

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 1414 del 1999, proposto da:

Comune di Scalea, rappresentato e difeso dall'avv. Raffaele Mirigliani, con domicilio eletto presso l'avv. Raffaele Mirigliani in Roma, via della Frezza n. 59;

contro

C. C., D. C., M. O., N. B. A., F., B., M. C., G., S. e D. B. quali eredi di I. R., rappresentati e difesi dall'avv. Gaetano Patta, con domicilio eletto presso l'avv. Gaetano Patta in Roma, viale Trastevere n. 459;

C. I., G. I.;

per la riforma

della sentenza del TAR per la CALABRIA, sede di CATANZARO, n. 00107/1998, resa tra le parti, concernente SUSSISTENZA RAPPORTO D'IMPIEGO PUBBLICO A TEMPO INDETERMINATO.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio degli indicati appellati;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2009 il cons.

Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati indicati in verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

Fatto

FATTO e DIRITTO

Con atto notificato il 10 febbraio 1999 e depositato il 22 seguente il Comune di Scalea ha appellato la sentenza 10 febbraio 1998 n. 107 del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sede di Catanzaro, non notificata, con la quale sono stati accolti, previa riunione, i ricorsi proposti dalle signore C. C., I. C., D. C., I. G., M. O. ed I. R. per il riconoscimento dell'esistenza di rapporto di impiego pubblico col medesimo Comune in relazione al servizio prestato in qualità di bidelle a mezzo rapporti di lavoro a termine successivamente prorogati, ciascuno della durata di un anno scolastico, nei limiti del diritto al trattamento economico secondo la contrattazione del pubblico impiego per la qualifica ricoperta, oltre interessi e rivalutazione monetaria. A sostegno dell'appello ha dedotto:

1.- L'Ente mai ha intrattenuto rapporti con le signore C. e G. e mai gli è stato notificato un ricorso delle medesime, sicché evidentemente per questa parte la sentenza appellata è frutto di un errore materiale.

2.- Quanto alle restanti parti, la sentenza è errata e ingiusta. Il Comune aveva infatti precisato come dai documenti emergesse chiaramente che non si era inteso dar vita ad un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato in quanto si è trattato di prestazioni limitate nel tempo e correlate alle necessità delle scuole elementari e materne nel corso dell'anno, mediante giornate lavorative fino al 30 giugno 1983, poi sulla base di contratto d'opera ex art. 2222 c.c., con interruzione durante i periodi di chiusura, in piena autonomia operativa, senza vincolo di subordinazione gerarchica verso l'Amministrazione comunale e le Autorità scolastiche e senza inserimento nell'apparato comunale. Inoltre, non è stata considerata la preclusione discendente dalla mancata impugnazione in termini degli atti comunali regolanti autoritativamente i singoli, plurimi rapporti e l'acquiescenza prestata con l'accettazione e quietanza degli ordinativi di pagamento. In subordine, sussiste la prescrizione estintiva per i periodi anteriori al quinquennio dalla data di notifica. In ogni caso, è inammissibile la condanna al cumulo indiscriminato di rivalutazione ed interessi.

Le signore C., C. ed O., N. i signori B. A. e G. B., eredi della signora I. R., si sono costituiti in giudizio ed hanno svolto difese. In data 23 aprile 2009 hanno inoltre prodotto istanza di fissazione d'udienza sottoscritta personalmente e con atto notificato il 24 e 27 marzo 2009, depositato lo stesso giorno 23 aprile, si sono nuovamente costituiti in giudizio "in riassunzione", unitamente ai signori F., B., M. C., S. e D. B., quali eredi anch'essi della signora R..

A sua volta il Comune di Scalea ha presentato il 20 maggio 2009 nuova istanza di fissazione d'udienza sottoscritta personalmente dal Sindaco. Poi con memoria del 2 luglio seguente ha replicato alle difese avversarie ed insistito per l'accoglimento dell'appello, introitato in decisione all'odierna udienza pubblica.

Ciò posto, merita di essere condiviso in fatto il primo motivo gravame, giacchè è evidente la svista in cui è incorso il primo giudice, laddove ha riunito ai ricorsi delle signore C., Girelli, O. e R., proposti contro il Comune di Scalea, quelli delle signore C. e G., proposti invece contro il Comune di Diamante, nell'erroneo presupposto che lo fossero nei confronti del primo Ente. Per questa parte, dunque, la sentenza appellata dev'essere annullata con rinvio al TAR.

Quanto alle restanti parti appellate, la pronuncia di primo grado merita conferma.

Non v'è dubbio, infatti, che il Comune di Scalea abbia intrattenuto con le appellate, attraverso il simulato rapporto di prestazione d'opera, un effettivo rapporto di lavoro subordinato nell'ambito delle proprie competenze in materia di provvista del personale ausiliario delle scuole materne ed elementari.

Ai fini della qualificazione di un rapporto come di lavoro subordinato, è infatti ben noto in giurisprudenza che nessun rilievo assume il nomen iuris conferito al rapporto stesso, dovendo invece farsi riferimento ai cosiddetti indici rivelatori, in particolare all'essenziale elemento della subordinazione gerarchica. Occorre, cioè, che la prestazione del lavoratore sia regolata nel suo svolgimento, configurandosi la subordinazione come vincolo di natura personale che assoggetta il prestatore d'opera al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro.

Nella specie, la sussistenza dell'indice in parola è comprovata in atti dagli ordini di servizio della direzione didattica di Scalea, nei quali non solo viene fissato un preciso orario giornaliero di servizio, ma vengono impartite "istruzioni", talora particolarmente dettagliate, accompagnate dall'invito a seguirle scrupolosamente, sotto il controllo della stessa direzione didattica che, in caso di inosservanza, ne avrebbe riferito all'Amministrazione comunale (cfr., in particolare, ordini di servizio 25 novembre 1981 e 29 marzo 1983). Tale elemento, che dimostra l'avvenuto inserimento stabile delle lavoratrici nella struttura organizzativa comunale in qualità di personale ausiliario scolastico posto a disposizione appunto della direzione didattica, è corroborato da altri, quali il corrispettivo predeterminato, fisso e periodico, l'inesistenza in capo alle lavoratrici di un'organizzazione anche minima di tipo imprenditoriale, l'assenza di rischio, l'utilizzo nelle prestazioni di materiale fornito dalla direzione didattica. Se mai, il fatto che i detti rapporti venissero interrotti durante il periodo di chiusura della scuola condurrebbe ad affermare che si è trattato per ciascuna lavoratrice di ripetuti rapporti di lavori subordinato a termine, anziché di un unico rapporto a tempo indeterminato, ma su tanto nell'atto d'appello non v'è censura, come pure sulle differenze retributive, da calcolarsi in base al trattamento economico dell'impiego pubblico comunale, riconosciute in primo grado in favore delle appellate, oggetto di contestazione da parte del Comune solo e tardivamente nella memoria del 2 luglio 2009.

Né l'accertamento condotto dal TAR era precluso dalla mancata impugnazione tempestiva dei singoli atti di nomina o l'acquiescenza che sarebbe stata prestata mediante accettazione e quietanza dei mandati di pagamento. Sotto quest'ultimo profilo, è infatti evidente come nella riscossione del corrispettivo non siano individuabili un comportamento od una dichiarazione univoci, posti liberamente in essere dalle lavoratrici, che dimostrino una chiara ed incondizionata volontà delle medesime di rinunciare preventivamente a far valere le pretese poi azionate. Sotto il primo profilo, basta ricordare che la domanda diretta al riconoscimento della sussistenza di rapporto di lavoro subordinato di fatto con l'amministrazione pubblica, con i conseguenti effetti sulla retribuzione e sulla posizione assicurativa e previdenziale ai sensi dell'art. 2126 cod. civ., qual è quella svolta dalle appellate, non riveste carattere impugnatorio ed è perciò proponibile in sede di giurisdizione esclusiva con azione di accertamento entro l'ordinario termine di prescrizione, indipendentemente dall'impugnazione nel termine di decadenza dei singoli atti con i quali il

rapporto è stato costituito e configurato diversamente (cfr., tra le tante, Cons. St., sez. VI, 31 gennaio 2006 n. 312 e 29 febbraio 2008 n. 753).

Neanche l'eccezione di prescrizione può essere seguita, giacché il termine prescrizionale non decorre per i crediti di lavoro durante il rapporto lavorativo non assistito dalla garanzia di stabilità e non dotato della resistenza che caratterizzano invece il rapporto di pubblico impiego (cfr. Cons. St., sez. VI, n. 312/06, cit., N. sez. V 17 settembre 2008 n. 4429).

Infine, va disattesa anche la censura concernente il cumulo di interessi legali e rivalutazione monetaria: si tratta di crediti insorti anteriormente al 31 dicembre 1994, sicché per essi non opera il divieto di cumulo di cui alla legge n. 724 del 1994 (legge finanziaria 1995), con cui lo stesso divieto è stato stabilito per i crediti maturati appunto dopo tale data (cfr. Cons. St., Sez. VI, 29 gennaio 2009 n. 346 e sez. V, 20 marzo 2008 n. 1221). Giova peraltro precisare che, ai fini del computo degli accessori dei crediti, va fatto riferimento ai criteri enucleati dall'Adunanza plenaria con la nota decisione 30 marzo 1999 n. 3.

In conclusione, come anticipato per questa parte l'appello dev'essere respinto.

Quanto alle spese del grado, l'esito complessivo del giudizio ne consiglia l'integrale compensazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, così dispone:

- a.- lo accoglie con riguardo alle parti appellate C. e G. e, per l'effetto, annulla la sentenza appellata in parte qua e con rinvio;
- b.- lo respinge con riguardo alle restanti parti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2009 con l'intervento dei Signori:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente FF

Cesare Lamberti, Consigliere

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Giancarlo Montedoro, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 29 DIC. 2009.