Civile Ord. Sez. L Num. 3558 Anno 2021
Presidente: TORRICE AMELIA
Relatore: DI PAOLANTONIO ANNALISA
Data pubblicazione: 11/02/2021

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Rep.

Ud. 26/11/2020

CC

ORDINANZA

sul ricorso 15676-2015 proposto da:

ALIBERTI FRANCESCO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE ERITREA N. 20, presso lo studio dell'avvocato GIORGIO GIUTTARI, rappresentato e difeso dall'avvocato MARIA CATENA SCIAMMETTA;

- ricorrente principale -

contro

CONSORZIO AUTOSTRADE SICILIANE in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliato in ROMA, LARGO BOCCEA n. 34 presso lo studio dell'Avvocato ANNA RITA FERA, rappresentato e difeso dall'Avvocato CARMELO MATAFU';

2020

2690

- controricorrente - ricorrente incidentale -

avverso la sentenza n. 483/2015 della CORTE D'APPELLO di PALERMO, depositata il 17/004/2015 R.G.N. 984/2013;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 26/11/2020 dal Consigliere Dott. ANNALISA DI PAOLANTONIO.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

RILEVATO CHE

1. la Corte d'Appello di Palermo, adita con appello principale dal Consorzio Autostrade Siciliane e con impugnazione incidentale da Francesco Aliberti, ha riformato parzialmente la sentenza del Tribunale di Termini Imerese che aveva accolto in parte il ricorso proposto dall'Aliberti e, dichiarata la nullità del termine apposto al contratto a tempo determinato sottoscritto dalle parti il 15 ottobre 2004, aveva condannato il Consorzio al risarcimento del danno, quantificato in misura pari a 21 mensilità;
2. la Corte territoriale ha premesso che, sebbene l'appellante incidentale fosse stato assunto sulla base di una serie numerosa di rapporti a tempo determinato, il *thema decidendum* aveva ad oggetto il solo contratto sopra indicato, stipulato per «sopperire alle temporanee esigenze del servizio di esazione pedaggi», causale, questa, generica perché priva della necessaria specifica indicazione delle concrete e verificabili esigenze non fronteggiabili con il personale in servizio;
3. il giudice d'appello ha, peraltro, ritenuto che, pur a fronte della nullità della clausola appositiva del termine, in relazione alla quale andava confermata la statuizione del Tribunale, non potesse l'originario ricorrente rivendicare né la conversione del rapporto, impedita dalla natura di ente pubblico non economico del Consorzio Autostrade e dalla conseguente applicabilità dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001, né il risarcimento del danno, quest'ultimo perché non provato dal lavoratore;
4. quanto all'impossibilità della conversione, la Corte territoriale ha ritenuto che non fosse rilevante, ai fini dell'applicabilità del divieto di cui al richiamato art. 36, la circostanza che per la qualifica di Agente Tecnico Esattore non fosse richiesto il concorso pubblico ed ha precisato al riguardo che, anche per le assunzioni previste dalla lettera b) dell'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001, la legge n. 56/1987 e il d.p.r. n. 487/1994 delineano un sistema basato su rigide regole volte ad assicurare, da un lato, il rispetto dell'ordine di graduatoria, dall'altro l'esigenza dell'amministrazione di dotarsi di personale professionalmente idoneo a svolgere le mansioni da assegnare, sistema che impedisce la conversione del rapporto;
5. il principio generale secondo cui, in ragione della funzione riparatoria del risarcimento, il danno deve essere provato da chi l'allega, non poteva essere derogato facendo leva sulla pronuncia della Corte di Giustizia del 12 dicembre 2013 perché la prova del pregiudizio, seppure non sempre agevole, non è impossibile in quanto si può comunque fare ricorso alle presunzioni, a condizione che il preteso danneggiato non si limiti solo ad affermazioni del tutto generiche;
6. per la cassazione della sentenza Francesco Aliberti ha proposto ricorso affidato a cinque motivi, ai quali ha opposto difese il Consorzio Autostrade Siciliane, che ha proposto ricorso incidentale condizionato sulla base di un unico motivo.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

CONSIDERATO CHE

1. con il primo motivo il ricorrente principale denuncia ex art. 360 cod. proc. civ. la violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. ed assume che il principio secondo cui la conversione del rapporto è impedita dalla regola costituzionale dell'accesso all'impiego solo all'esito di pubblico concorso non può essere invocato nei casi in cui, come nella fattispecie, l'assunzione a tempo indeterminato può avvenire per chiamata diretta dalle liste di collocamento;

1.1. aggiunge che la Corte territoriale avrebbe dovuto valorizzare la procedura selettiva alla quale egli aveva partecipato, collocandosi in graduatoria in posizione utile all'esito dell'accertamento dell'idoneità a svolgere le mansioni proprie della qualifica;

2. la seconda censura del ricorso principale addebita alla sentenza impugnata la «violazione e falsa applicazione del combinato disposto della legge n. 56/1997 e del d.p.r. n. 487/1994 artt. 27 e 28 in relazione all'art. 5 L. Regionale del 5.11.2001 n. 17» perché avrebbe errato il giudice d'appello nella ricostruzione del quadro normativo, non avendo considerato che, con la legge regionale richiamata in rubrica, ai dipendenti del Consorzio è stata estesa la disposizione dettata dall'art. 13 della L.R. n. 18/1999 che ha inserito il comma 1 bis dell'art. 1 della L.R. n. 12/1991 ed ha equiparato ai datori di lavoro privati gli enti pubblici economici sottoposti a controllo, tutela e vigilanza della Regione o degli Enti Territoriali;

3. la terza critica, formulata sempre ai sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ, denuncia, oltre alla violazione delle norme indicate nel secondo motivo, il difetto di motivazione in ordine a fatto decisivo e l'omesso esame della documentazione dalla quale poteva evincersi l'applicabilità al Consorzio di una disciplina diversa da quella esaminata dalla Corte territoriale;

3.1. il ricorrente principale ribadisce gli argomenti già sviluppati nella seconda censura ed aggiunge che anche le assunzioni a tempo indeterminato erano state effettuate dal Consorzio attingendo dalla medesima graduatoria formata all'esito della selezione alla quale egli aveva partecipato, selezione bandita nel rispetto del richiamato art. 5 della legge regionale n. 17/2001;

4. il quarto motivo addebita alla sentenza impugnata la violazione dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 e sostiene che il risarcimento del danno previsto dalla norma indicata in rubrica deve avere una componente sanzionatoria per essere conforme alla direttiva 1999/70/CE e, pertanto, il danno va liquidato in ogni caso, a prescindere da oneri di allegazione e prova, che vanno assolti solo qualora l'assunto a termine rivendichi un danno ulteriore rispetto alla indennità prevista dall'art. 32 della legge n. 183/2010;

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

5. la violazione dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 è denunciata anche con il quinto motivo del ricorso principale con il quale si sostiene che le mensilità riconosciute dal Tribunale non potevano essere ritenute satisfattive giacché, in caso di assunzione, il lavoratore avrebbe continuato a svolgere l'attività sino al raggiungimento dell'età pensionabile;

5.1. il lucro cessante, pertanto, andava liquidato in relazione all'intero periodo compreso fra la cessazione del rapporto a termine e la maturazione dei requisiti per il pensionamento;

6. il ricorso incidentale condizionato censura il capo della sentenza impugnata che ha confermato la statuizione di prime cure quanto alla ritenuta nullità della clausola appositiva del termine e addebita al giudice d'appello di avere erroneamente ritenuto non specifica la causale, senza considerare che la stessa faceva riferimento ad un settore, quello dell'esazione, che notoriamente richiede una maggiore forza lavoro nei periodi a cavallo delle festività;

7. i primi tre motivi del ricorso principale, da trattare unitariamente in ragione della loro connessione logica e giuridica, sono infondati perché correttamente la Corte territoriale ha escluso che dalla ritenuta illegittimità della clausola di durata apposta al contratto del 15.10.2004 potesse derivare l'instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato;

7.1. il Consorzio per le Autostrade Siciliane è ente pubblico non economico, istituito ai sensi dell'art. 16 della legge n. 531/1982, sicché i rapporti di lavoro che lo stesso instaura vanno qualificati di impiego pubblico contrattualizzato e sono disciplinati dal d.lgs. n. 165/2001 (Cass. S.U. n. 17148/2011 e fra le più recenti Cass. n. 28423/2020), che ricalca la disciplina in precedenza dettata dal d.lgs. n. 29/1993, recepito dalla Regione Sicilia con la L.R. n. 10/2000;

7.2. dall'applicabilità del decreto legislativo n. 165/2001, le cui norme dettano principi fondamentali che limitano l'autonomia delle Regioni a statuto speciale (cfr. Corte Cost. n. 16/2020 e la giurisprudenza ivi richiamata al punto 5.1), discende che anche nella fattispecie opera l'orientamento, ormai consolidato nella giurisprudenza di questa Corte, secondo cui, ai sensi dell'art. 36 del richiamato decreto, nell'impiego pubblico contrattualizzato la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione di lavoratori non può mai comportare la costituzione di rapporti a tempo indeterminato;

7.3. detto orientamento, qui ribadito, ha valorizzato i principi affermati dalle Sezioni Unite (Cass. S.U. n. 5072/2016), dalla Corte Costituzionale (Corte Cost. n. 89/2003) e dalla Corte di Giustizia (sentenza 7.9.2006 causa C-53/04 Marrosu e Sardino) per escludere profili di illegittimità costituzionale e di contrarietà al diritto dell'Unione del divieto di conversione ed ha trovato ulteriore avallo nella più recente giurisprudenza del Giudice delle leggi (Corte Cost. n. 248/2018) e della Corte di Lussemburgo (Corte di Giustizia 7.3.2018 in causa C-494/16, Santoro), che, da un lato, ha ribadito l'impossibilità per tutto il settore pubblico di conversione del rapporto da tempo

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

determinato a tempo indeterminato, dall'altro ha riaffermato che la clausola 5 dell'Accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE non osta ad una normativa nazionale che vieta la trasformazione del rapporto, purché sia prevista altra misura adeguata ed effettiva, finalizzata ad evitare e se del caso a sanzionare il ricorso abusivo alla reiterazione del contratto a termine;

7.4. né si può sostenere che il divieto di conversione sarebbe privo di copertura costituzionale nei casi in cui, ai sensi dell'art. 35 comma 1 lett. b) del d.lgs. n. 165/2001, l'assunzione può legittimamente essere disposta, a prescindere dal previo esperimento di procedura concorsuale, mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento;

7.5. l'argomento è già stato esaminato e disatteso da questa Corte, la quale ha evidenziato che il comma 5 dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, seppure tradizionalmente ricondotto al principio sancito dall'art. 97, comma 4, Cost., si ricollega anche alla necessità di assicurare il buon andamento della Pubblica Amministrazione, che sarebbe pregiudicato qualora si consentisse l'immissione stabile nei ruoli a prescindere dall'effettivo fabbisogno del personale e dalla previa programmazione delle assunzioni, indispensabili per garantire efficienza ed economicità della gestione dell'ente pubblico;

7.6. si è pertanto affermato che la *regula iuris* dettata dal legislatore ordinario non ammette eccezioni e trova applicazione sia nell'ipotesi in cui per l'assunzione a tempo indeterminato non sia richiesto il concorso pubblico, sia qualora il contratto a termine sia stato stipulato con soggetto selezionato all'esito di procedura concorsuale (Cass. n. 8671/2019 e Cass. n. 6097/2020);

7.7. non rileva, pertanto, il richiamo all'art. 5 della L.R. Sicilia n. 17/2001, che ha esteso al Consorzio per le Autostrade Siciliane le norme regionali in materia di assunzioni dettate per gli enti pubblici economici dall'art. 13 della L.R. n. 18/1999, né il ricorrente può invocare, ai fini della conversione, il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza n. 4685/2015 perché quel principio opera per i soli enti pubblici economici, in relazione ai quali, una volta esclusa la necessità della procedura concorsuale, torna ad espandersi la disciplina ordinaria del rapporto di lavoro che è quella dettata per i datori privati;

7.8. viceversa per gli enti pubblici non economici l'intervento del legislatore regionale sulle forme del reclutamento lascia immutato il regime della nullità testuale stabilito dall'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, rispetto al quale l'accesso all'impiego mediante concorso costituisce solo una delle *rationes* che giustificano la specialità della norma rispetto alla disciplina dettata dal d.lgs. n. 368/2001;

8. parimenti infondati sono il quarto ed il quinto motivo del ricorso principale, che vanno rigettati per le ragioni già evidenziate da questa Corte con l'ordinanza n. 7447/2017, pronunciata in fattispecie sovrapponile a quella che qui viene in rilievo;

8.1. il giudice d'appello ha espressamente rilevato, a pag. 2 della motivazione, che, sebbene fra le parti fossero intercorsi plurimi rapporti a tempo determinato, il *thema*

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

decidendum del giudizio era costituito dal solo contratto del 15.10.2004, sicché anche la questione del risarcimento non poteva che rimanere circoscritta all'unico tema di indagine ancora aperto;

8.2. ne discende che nella fattispecie non rilevano i principi affermati dalla Corte di Giustizia con l'ordinanza del 12 dicembre 2013 in causa C- 50/13, perché la clausola 5 dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70 CE è applicabile nella sola ipotesi di reiterazione abusiva (Corte di Giustizia 23.4.2009 in cause riunite da C-378/07 a C-380/07, punto 90);

8.3. questa Corte ha già affermato (cfr. fra le tante Cass. nn. 4632, 5315, 5319, 5456, 28253 del 2017) che nell'ipotesi di ritenuta illegittimità di un unico contratto non può neppure trovare applicazione il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 5076/2016, perché l'agevolazione probatoria è stata ritenuta necessaria al solo fine di adeguare la norma interna alla direttiva eurounitaria, nella parte in cui impone l'adozione di misure idonee a sanzionare la illegittima reiterazione del contratto;

8.4. invece, ove venga in rilievo l'illegittimità di un unico rapporto, non vi è ragione alcuna che possa portare a disattendere la regola, immanente nel nostro ordinamento e richiamata anche dalle Sezioni Unite, in forza della quale il danno deve essere allegato e provato dal soggetto che assume di averlo subito;

8.5. con la pronuncia citata le Sezioni Unite hanno evidenziato che il danno non può essere quello asseritamente derivato dalla mancata conversione, giacché il pregiudizio è risarcibile solo se ingiusto e tale non può essere ritenuta la conseguenza che sia prevista da una norma di legge, non sospettabile di illegittimità costituzionale o di non conformità al diritto dell'Unione;

9. la sentenza impugnata, che ha rigettato sia la domanda di conversione del rapporto sia quella di risarcimento del danno, perché non provata neppure attraverso l'allegazione di elementi di fatto idonei a sorreggere il ragionamento presuntivo, va, quindi, confermata con integrazione della motivazione ex art. 384, comma 4, cod. proc. civ.;

10. resta di conseguenza assorbito il ricorso incidentale, espressamente condizionato all'accoglimento di quello principale;

11. le spese del giudizio di legittimità seguono la soccombenza e vanno poste a carico del ricorrente principale nella misura indicata in dispositivo;

12. ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, del d.P.R. n. 115/2002, come modificato dalla L. 24.12.12 n. 228, deve darsi atto, ai fini e per gli effetti precisati da Cass. S.U. n. 4315/2020, della ricorrenza delle condizioni processuali previste dalla legge per il raddoppio del contributo unificato, se dovuto dal ricorrente principale.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso principale e condanna Francesco Aliberti al pagamento delle spese del giudizio di legittimità liquidate in € 200,00 per esborsi ed € 5.000,00 per

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

competenze professionali, oltre al rimborso delle spese generali del 15% ed agli accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente principale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto, per il ricorso principale, a norma del cit. art. 13, comma 1-bis, se dovuto.

Così deciso nella Adunanza camerale del 26 novembre 2020

Il Presidente
Amelia Torrice

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Maria Pia Giacoia

Il Funzionario Giudiziario
Depositato in Cancelleria
oggi, 11 FEB. 2021
Il Funzionario Giudiziario

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Maria Pia Giacoia

Corte di Cassazione - copia non ufficiale