svoltisi senza soluzione di continuità anteriormente e successivamente al 30 giugno 1998, la giurisdizione spetta al giudice ordinario anche per il periodo precedente a tale data.

Il secondo motivo denuncia "insanabile contraddittorietà della motivazione in punto di subordinazione", censurandosi la sentenza impugnata per avere, da un lato, declinato la propria giurisdizione, in relazione al periodo anteriore al 30 giugno 1998, sul presupposto dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato e per avere, dall'altro, escluso la subordinazione nel motivare il rigetto delle pretese retributive relative al periodo successivo.

Il terzo e il quarto motivo denunciano vizi di motivazione e violazione dell'art. 2094 c.c. per avere la Corte d'appello escluso l'elemento della subordinazione senza considerare che le risultanze istruttorie - documentali e testimoniali - avevano concordemente evidenziato la natura subordinata del rapporto di lavoro del ricorrente, in relazione sia

ly

alle prestazioni di bibliotecario sia alle mansioni a lui affidate di volta in volta.

Il quinto motivo, denunciando vizi di motivazione e violazione e falsa applicazione dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, censura specificamente l'affermazione dei giudici d'appello in ordine alla mancanza di prova circa l'esistenza, all'interno del Comune, di un "referente", idoneo a configurare il rapporto di dipendenza del ricorrente. Si sostiene, al riguardo, che le dichiarazioni testimoniali acquisite in giudizio si erano concordemente riferite a precise direttive che, di volta in volta, venivano impartite dal sindaco, dal segretario e da assessori e che, pertanto, erano direttamente riconducibili all'ente pubblico.

Il sesto motivo denuncia vizi di motivazione e violazione degli art. 36 d.lgs. n. 29 del 1993 e 2126 c.c., deducendosi che il contratto di lavoro fra Comune e ricorrente, formalmente stipulato come contratto a tempo determinato, dissimulava un ordinario contratto di lavoro subordinato a tempo

indeterminato, sì che l'apposizione del termine era da ritenere illegittima e il ricorrente aveva diritto a percepire le relative differenze retributive e ottenere la regolarizzazione previdenziale.

4. Il ricorso incidentale condizionato del Comune si articola in due motivi.

Il primo motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 2948 c.c. e vizi di motivazione, per non avere i giudici di merito adeguatamente valutato l'eccezione di prescrizione del credito, tempestivamente sollevata in sede di costituzione nel giudizio di primo grado.

Il secondo motivo lamenta violazione e falsa applicazione delle norme processuali che disciplinano il conferimento dell'incarico di consulente tecnico d'ufficio, nonché vizi di motivazione, per non avere la sentenza impugnata esaminato l'eccezione di nullità della c.t.u., sollevata dal Comune - e ribadita in grado d'appello - con riferimento alla mancata osservanza dei criteri di determinazione delle differenze

7

retributive eventualmente spettanti al La Luna e alla violazione del contraddittorio in sede di supplemento di indagine per la determinazione del trattamento di fine rapporto.

5. Per ordine logico, l'esame delle censure deve investire dapprima il motivo relativo alla giurisdizione e, quindi, i motivi del ricorso principale, e solo successivamente quelli del ricorso incidentale condizionato - compreso quello relativo alla prescrizione estintiva - in ipotesi di accoglimento del ricorso principale. Ed invero, premesso che la eccezione di prescrizione configura una questione preliminare di merito non rilevabile d'ufficio, deve ribadirsi il principio enunciato da queste Sezioni unite (a composizione del relativo contrasto di giurisprudenza), secondo cui il ricorso incidentale proposto dalla parte totalmente vittoriosa nel giudizio di merito che investa questioni pregiudiziali processuali o preliminari di merito ha natura di ricorso condizionato, anche indipendentemente da ogni espressa indicazione di parte, ma deve essere esaminato con priorità solo



se le predette questioni, rilevabili d'ufficio, non siano state esaminate nel giudizio di merito (poiché quando siano state affrontate e decise dal giudice di merito cessano di essere rilevabili d'ufficio); ne consegue che il loro esame postula la proposizione di un'impugnazione che è ammissibile in presenza di un interesse della parte, che sorge solo nell'ipotesi della fondatezza del ricorso principale, poiché in caso contrario il ricorrente incidentale manca di interesse alla pronuncia sulla propria impugnazione chè il suo eventuale accoglimento non potrebbe procurargli un risultato più favorevole di quello derivante dal rigetto del ricorso principale e, anzi, comporterebbe il rischio del riesame della pronuncia favorevole ad opera del giudice di rinvio con esito incerto per il ricorrente (cfr. Cass., sez. un., n. 23019 del 2007).

6. Il primo motivo del ricorso principale, relativo alla giurisdizione, non è fondato.

Per l'individuazione del giudice avente la cognizione per la domanda avanzata dal ricorrente

M

deve farsi riferimento al principio, ripetutamente enunciato da queste Sezioni unite, secondo cui, ai fini dell'applicazione dell'art. 45, comma 17, del d.lgs. n. 80 del 1998 (ora art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001), che, in occasione del trasferimento al giudice ordinario delle controversie in materia di pubblico impiego privatizzato, ha limitato tale trasferimento alle controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998, ciò che rileva è il dato storico costituito dall'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze poste alla base della pretesa avanzata (cfr. *ex plurimis* Cass., sez. un., 10819 del 2008; n. 9154 del 2006; n. 8213 del 2004).

Rileva, perciò, esclusivamente, il periodo di maturazione delle spettanze retributive e dell'insorgenza di altri crediti, non le date di compimento degli atti di gestione del rapporto, quali - nella specie - gli atti convenzionali di assunzione a termine protrattisi sino al 2002, ancorché abbiano determinato l'insorgere della

questione litigiosa, atteso che il perfezionamento della fattispecie attributiva del diritto di credito, anche sotto il profilo della sua esigibilità, consente al dipendente di accedere alla tutela giurisdizionale, indipendentemente dall'emanazione, da parte dell'amministrazione datrice di lavoro, di atti di gestione che rivestono natura di meri atti ricognitivi e di adempimento.

Conseguenza obbligata è che, nel caso, come quello di specie, in cui l'attore, sul presupposto dell'avverarsi di determinati fatti, quale lo svolgimento di prestazioni lavorative in virtù delle predette convenzioni di assunzione *ad tempus*, riferisca le proprie pretese ad un periodo in parte anteriore ed in parte successivo alla data del 30 giugno 1998, la competenza giurisdizionale non può che essere distribuita fra giudice amministrativo in sede esclusiva e giudice ordinario, in relazione ai due periodi.

Deve anche tenersi presente che per la qualificazione pubblicistica del rapporto di lavoro

M

resta determinante l'inserimento del prestatore di lavoro in posizione di subordinazione e con carattere di continuità nell'ambito dell'organizzazione dell'ente pubblico non economico, senza che rilevi la ~~l~~ apposizione di termini di durata della prestazione lavorativa (cfr. *ex plurimis* Cass., sez. un., n. 7338 e n. 10375 del 1996).

D'altra parte, la configurazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie sui rapporti di pubblico impiego trova applicazione anche nel caso in cui - come nella specie - la domanda attorea si fondi, se pure in parte, sullo svolgimento di prestazioni di fatto in regime di subordinazione, a favore dell'ente pubblico, a norma dell'art. 2126 c.c.

Deve infatti sottolinearsi che il fatto costitutivo dei diritti derivanti per il lavoratore, in base alla predetta disposizione, dallo svolgimento di fatto di un rapporto di lavoro non validamente costituito è integrato dall'effettiva attuazione nel corso del tempo del

17

rapporto di lavoro e, in particolare, dalla esecuzione delle prestazioni lavorative, senza che abbia alcuna tutela giuridica l'aspettativa del lavoratore ad una prosecuzione del rapporto nel corso del tempo e quindi anche al mantenimento dei livelli di inquadramento e di retribuzione in base alla disciplina di cui all'art. 2103 c.c.. (cfr. Cass., sez. un., n. 10819 del 2008; Cass. n. 5792 del 1994).

Ne consegue che la applicazione della richiamata disciplina transitoria in tali situazioni non presenta alcuna difficoltà, nel senso che permane la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per i diritti maturati sulla base della esecuzione del rapporto sino al 30 giugno 1998, mentre sussiste la giurisdizione del giudice ordinario per i diritti derivanti dalla prosecuzione di fatto del rapporto oltre tale data.

7. Non sono meritevoli di accoglimento neanche gli altri motivi del ricorso principale, riguardanti il merito della pretesa attorea, il cui esame congiunto rivela in parte l'inammissibilità e

in parte l'infondatezza delle censure proposte dal ricorrente.

Va anzitutto esclusa la lamentata incoerenza della sentenza impugnata nella definizione del rapporto lavorativo *de quo*, atteso che la configurazione di un lavoro di tipo subordinato è stata riservata dai giudici d'appello - ai fine della attribuzione della controversia al giudice amministrativo con riguardo al periodo anteriore al 30 giugno 1998 - alle sole prestazioni di bibliotecario, alla stregua delle convenzioni di assunzione a tempo determinato avvenute con tale qualifica, mentre l'esistenza di un lavoro dipendente - al fine del rigetto delle relative pretese retributive dell'attore - è stata esclusa con riferimento alle altre prestazioni dedotte in giudizio, qualificate - in base alla valutazione delle prove acquisite - come occasionali e, inoltre, prive della soggezione gerarchica tipica del rapporto di natura subordinata.

Quanto alla valutazione delle circostanze emerse dall'istruttoria, il ricorrente propone una propria

ricostruzione delle modalità di svolgimento del rapporto, finendo con il contrapporre, inammissibilmente, una propria valutazione a quella operata dai giudici d'appello, mentre - come la giurisprudenza di questa Corte ha ripetutamente affermato - la valutazione delle risultanze della prova e il giudizio sull'attendibilità dei testi nonché sulla credibilità di alcuni invece che di altri, come la scelta, fra le varie risultanze probatorie, di quelle ritenute più idonee a sorreggere la motivazione, involgono apprezzamenti di fatto riservati al giudice del merito: il quale, nel porre a fondamento della decisione una fonte di prova con esclusione di altre, non incontra altro limite che quello di indicare le ragioni del proprio convincimento, senza peraltro essere tenuto a discutere ogni singolo elemento o a confutare tutte le deduzioni difensive (cfr. *ex plurimis* Cass. n. 12362 del 2006; n. 12747 del 2003).

Non paiono pertinenti, in particolare, le critiche riguardanti la ritenuta esclusione del vincolo gerarchico per effetto della mancanza di un

4

"referente", atteso che l'accertamento operato dal giudice d'appello attiene, specificamente, all'assenza, nelle dichiarazioni dei testi assunti, di qualunque riferimento a direttive che il ricorrente abbia ricevuto da dirigenti dell'ente comunale, essendo dunque rimasto privo di dimostrazione l'assoggettamento del medesimo al potere gerarchico di un qualche soggetto preposto al controllo delle attività lavorative da lui asseritamente svolte per il Comune.

Infine, la tesi secondo cui l'apposizione del termine di durata dissimulerebbe, *ex se*, un rapporto a tempo indeterminato, oltre che nuova e dunque inammissibile in questa sede di legittimità, è smentita dall'accertamento di fatto del giudice di merito in ordine alle modalità di esecuzione del contratto, nonché contraria al divieto normativo - richiamato dallo stesso ricorrente - di conversione dell'assunzione *ad tempus* in contratto a tempo indeterminato, sì che la volontà negoziale delle parti - eventualmente intesa ad una siffatta simulazione - sarebbe comunque inidonea a

4

costituire un rapporto di pubblico impiego senza termini di durata.

8. In conclusione, il ricorso principale è respinto, mentre il ricorso incidentale resta conseguentemente assorbito.

9. Ai sensi dell'art. 385, primo comma, c.p.c., il ricorrente principale va condannato alla rifusione delle spese del giudizio di cassazione, liquidate come in dispositivo; è invece inammissibile - in mancanza di specifica impugnazione al riguardo - l'istanza del Comune controricorrente di condanna del soccombente alle spese dei giudizi di merito.

P.Q.M.

La Corte, a sezioni unite, riuniti i ricorsi, rigetta quello principale e dichiara assorbito l'incidentale. Condanna il ricorrente principale alla rifusione delle spese di giudizio liquidate in euro duecento per esborsi e in euro tremila per onorari di avvocato, oltre a spese generali, IVA e CPA come per legge.

Così deciso in Roma, il 14 ottobre 2008

u

Il Consigliere est.

*Vespa Mancarelli*

Il Presidente

*Antonio...*

**IL CANCELLIERE**  
Giovanni Giambattista

**Depositata in Cancelleria**



oggi **30 OTT. 2008**

**IL CANCELLIERE**  
Giovanni Giambattista