

# Consiglio di stato, sez. Adunanza plenaria, 5 marzo 1992 n. 5

IL FORO ITALIANO

GIURISPRUDENZA - SENTENZA

*"Impiegato degli enti locali", "Impiegato dello Stato e pubblico in genere"*

Impiegato dello Stato e pubblico in genere

Impiegato degli enti locali

Presidente Crisci; Estensore Barberio Corsetti; Ricorrente Lagomarsino e altri (Avv. Sandulli, Medina) c. Provincia di Genova (Avv. E. Romanelli, Gallanti).

## **Svolgimento del processo e motivi della decisione**

I

Diritto. – È pacifico che la sig. Fargetta prestò servizio presso il comando della I regione aerea – direzione demanio di Milano – ininterrottamente dal 1° febbraio 1971 al 15 ottobre 1982 con mansioni di dattilografa.

Ella si avvalse, per l'espletamento dei suoi compiti, rientranti tra quelli istituzionali dell'amministrazione, dei mezzi e dei locali posti a disposizione dell'amministrazione stessa (con accesso mediante documento di riconoscimento rilasciato dall'amministrazione ai propri dipendenti), osservò un orario d'ufficio (con sottoscrizione dei fogli di presenza), fu sottoposta a controllo gerarchico e fu retribuita con compensi sostanzialmente costanti anche se formalmente corrisposti su presentazione di fattura.

Ne discende che, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, il rapporto di lavoro intercorso con l'amministrazione militare aveva tutte le caratteristiche ritenute dalla giurisprudenza amministrativa indici sostanziali rivelatori di un rapporto di pubblico impiego.

La continuità e l'ultradecennale estensione del rapporto confortano del resto, tale convincimento.

Ciò posto, occorre esaminare se nella fattispecie possa configurarsi, sotto il profilo giuridico, un rapporto di pubblico impiego, con tutte le conseguenze anche economiche che ne derivano, ovvero se le prestazioni rese dalla Fargetta debbano essere valutate come semplici prestazioni di fatto.

In primo luogo si deve osservare che nella specie non si è in presenza di un contratto di lavoro a termine più volte prorogato, in quanto non risulta che l'amministrazione abbia mai adottato un provvedimento in tal senso, ma piuttosto di un comportamento concludente dal quale si evince il perdurare nel tempo del rapporto in relazione al protrarsi delle esigenze dell'amministrazione. Fu affidato alla Fargetta un compito di dattilografia, a partire da una certa data (1° febbraio 1971), ed ella seguì a svolgerlo ininterrottamente fino all'atto di adozione del provvedimento impugnato, senza che intervenissero da parte dell'amministrazione atti di conferma o di proroga.

Da ciò deriva che l'unico atto lesivo dell'interesse della Fargetta è il provvedimento impugnato, col quale l'amministrazione le ha comunicato di non avere più intenzione di avvalersi della sua opera. Non vi sono dunque dubbi di sorta circa la facoltà del giudice amministrativo di valutare l'intero rapporto, unitariamente considerato.

L'ordinanza della quarta sezione sottopone all'adunanza, come primo problema, quello della possibilità d'accesso al pubblico impiego in contrasto con quanto disposto dall'art. 3 dello statuto degli impiegati civili dello Stato (t.u. 3 gennaio 1957 n. 3) che espressamente dispone: «salve le eccezioni previste dal presente decreto, l'assunzione agli impieghi senza il concorso prescritto per le

single carriere è nulla di diritto e non produce alcun effetto a carico dell'amministrazione, ferma restando la responsabilità dell'impiegato che vi ha provveduto».

Il collegio osserva che, a parte ogni altra considerazione, tale divieto non sembra applicabile al caso di specie, perché in questo non si discute della possibilità d'accesso senza concorso all'impiego di ruolo, bensì della possibilità di instaurazione di un rapporto di impiego non di ruolo.

Per quest'ultimo, che ha sempre avuto disciplina autonoma rispetto all'impiego di ruolo, si rinvengono nell'ordinamento specifiche disposizioni. L'art. 12 d.l.c.p.s. 4 aprile 1947 n. 207, introducendo un espresso divieto di assunzione di personale non di ruolo presso le amministrazioni dello Stato «per qualunque titolo e sotto qualsiasi forma e su qualunque capitolo di bilancio», comminava la nullità del provvedimento assunto in contrasto col divieto e poneva a carico degli amministratori la responsabilità economica personale e solidale per le assunzioni in contrasto.

La stessa disposizione introduceva però talune eccezioni al divieto, delle quali la più rilevante è quella relativa alle assunzioni di carattere eccezionale e straordinario di breve durata.

Tale eccezione è quella che ha provocato, nel corso del tempo, maggiori problemi applicativi prestandosi, per la sua genericità, ad interpretazioni estensive.

Con

l. 28 ottobre 1970 n. 775

si è inteso porre un rimedio a disfunzioni verificatesi, abrogando ad un tempo tutte le disposizioni che consentivano assunzioni di personale straordinario (art. 25, 2° comma) e dando al governo la delega per disciplinare nuovamente la materia.

A tanto si è provveduto col

d.p.r. 31 marzo 1971 n. 276

, recante norme sulle assunzioni temporanee di personale presso le amministrazioni dello Stato.

La

l. 28 ottobre 1970 n. 775

all'art. 25, dopo la norma di delega al governo per la disciplina delle assunzioni temporanee, stabilisce che «con effetto dalla data di entrata in vigore della presente legge cessano di avere efficacia tutte le disposizioni che consentono assunzioni di personale straordinario, anche con contratto di diritto privato o contratto a termine, comunque denominato».

Il decreto delegato,

d.p.r. 31 marzo 1971

all'art. 3 ha provveduto a regolarizzare la situazione di tutti gli assunti anteriormente alla data di entrata in vigore della l. 775/70 ed ha sancito all'art. 4 la nullità di diritto delle assunzioni effettuate in violazione delle disposizioni degli art. 1, 2 e 3.

La Fargetta fu assunta il 1° febbraio 1971, vale a dire dopo l'entrata in vigore della legge, ma prima dell'entrata in vigore del decreto delegato. In tale situazione ella non ha potuto usufruire della citata disposizione contenuta nell'art. 3 in base alla quale l'amministrazione ha provveduto a regolarizzare la situazione di tutti gli altri dattilografi che si trovavano nella sua stessa posizione di lavoro, ma erano stati assunti prima dell'entrata in vigore della l. 775/70.

Il primo problema che si pone con riguardo alla fattispecie in esame è se essa rientri nelle ipotesi d'assunzione temporanea, ovvero se essa sia da riguardare come un'assunzione a tempo indeterminato, rientrante nel generale divieto di cui alle disposizioni del 1947.

Il collegio è d'avviso che, in relazione alla documentazione esibita, nella quale si fa riferimento ad esigenze particolari dell'amministrazione in un determinato periodo, possa ritenersi che l'amministrazione della difesa abbia inteso inizialmente ricorrere all'opera di taluni dattilografi per sopperire a momentanee carenze di personale, anche se, come detto, il rapporto ebbe a protrarsi per il perdurare di tali carenze.

Sembra, quindi, che la fattispecie rientri tra quelle disciplinate dalla citata l. 775/70 e dal d.p.r. 276/71.

Occorre ora esaminare la disposizione abrogativa contenuta nel citato art. 25 l. 775/70. Se si ritiene che con esso si sia inteso porre nel nulla il complesso delle disposizioni che regolavano

precedentemente tutto il regime delle assunzioni temporanee, si deve ritenere che all'epoca (1° febbraio 1971) fosse venuta meno anche la sanzione di nullità dei rapporti di lavoro costituiti in violazione di dette disposizioni; se si ritiene, invece, che il legislatore abbia inteso limitare gli effetti dell'abrogazione alle disposizioni che autorizzavano le assunzioni temporanee, mantenendo fermi il divieto e la relativa sanzione di nullità, si deve concludere che all'atto dell'assunzione della Fargetta vigeva ancora il divieto di cui all'art. 12, 1° comma, d.l.c.p.s. 207/47.

L'adunanza plenaria ritiene che la seconda impostazione interpretativa sia più coerente con la ratio della l. 775/70, la quale a mezzo della delega al governo contenuta nel 1° comma dell'art. 25 si proponeva di sostituire integralmente le deroghe previgenti con un sistema diverso, ma non poteva non tener fermo il generale divieto di assunzioni di personale non di ruolo sancito dal 1° comma dell'art. 12 d.l.c.p.s. del 1947, poiché, altrimenti, nelle more, sarebbe stata consentita una libertà di assunzioni, sia pur temporanea, certamente non soluta dal legislatore.

Ne discende che il rapporto di lavoro instaurato dall'amministrazione della difesa con la Fargetta, ai sensi del citato art. 12, deve ritenersi «nullo».

Per quanto riguarda la portata di tale comminatoria, l'adunanza plenaria richiama le considerazioni svolte nelle decisioni rese in pari data sui ricorsi Frugis e altri contro il comune di Taranto, e Lagomarsino ed altri contro la provincia di Genova in ordine ad una formulazione normativa che, per i suoi caratteri e per le sue finalità, impone un'interpretazione rigorosa, nel senso della nullità intesa in senso civilistico, e pertanto imprescrittibile, insanabile e rilevabile d'ufficio.

Da tale impostazione discende un serie di conseguenze, tra le quali la prima è che il rapporto di lavoro instaurato con lo Stato in contrasto con le disposizioni che lo disciplinano, ove sia espressamente prevista una sanzione di «nullità» del tipo sopra menzionato, sia esso rapporto a termine o a tempo indeterminato, nasce e vive come rapporto di fatto, rispetto al quale gli indici rivelatori del pubblico impiego assumono soltanto funzione di astratta qualificazione al fine della determinazione della giurisdizione e della disciplina economica e previdenziale cui debbono essere sottoposte le prestazioni lavorative.

Altra conseguenza è che in simile circostanza a parte qualsiasi altra considerazione, si appalesa inapplicabile la conversione del rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato ( art. 2 l. 18 aprile 1962 n. 230

) in quanto esiste una specifica disciplina del lavoro temporaneo del personale non di ruolo dello Stato.

Poiché si tratta di prestazioni di fatto, in favore della pubblica amministrazione, si prospetta poi il problema relativo all'applicabilità dell'

art. 2126 c.c.

da parte del giudice amministrativo.

A tal proposito l'indagine relativa all'astratta configurabilità del pubblico impiego rileva sia ai fini della giurisdizione, sia ai fini del merito.

Ripartita la giurisdizione sulla base della domanda circostanziata, accompagnata dall'indicazione dell'esistenza di indici rivelatori dell'esistenza del rapporto di pubblico impiego (Cass. 5631/81, Foro it., Rep. 1981, voce Giurisdizione civile, n. 75), il giudice amministrativo dovrà infatti rigettare la domanda relativa all'applicazione dell'art. 2126 solo laddove ritenga che il rapporto dedotto non sia configurabile come pubblico impiego.

Ma ciò non si verifica nel caso in esame.

Il giudice della giurisdizione si è più volte pronunciato, affermando che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in controversia promossa per conseguire la retribuzione dovuta in relazione a prestazioni lavorative subordinate svolte in favore dello Stato o di enti pubblici non economici, non resta esclusa dalla nullità del relativo rapporto atteso che, sia pure ai limitati fini della retribuzione, l'

art. 2126 c.c.

pone un fictio iuris di validità del rapporto nullo (Cass., sez. un., n. 2993 del 3 maggio 1986, id., Rep. 1986 voce Impiegato dello Stato, n. 76 e n. 2490 del 18 marzo 1988, id., Rep. 1988, voce cit., n. 98).

L'

art. 2126 c.c.

, sotto la rubrica «presentazioni di fatto con violazione di legge» stabilisce che «la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa».

Per stabilire se esso sia applicabile alle prestazioni lavorative di fatto, astrattamente definibili come di impiego pubblico, occorre dunque indagare se nel rapporto sia ravvisabile un oggetto o una causa illecita.

Quanto all'oggetto, rappresentato dalla prestazione lavorativa, ciò deve senz'altro escludersi. Per quanto, riguarda la causa, l'indagine appare più delicata, essendo a sua volta definita l'illiceità anche come contrarietà a norme imperative (

art. 1343 c.c.

).

Come accennato, la Cassazione ha peraltro sempre ritenuto che per causa del contratto debba intendersi la funzione economico giuridica (Cass. 15 gennaio 1947, n. 32; 3 giugno 1967, n. 1216, id., Rep. 1967, voce Obbligazioni e contratti, n. 71; 11 gennaio 1973, n. 68, id., Rep. 1973, voce Impiegato dello Stato, n. 74), posta direttamente dalla norma per ciascun contratto tipico, e presente nei contratti atipici attraverso il limite della rispondenza concreta ad una delle funzioni astratte degne di tutela secondo l'ordinamento. Ha al riguardo precisato che anche per i contratti tipici è possibile l'illiceità della causa ove la funzione astrattamente assegnata al contratto dall'ordinamento venga meno nel contratto concretamente posto in essere.

D'altra parte, se per norma imperativa s'intendesse quella che detta la sanzione di nullità del rapporto di lavoro posto in essere in contrasto con essa, l'art. 2126 non potrebbe mai trovare applicazione nel caso di nullità del contratto.

Ne consegue che o l'illiceità della causa in subiecta materia deve ritenersi limitata alle altre due ipotesi tipiche di causa illecita individuate nell'

art. 1343 c.c.

(contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume), ovvero l'individuazione dell'imperatività delle norme ai fini che ne interessano deve esser fatta sulla base di parametri diversi da quello della sanzione di nullità.

La Corte costituzionale, riprendendo in indirizzo già tracciato dalla Cassazione (Cass., sez. un., 11 gennaio 1973, n. 63, id., 1973, I, 1085), si è recentemente pronunciata su tale argomento (sent. 19 giugno 1990, n. 296, id., 1991, I, 3016) affermando testualmente che «l'illiceità che, ai sensi dell'art. 2126, 1° comma, c.c., priva il lavoro prestato della tutela collegata al rapporto di lavoro, non può ravvisarsi nella violazione della mera ristretta legalità, ma nel contrasto con norme fondamentali e generali o con principî basilari pubblicistici dell'ordinamento». Nel caso di specie non può ritenersi violato nessun principio fondamentale perché il rapporto di lavoro temporaneo nello Stato è sempre stato previsto, anche se è stato assoggettato a precisi limiti temporali (da ultimo anche dalla l. 28 dicembre 1988 n. 554

).

E, riprendendo la citata sentenza della Corte costituzionale: «la violazione di un limite temporale dettato dalla legge per ragioni che non attengono a principî giuridici ed etici fondamentali dell'ordinamento non si riflette in un giudizio di illiceità della prestazione di lavoro».

L'adunanza plenaria condivide l'accennata impostazione, nella considerazione che è intenzione del legislatore tutelare le prestazioni esplicate effettivamente dal lavoratore, a meno che il contratto nullo, che ha reso di fatto possibili tali prestazioni, non urti, con la partecipazione di entrambi i contraenti, con indirizzi vitali per l'integrità dell'ordinamento.

Le stesse considerazioni possono essere svolte per l'ipotesi di cui all'

art. 1344 c.c.

, che estende l'illiceità della causa al caso in cui il contratto costituisca il mezzo per eludere l'applicazione di norme imperative.

Può aggiungersi che nel caso del negozio in frode alla legge le parti pongono in essere una dichiarazione negoziale effettivamente voluta da entrambe, al fine di eludere una norma imperativa. Nel caso che ne occupa, invece, le parti nulla hanno dichiarato, né risulta la volontà fraudolenta, avendo esse semplicemente posto in essere un rapporto di lavoro di fatto collegato ad esigenze reali, sia pure in violazione di un divieto assoluto.

Potrebbe al massimo ricadersi nel caso della simulazione (emergente dal pagamento delle prestazioni sulla base di fatture di quasi costante importo). Non ogni simulazione nasconde però un'ipotesi di frode alla legge.

Deve pertanto concludersi che nella fattispecie l'incarico attribuito dall'appellante si è risolto in un rapporto avente le caratteristiche del pubblico impiego; che tale rapporto è nullo in forza di quanto disposto dall'art. 12 d.l.c.p.s. 207/47; che alle prestazioni di fatto rese dalla Fargetta deve applicarsi l'

art. 2126 c.c.

, con tutte le conseguenze retributive e previdenziali connesse.

L'appello deve pertanto essere accolto nei limiti sopra descritti.

### **Riferimenti normativi:**

Data ultima modifica: 09/08/2021

Giudizio precedente: **Annulla Tar Liguria 18 maggio 1987, n. 324.**