

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI BARI
SEZIONE LAVORO

composta dai signori Magistrati:

- | | |
|--------------------------------|------------------|
| 1) dott. Franco Lucafò | Presidente |
| 2) dott. Marcello De Cillis | Consigliere |
| 3) dott. Vito Francesco Nettis | Consigliere rel. |

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa iscritta sul ruolo generale lavoro sotto il numero d'ordine 1660 dell'anno 2007

TRA

Macchione Anna Rita

assistita e difesa dall'avv. A. Sannicandro

- appellante -

E

Azienda Ospedaliero – Universitaria “Ospedali Riuniti”

assistita e difesa dall'avv. Lucio Affatati

- appellata -

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso al Tribunale del lavoro di Foggia, depositato in data 18 novembre 2005, Macchione Anna Rita esponeva: che in data 18 luglio 2003 era stata assunta dalla Azienda Ospedaliero – Universitaria “Ospedali Riuniti” (d’ora in avanti, Azienda) con contratto a tempo determinato e con qualifica di Ausiliaria Specializzata; che il rapporto era stato instaurato a termine per sostituire Contestabile Francesco, temporaneamente adibito, per esigenze di organico, a mansioni di autista di ambulanza; che il contratto prevedeva la risoluzione automatica “al rientro del titolare”; che con

telegramma in data 8 luglio 2005 l'Azienda le aveva comunicato la risoluzione del rapporto a far data dal 31 maggio 2005, essendo rientrato, il 1° giugno 2005, il titolare; che l'apposizione del termine al contratto era, per varie ragioni, priva di effetto; tanto esposto, chiedeva che fosse accertata la natura a tempo indeterminato del rapporto intercorso con l'Azienda, con conseguente declaratoria di illegittimità del licenziamento intimatole in data 8 luglio 2005 e condanna della datrice di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro nonché al pagamento, eventualmente anche ai sensi dell'art. 18 l. 300/70, delle retribuzioni medio tempore maturate.

La Macchione chiedeva, *in ogni caso*, la condanna dell'Azienda al risarcimento dei danni ex art. 36 d. lgs. 165/2001.

Nel rituale contraddittorio delle parti, l'adito Tribunale, con sentenza del 24 novembre 2006, rigettava la domanda.

Rilevava il primo giudice: che, ai sensi, dell'art. 36, comma 1, d. lgs. 165/2001 il contratto di lavoro a termine stipulato dalla Macchione con l'Azienda, ente pubblico, non poteva trasformarsi in rapporto a tempo indeterminato; che la richiesta risarcitoria avanzata dalla ricorrente ex art. 36 comma 2 d. lgs. cit. non poteva essere accolta perché non era stato dedotto alcunché in ricorso in ordine all'*an* e al *quantum*.

Con ricorso del 3 maggio 2007 interponeva appello la Macchione.

Resisteva l'Azienda.

All'udienza del 23 ottobre 2008 la causa veniva discussa e decisa come da separato dispositivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con un unico, articolato, motivo, l'appellante censura l'impugnata sentenza nella parte in cui è stato disconosciuto il suo diritto al risarcimento del danno.

Deduce, in sintesi, la Macchione: che è incontestato ed è stato accertato dal Tribunale che vi è stata una proroga di fatto del rapporto intercorso con l'Azienda, poiché essa ha lavorato sino all'8 luglio 2005, sebbene il titolare fosse rientrato in servizio il 1° giugno 2005; che il primo giudice ha erroneamente rigettato la richiesta risarcitoria perché non provata nell'*an* e nel *quantum*; che, nella

specie, il pregiudizio subito è rappresentato dalla perdita del posto e di uno stabile trattamento retributivo; che il meccanismo più appropriato per assicurare la riparazione del danno ex art. 36 d. lgs. 165/2001 è quello previsto dai commi 4° e 5° dell'art. 18 l. 300/70, "in presenza di un evento – la perdita illegittima di un posto di lavoro – che l'ordinamento giuridico italiano individua meritevole di per sé di tutela sanzionatoria; che, infine, le spetta anche la maggiorazione di cui all'art. 5, 1° comma, d. lgs. 368/2001.

L'appello è, sotto vari profili, infondato.

Ai sensi dell'art. 31 del CCNL di categoria, il termine del contratto a termine può essere eccezionalmente prorogato, con il consenso del dipendente, "quando la proroga stessa sia richiesta da esigenze contingenti e imprevedibili e si riferisca alla stessa attività lavorativa...sempre che il dipendente sia lo stesso".

Nel caso in esame, il dipendente sostituito era rientrato il 1° giugno 2005, di guisa che l'amministrazione non poteva formalmente disporre – e non lo ha disposto - una proroga del termine: con il telegramma dell'8 luglio 2005 l'azienda ha comunicato, per l'appunto, che il rapporto di lavoro era da intendersi risolto alla data del 31 maggio 2005.

Ne consegue che, in sostanza, scaduto il termine e cessato il rapporto, l'Azienda ha continuato a riceversi le prestazioni lavorative della Macchione senza che questa fosse più alle dipendenze dell'ente.

La proroga cui ha fatto riferimento il Tribunale altro non è stata che la instaurazione di fatto di un nuovo rapporto in violazione del divieto per gli enti locali di assunzione in mancanza di determinati presupposti (attivazione di procedure selettive e concorsuali, ecc.), introdotto dall'art. 5 commi 17 e 18, d.l. 10 novembre 1978 n. 702, convertito in l. 8 gennaio 1979 n. 3: norma che commina la nullità degli atti adottati e dei rapporti sorti in contrasto con tale disposizione (Consiglio Stato, sez. V, 15 febbraio 2007, n. 627).

Quanto alle conseguenze, è principio consolidato nella giurisprudenza amministrativa quello secondo cui il rapporto di lavoro avente le caratteristiche del pubblico impiego, costituito in

contrasto con le norme imperative che disciplinano le assunzioni della pubblica amministrazione, è nullo ma rileva come rapporto di mero fatto, per il quale, ai fini retributivi e previdenziali, deve trovare applicazione l'art. 2126 c.c.; infatti, gli effetti derivanti dalla predetta norma civilistica sono connessi alle prestazioni lavorative di fatto, che sono tali proprio in quanto gli atti in base ai quali le prestazioni stesse sono state svolte sono affetti da nullità per contrasto con norme imperative (così, ex multis, Consiglio Stato, sez. V, 09 ottobre 2007, n. 5262).

Che durante il periodo 1 giugno – 8 luglio 2005 la ricorrente sia stata regolarmente retribuita è un fatto incontestato, sicché nessun'altro emolumento ancora le è dovuto per l'attività prestata sino all'8 luglio 2005.

Erroneamente l'appellante invoca la maggiorazione di cui all'art. 5, comma 1, l. 368/2001.

La norma così recita: Se il rapporto di lavoro continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato ai sensi dell'articolo 4, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al venti per cento fino al decimo giorno successivo, al quaranta per cento per ciascun giorno ulteriore.

La disposizione – dettata, evidentemente, con specifico riguardo al lavoro a termine alle dipendenze di datori di lavoro privato - attribuisce una maggiorazione al dipendente qualora il rapporto si protragga oltre l'originaria scadenza. Senonché, nei casi disciplinati dalla norma in esame, la prestazione resa oltre il termine pattuito non è affetta da nullità perché, nell'ambito di rapporti intercorrenti non con amministrazioni pubbliche, la protrazione del rapporto oltre la data inizialmente fissata non incorre nella violazione di alcuna norma imperativa e non fa venir meno l'unicità del rapporto; l'art. 5, 1° e 2° comma, l. cit. si limita a disciplinare gli effetti di tale situazione (maggiorazione retributiva o, se il rapporto continua oltre un certo limite, trasformazione del contratto a termine in uno a tempo indeterminato).

Nel pubblico impiego, invece, per le assunzioni nelle pubbliche amministrazioni vale sempre il principio, desumibile dall'art. 97 Cost., secondo il quale l'instaurazione del rapporto di impiego alle

dipendenze delle pubbliche amministrazioni può avvenire soltanto mediante concorso, a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (cfr., in motivazione, Cass. 11533/2006), sicché sono affette da nullità le assunzioni disposte in difformità dal precetto costituzionale, oltre che, per gli enti locali, dall'art. 5 commi 17 e 18, d.l. 10 novembre 1978 n. 702. Non è, pertanto, applicabile la maggiorazione prevista dalla legge per un rapporto valido, protrattosi oltre la scadenza inizialmente prevista, ad un rapporto di fatto (distinto da quello validamente instaurato) affetto da nullità, trattandosi di fattispecie, all'evidenza, totalmente diverse.

Incontestato il diritto della lavoratrice, ex art. 2126 c.c., alla normale retribuzione per il periodo 1 giugno – 8 luglio 2005, resta da verificare se v'è spazio (anche) per un risarcimento danni ex art. 36, comma 6, d. lgs. 165/2001.

La norma così dispone: in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. Le amministrazioni pubbliche che operano in violazione delle disposizioni di cui al presente articolo non possono effettuare assunzioni ad alcun titolo per il triennio successivo alla suddetta violazione.

Osserva il Collegio, innanzitutto, che il richiamo della sentenza della Corte giustizia CE, sez. II, 07 settembre 2006, n. 53 (*L'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva del consiglio 28 giugno 1999 n. 1999/70/Ce, relativa all'accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretato nel senso che non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale che esclude, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi siano trasformati in*

contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per i contratti e i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato, qualora tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico) è inconfidente.

Nella specie, come si è visto, ci troviamo di fronte non ad un abusivo ricorso a successivi contratti a termine, bensì ad un solo contratto scaduto il 31 maggio 2005, con prestazione di attività lavorativa di fatto resa dal 1° giugno sino all'8 luglio 2005.

Non abbiamo, dunque, una sequenza di contratti a tempo determinato ma un solo contratto a termine, seguito da un breve periodo di rapporto di fatto.

La sentenza della Corte Europea si è occupata della compatibilità con i principi comunitari di una normativa nazionale che non preveda, nel settore pubblico, la trasformazione in un rapporto a tempo indeterminato di più contratti a termine (in ipotesi) abusivamente stipulati; qui occorre stabilire quali siano le conseguenze risarcitorie derivanti da un rapporto di fatto, iniziato al termine di un contratto a tempo determinato, della cui legittimità in questa sede l'appellante non discute.

Quanto in prosieguo si dirà, tuttavia, vale anche per la fattispecie portata all'esame della Corte Europea.

Ai sensi della norma in esame, il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative.

La tesi dell'appellante è che il pregiudizio patito (*l'an*) consista nella perdita del posto di lavoro.

La tesi non può essere condivisa.

Il danno risarcibile è quello derivante "dalla prestazione di lavoro".

Già la formula letterale della disposizione è nel senso che il danno è quello che il lavoratore ha subito *per aver lavorato* e non già *per non aver (più) lavorato*.

Il rapporto di fatto, instauratosi per effetto della violazione delle norme sopra richiamate, è un rapporto nullo che non può produrre altro effetto che quello di cui all'art. 2126 c.c.

Il lavoratore non ha diritto alla prosecuzione del rapporto di lavoro perché sia il precetto costituzionale di cui all'art. 97, sia le discipline specifiche riguardanti l'assunzione di personale da parte delle pubbliche amministrazioni (nella specie, l'art. 5 commi 17 e 18, d.l. 10 novembre 1978 n. 702) vietano l'assunzione del personale al di fuori di procedure concorsuali e selettive.

Se, dunque, un diritto al posto di lavoro non è configurabile, la richiesta risarcitoria avanzata dalla ricorrente è inaccoglibile perché ancorata alla lesione di un diritto inesistente.

Vanamente l'appellante invoca le norme in materia di licenziamento.

Prescindendo dal fatto che, in questo caso, non si verte in tema di licenziamento, è assorbente il rilievo che le sanzioni previste dall'art. 18 l. 300/70 (risarcimento e reintegra) conseguono ad una illegittima cessazione del rapporto e al diritto del lavoratore alla prosecuzione del rapporto, mentre, qualora si instauri un rapporto di fatto in violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, il rapporto è nullo *ab origine* (cioè è come se non fosse mai sorto e produce i soli effetti di cui all'art. 2126 c.c.) e il lavoratore non ha alcun diritto a mantenere il suo posto di lavoro.

Il solo danno astrattamente risarcibile è quello riveniente dalla perdita di altre più favorevoli occasioni o, comunque, quello connesso alla prestazione di un'attività che l'amministrazione non avrebbe dovuto riceversi.

Per certo, non può riconoscersi un risarcimento di tipo "sanzionatorio", né è configurabile un danno *in re ipsa*, come, invece, assume l'appellante.

Invero, nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per il cui risarcimento, proprio perché non possono ad esso riconoscersi finalità punitive, non solo sono irrilevanti lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato, ma occorre

altresi la prova dell'esistenza della sofferenza determinata dall'illecito, mediante l'allegazione di concrete circostanze di fatto da cui presumerlo, restando escluso che tale prova possa considerarsi "in re ipsa" (Cass. 1183/2007; conf: Cass. n. 10024/1997, n. 12767/1998, n. 1633/2000).

In tema di responsabilità contrattuale è stato ripetutamente affermato che riconoscere il risarcimento del danno al cospetto della prova del solo inadempimento (cosiddetta liquidazione equitativa "in re ipsa") significherebbe assegnare ad essa una funzione di sanzione civile punitiva estranea al sistema risarcitorio previsto dal codice civile (cfr., ex pluribus, Cassazione civile, sez. lav., 08 ottobre 2007, n. 21025).

Al riguardo Cass. SS. UU. 6572/2006 ha affermato: non può infatti non valere anche in questo caso, la distinzione tra "inadempimento" e "danno risarcibile" secondo gli ordinari principi civilistici di cui agli artt. 1218 e 1223 c.c., per i quali i danni attengono alla perdita o al mancato guadagno che siano "conseguenza immediata e diretta" dell'inadempimento, lasciando così chiaramente distinti il momento della violazione degli obblighi di cui agli artt. 2087 e 2103 cod. civ., da quello, solo eventuale, della produzione del pregiudizio (in tal senso chiaramente si è espressa la Corte Costituzionale n. 372 del 1994). D'altra parte - mirando il risarcimento del danno alla reintegrazione del pregiudizio che determini una effettiva diminuzione del patrimonio del danneggiato, attraverso il raffronto tra il suo valore attuale e quello che sarebbe stato ove la obbligazione fosse stata esattamente adempiuta - ove diminuzione non vi sia stata (perdita subita e/o mancato guadagno) il diritto al risarcimento non è configurabile. In altri termini la forma rimediale del risarcimento del danno opera solo in funzione di neutralizzare la perdita sofferta, concretamente, dalla vittima, mentre l'attribuzione ad essa di una somma di denaro in considerazione del mero accertamento della lesione, finirebbe con il configurarsi come somma-castigo, come una sanzione civile punitiva, inflitta sulla base del solo inadempimento, ma questo istituto non ha vigenza nel nostro ordinamento.

Anche in tema di responsabilità extracontrattuale valgono i medesimi principi.

Ex multis, può essere ricordata Cassazione civile, sez. III, 04 luglio 2007, n. 15131: In tema di risarcimento del danno da responsabilità aquiliana (sia esso patrimoniale che non patrimoniale) occorre che sia provata l'esistenza del danno di cui si chiede il risarcimento, non potendo ritenersi che il danno sia "in re ipsa", cioè coincida con l'evento, poiché il danno risarcibile è pur sempre un danno-conseguenza anche nella responsabilità aquiliana e non coincide con l'evento, che invece è un elemento del fatto produttivo del danno.

Ed anche la disposizione di cui all'art. 18, comma 4 (Il giudice con la sentenza di cui al primo comma condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata l'inefficacia o l'invalidità stabilendo un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione e al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali dal momento del licenziamento al momento dell'effettiva reintegrazione; in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione globale di fatto) non svolge, come erroneamente assume l'appellante sulla scorta di alcune sentenze di merito, una funzione sanzionatoria o punitiva, in quanto il datore di lavoro, ove venga dichiarato illegittimo il licenziamento, è tenuto a versare al dipendente le retribuzioni maturate dal licenziamento alla reintegra a titolo risarcitorio, tant'è che, pacificamente, va detratto l'eventuale *aliunde perceptum*.

La previsione di una misura minima di risarcimento (cinque mensilità) assolve la funzione di rafforzare la tutela patrimoniale del lavoratore illegittimamente licenziato, e costituisce una presunzione juris et "de iure" del danno, assimilabile ad una sorta di penale connaturata al rischio di impresa (Cass. 18146/2007); e la clausola penale rappresenta, nel nostro ordinamento, una liquidazione preventiva della prestazione risarcitoria, nient'affatto riconducibile all'istituto dei punitive damages proprio del diritto nordamericano (così, in motivazione, Cass. 1183/2007).

In conclusione, la richiesta risarcitoria avanzata dalla Macchione è infondata.

L'appello va, conseguentemente, respinto.

L'approfondimento di alcuni temi della controversia, operato in questa sede, giustifica la integrale compensazione tra le parti delle spese del gravame.

P.Q.M.

La Corte di Appello di Bari

sezione lavoro

rigetta l'appello proposto da Macchione Anna Rita, con ricorso depositato in data 3 maggio 2007, avverso la sentenza del 24 novembre 2006 del giudice del lavoro del Tribunale di Foggia nei confronti dell'Azienda Ospedaliero – Universitaria "Ospedali Riuniti";
compensa interamente tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

Così deciso in Bari in data 23 ottobre 2008

Il Presidente

dott. Franco Lucafò

Il Consigliere estensore

dott. Vito Francesco Nettis