



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7551 del 2001, proposto da Iovine Nicola, rappresentato e difeso dall'avv. Lorenzo Bruno Molinaro, con domicilio eletto presso la segreteria della Sezione Quinta del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro 13;

***contro***

Comune di Lacco Ameno, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Di Meglio, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via di Porta Pinciana 4;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE V, n. 1733/2000, resa tra le parti, concernente SUSSISTENZA RAPPORTO DI PUBBLICO IMPIEGO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2012 il Cons. Nicola Gaviano e udito per la parte appellante l'avv. Molinaro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Con ricorso al T.A.R. per la Campania proposto nel corso del 1990 il sig. Nicola Iovine, dopo avere premesso di aver prestato attività lavorativa per il Comune di Lacco Ameno a far data dal 1° febbraio 1984 in forza di reiterati incarichi a termine più volte rinnovati, in prevalenza conferitigli perché assicurasse congiuntamente le incombenze di autista di scuolabus e di operaio addetto alla manutenzione degli immobili scolastici, domandava che il Tribunale accertasse la conseguente venuta ad esistenza del suo rapporto di impiego a tempo indeterminato alle dipendenze del Comune a decorrere dalla sua prima assunzione, previo annullamento del silenzio serbato dall'Ente sulla sua diffida all'uopo notificata il 23 ottobre 1989.

Nelle more del giudizio, con deliberazione della Giunta Comunale del 20 marzo 1992 lo Iovine veniva inquadrato, con decorrenza dalla data di esecutività del medesimo provvedimento, nel posto di organico di autista di scuolabus resosi vacante, a copertura dell'aliquota legale prevista dalla disciplina sulle assunzioni obbligatorie delle categorie protette (legge n. 482/1968).

Con successiva memoria, notificata all'Amministrazione il 27 gennaio 1998, l'interessato domandava anche le differenze retributive riflettenti la posizione ricoperta prima dell'inquadramento, sul fondamento, in ultima analisi, dell'art. 2126 cod.civ..

Il Comune intimato rimaneva contumace.

All'esito il T.A.R. adito, con la sentenza n. 1733/2000 in epigrafe, respingeva il ricorso, ritenendo che nella vicenda non emergessero gli indici rivelatori del

rapporto di pubblico impiego, per avere il ricorrente prestato la propria opera, in concreto, in condizioni di piena autonomia.

Avverso tale pronuncia esperiva indi appello lo Iovine, che riproponeva sostanzialmente le proprie domande, affermazioni in fatto ed in diritto ed argomentazioni a loro sostegno, dolendosi che la decisione del Tribunale le avesse disattese.

Si costituiva in giudizio in resistenza all'appello il Comune di Lacco Ameno, che ne deduceva l'infondatezza e concludeva per la sua reiezione.

Alla pubblica udienza del 4 maggio 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

L'appello è infondato.

1 La decisione oggetto del presente gravame riposa sul rilievo di fondo che la relazione intercorsa tra l'interessato e l'Amministrazione non avrebbe integrato gli estremi del rapporto di pubblico impiego a causa della carenza dei relativi indici rivelatori, e segnatamente della subordinazione gerarchica del lavoratore e dell'obbligatoria osservanza da parte sua di un orario di lavoro, per avere egli prestato la propria opera in perfetta autonomia.

La difesa municipale, costituitasi per la prima volta in questo grado di giudizio, a sostegno della pronuncia appellata soggiunge : che era lo stesso interessato, nella propria autonomia gestionale, ad organizzare il servizio di trasporto, definendone percorsi ed orari; che l'Amministrazione non aveva mai fornito direttive che potessero dar corpo ad un ipotetico suo vincolo di subordinazione; che i suoi periodi di servizio, di durata limitata, non avevano avuto nemmeno una completa continuità.

Soprattutto, la resistente difesa fa notare il decisivo aspetto della mancanza di fondamento probatorio alla base delle rivendicazioni avversarie.

2 La Sezione deve infatti rilevare che nel rapporto sviluppatosi tra le parti non sono ravvisabili nella loro necessaria consistenza minima gli indici rivelatori che la

giurisprudenza consolidata considera caratteristici del rapporto di impiego pubblico. Ed il punto è determinante per la reiezione delle rivendicazioni, anche di taglio meramente economico, avanzate da parte ricorrente.

La giurisprudenza ha invero da tempo chiarito (cfr. C.d.S., A.P., nn. 5 e 6 del 1992) che le norme in materia di assunzione del personale degli enti locali non sono di ostacolo all'applicabilità dell'art. 2126 c.c., e, quindi, al riconoscimento del diritto del lavoratore, pur non assunto a conclusione di una regolare procedura concorsuale, alle differenze retributive, all'indennità di fine rapporto e alle altre prestazioni contributive e previdenziali: ma questo soltanto quando risulti comprovata, appunto, la sussistenza degli indici che, secondo la stessa giurisprudenza amministrativa, rivelano lo svolgimento di fatto di un rapporto di impiego, quali la subordinazione gerarchica, l'esclusività e la continuità delle prestazioni, l'osservanza di un orario di lavoro, la retribuzione in misura fissa e continuativa e l'inserimento del lavoratore nella struttura organizzativa dell'ente (C.d.S., V, 10 novembre 2008, n. 5582). In altre parole, al rapporto nullo possono essere connesse le conseguenze di cui all'art. 2126 c.c. unicamente quando lo stesso, benché costituito senza il rispetto delle modalità prescritte, sia per il resto assimilabile al rapporto di lavoro subordinato costituito nelle forme legali, del quale presenti tutti i caratteristici indici rilevatori (C.d.S., VI, 6 giugno 2008, n. 2718; V, 24 ottobre 2006, n. 6352, 30 agosto 2006, n. 5062 e 6 dicembre 1999, n. 2057).

3 Orbene, con il corrente appello si assume che lo Iovine sarebbe stato vincolato alle direttive impostegli dall'autorità comunale. Ciò, però, senza che queste siano mai state precisate, prima ancora che documentate, essendosi così venuti meno ad un onere di allegazione e prova che era tanto più stringente, in concreto, per il fatto che quasi tutte le deliberazioni di incarico si erano premurate di puntualizzare di volta in volta che lo Iovine sarebbe stato, invece, libero da qualsiasi vincolo di

subordinazione gerarchica, e/o che avrebbe operato sulla base di un contratto d'opera, o infine come appaltatore.

Vero è, infatti, che, secondo una pacifica acquisizione giurisprudenziale, ai fini della qualificazione di un rapporto giuridico non deve aversi riguardo tanto al *nomen juris* speso dalle parti per designarlo, quanto alle caratteristiche da esso effettivamente assunte nella sua concreta attuazione (cfr. di recente C.d.S., V, 18 marzo 2010, n. 1581; più indietro nel tempo v. ad es. V, 10 aprile 2000, n. 2061; 13 giugno 1998, n. 824; 21 dicembre 1994, n. 1549; 29 ottobre 1991, n. 1281).

Questo non toglie, però, che l'esistenza, sotto le spoglie degli schemi giuridici indicati nelle delibere dell'Amministrazione, della realtà sostanziale di un rapporto di natura diversa, costituisce pur sempre un *quid* che abbisogna di dimostrazione da parte di chi vi abbia interesse.

Ciò posto, nella fattispecie concreta non risulta l'essenziale requisito dell'esclusività del rapporto, attribuito che le deliberazioni in atti non contemplano, né mostrano di avere anche solo indirettamente presupposto. Al contrario, la gran parte delle delibere di incarico rimarca la circostanza che l'interessato figurava titolare di una partita IVA, tanto che in esse è sistematicamente contemplata anche la previsione del pagamento del relativo tributo.

L'impegno lavorativo richiesto dall'Amministrazione era, d'altra parte, notevolmente elastico, godendo l'interessato di una marcata autonomia : sicché ad essere sfornito di prova non è solo l'estremo dell'esclusività, ma anche quello della soggezione ad un compiuto orario di servizio.

Lo Iovine non era poi soggetto ad alcuna forma di potere disciplinare dell'Amministrazione, potere che non era richiamato dalle delibere di incarico, né si è comunque dimostrato essere mai emerso sul piano dei fatti.

Per quanto precede, si deve allora riconoscere come nella specie non si profili nemmeno l'estremo dell'assoggettamento dell'interessato al potere gerarchico e disciplinare dell'Ente appellato.

A dispetto, inoltre, della lunghezza del periodo di tempo interessato, è significativo che un solo documento, la nota dell'8/9/1989, sia stato richiamato per dimostrare l'avvenuta fruizione di periodi formali di ferie.

4 Sempre in senso adesivo alla decisione del primo Giudice, vale altresì notare la variabilità e fluidità delle prestazioni che il ricorrente avrebbe assicurato nel tempo. Oltre alle mansioni di autista di scuolabus e di operaio addetto alla manutenzione degli edifici scolastici, incombenze che peraltro per un periodo sono state sostituite da quelle, del tutto diverse, di operaio stradino, egli avrebbe infatti svolto compiti di natura diversa, che ha indicato come segue: *“assistenza ai seggi durante le consultazioni elettorali; collaborazione con il comandante dei vigili urbani nella repressione dei reati e degli illeciti amministrativi; ritiro della corrispondenza presso gli uffici delle PT – promozione turistica; collaborazione con i VV.UU. al sequestro e dissequestro dei motorini rubati; trasporto di sculture e quadri; consegna dei moduli TASCAP e di manifesti”* (pagg. 2-3 dell'appello).

Lo stesso ricorrente riconosce l'estraneità di simili incombenze alla prestazione dell'attività che gli era stata affidata.

Quel che più conta, tuttavia, è che l'indicata variabilità e fluidità delle prestazioni richieste, connotando di atipicità la relazione *inter partes*, rende vieppiù problematica la reperibilità in concreto degli elementi della correlazione dell'attività dell'interessato ai fini istituzionali dell'Ente, e soprattutto della sua effettiva subordinazione ad una precisa figura organizzativa.

5 Al ricorrente non giova neppure invocare le affermazioni, pur potenzialmente a lui favorevoli, che si trovano nel corpo della delibera del 20 marzo 1992 che a suo tempo lo ha inquadrato in ruolo.

Si tratta, infatti, di spunti che, oltre ad esulare dall'economia dell'atto che li contiene, rispetto alla cui causa tipica si presentano come un'appendice gratuita, sono decisamente contraddetti dal fatto che la stessa delibera ha comunque stabilito che il rapporto di impiego avrebbe avuto decorrenza (solo) dalla data di esecutività del medesimo provvedimento.

6 E' appena il caso di rammentare, infine, che questo Consiglio ha anche di recente ribadito, in aderenza alla decisione dell'Adunanza Plenaria 9 settembre 1992 n. 10, che gli atti costitutivi di rapporti a termine con la Pubblica Amministrazione hanno immediata portata lesiva e carattere autoritativo, per cui essi devono essere impugnati nel termine decadenziale stabilito in via generale per la tutela degli interessi legittimi. Pertanto, il soggetto che intenda chiedere l'accertamento della sussistenza del rapporto di pubblico impiego è tenuto ad impugnare nel termine di decadenza i singoli atti di conferimento dell'incarico (Cons. Stato, Sez. V, 13 aprile 2010, n. 2030; 4 marzo 2008 n. 916; Sez. IV, 22 settembre 2005, n. 4953; V, 11 febbraio 2005 n. 373; V, 20 ottobre 2004 n. 6815; V, 21 novembre 2003 n. 7601; V, 7 novembre 2002 n. 6141; V, 30 ottobre 2002 n. 5971; V, 11 gennaio 2002 n. 126). E siffatto onere di tempestiva impugnazione sussiste anche nell'ipotesi in cui la domanda d'accertamento del rapporto d'impiego sia volta all'applicazione dell'art. 2126 c.c. (V, 7 novembre 2007, n. 5749). La mancata impugnazione nel termine di decadenza del provvedimento con cui l'Amministrazione abbia determinato lo *status* giuridico ed economico di un soggetto affinché svolga attività lavorativa in proprio favore rende, quindi, a rigore inammissibile qualsiasi richiesta di accertamento, oltre che della sussistenza di un rapporto di pubblico impiego, anche dei conseguenti emolumenti in contrasto con il medesimo provvedimento (V, 4 marzo 2008 n. 916; 3 giugno 2003 n. 3339; 2 aprile 2001 n. 1894).

7 Per le ragioni complessivamente esposte l'appello deve essere senz'altro respinto, siccome infondato.

Si rinvencono, tuttavia, ragioni tali da giustificare la compensazione delle spese processuali di questo grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese processuali del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 4 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Marco Buricelli, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/05/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)