

# REPUBBLICA ITALIANA

N. 4636/06 REG.DEC.

## IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 434 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ha pronunciato la seguente

ANNO 1996

### DECISIONE

sul ricorso in appello n. 434/1996 proposto dai sigg. Oliviero Mazzei, Marcello Lattante, Luigi Mazzeo ed Ernesto Castelluccio, rappresentati e difesi dagli avv.ti A. Foscarini e I. Zanchi, ed elettivamente domiciliati presso il primo in Roma, via della Balduina n. 120/2 int. 4; nonché, limitatamente agli ultimi tre appellanti, dagli avv.ti G. Massa ed A. Carone-Fabiani, elettivamente domiciliati presso quest'ultimo, in Roma, via S. Pellico n. 44;

### contro

il Comune di Lecce, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Silvio Piccinno elettivamente domiciliato in Roma presso lo studio dell'avv. Piero Rizzatti, via Monte Parioli n. 32;

### per la riforma

della sentenza del tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Lecce, Sez. 2° n. 821/1995, con la quale è stato accolto in parte il ricorso proposto dagli interessati.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellato Comune di Lecce con i relativi allegati, che ha proposto anche appello

incidentale;

Viste le memorie prodotte dalle parti ed i relativi allegati;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 7.3.2006, nominato relatore il Cons. Aniello Cerreto e udito l'avv. Rizzato per delega dell'avv. Picinno;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto quanto appresso.

### **FATTO e DIRITTO**

1. Con l'appellata sentenza, il T.A.R. Puglia, Lecce, sez. 2°, in relazione all'attività di ormeggiatore svolta dagli interessati presso la darsena di S. Cataldo dal 1°.7.1986 in poi, ha accolto il ricorso limitatamente al profilo economico e per il periodo ottobre-novembre 1986, ritenendo do non più configurabile un rapporto di lavoro subordinato nei confronti del comune di Lecce per il periodo successivo.

Avverso detta sentenza hanno proposto appello i ricorrenti originari deducendo quanto segue:

- insufficiente motivazione della sentenza, essendovi stata nella specie violazione delle leggi n. 1369/1960 e n. 230/1962;

in via subordinata, doveva essere loro attribuito il trattamento economico spettante per tutto il periodo lavorativo.

2. Costitutosi in giudizio, il comune ha chiesto il rigetto dell'appello e con appello incidentale ha impugnato la sentenza del TAR nella parte in cui era favorevole agli istanti, sostenendosi che il rapporto di lavoro era durato fino al settembre

1986 e non fino a novembre 1986 come erroneamente ritenuto dal TAR.

Con memoria conclusiva, gli interessati hanno chiesto l'accoglimento dell'appello.

Alla pubblica udienza del 7.3.2006, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

3. L'appello principale è infondato.

4. Non può accogliersi la pretesa fondamentale degli istanti tendente, sulla base delle leggi n. 1369/1960 e n. 230/1962, al riconoscimento di un rapporto d'impiego a tempo indeterminato nei confronti del comune di Lecce in relazione all'attività di ormeggiatori svolta presso la darsena S. Cataldo dal 1°.7.1986 in poi.

4.1. Per quanto concerne il primo aspetto, occorre tener presente che la questione dell'applicabilità o meno alle pubbliche amministrazioni del principio secondo cui, in caso di appalto di mere prestazioni di lavoro, i prestatori di lavoro vengono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze del soggetto che abbia utilizzato le loro prestazioni lavorative, ha dato luogo ad orientamenti divergenti, ritenendosi solo inizialmente la piena applicabilità dell'art. 1 L. n. 1369/1960 (V. le decisioni di questa Sezione n. 326 dell'8.5.1986, invocata dall'appellante, e n. 396 del 27.4.1990). Successivamente, tale applicabilità è stata limitata agli Enti pubblici economici o comunque in relazione alle attività imprenditoriali degli enti pubblici non economici (V. le decisioni

di questa Sezione n. 1499 del 30.10.1995 e n. 1034 del 8.7.1998). Peraltro, l'indirizzo più recente, cui si aderisce, è nel senso che detto principio di favore del lavoratore non può avere la stessa portata nei confronti del datore di lavoro privato e di quello pubblico, anche se in entrambi i casi interviene l'elusione di cogenti norme legislative. Si deve tener conto nel settore pubblico della regola del pubblico concorso di cui all'art. 97 Cost. (V. recentemente, con riferimento anche ai concorsi interni, Corte costituzionale n. 194 del 16.5.2002), a tutela non solo dell'interesse pubblico alla scelta dei migliori, mediante una selezione aperta alla partecipazione di coloro che siano in possesso dei prescritti requisiti, ma anche del diritto dei potenziali aspiranti a poter partecipare alla relativa selezione (V. le decisioni di questo Consiglio, A.P. n.2 del 29.2.1992; Sez. IV n. 4188 del 29.7.2000; Sez. V n. 1859 del 4.4.2002; sez. VI n. 2272 del 29.4.2002). La regola costituzionale del pubblico concorso viene poi concretamente salvaguardata con una serie di disposizioni legislative che espressamente comminano la nullità dell'assunzione effettuata senza osservanza delle prescritte procedure selettive e la responsabilità personale degli amministratori che vi hanno provveduto con riguardo sia alle Amministrazioni statali che alle altre amministrazioni pubbliche, compresi gli Enti locali (art. 3 D.P.R. 3.1.1957 n. 3; art.12 D. Leg. C.P.S. 4.4.1947 n. n.207; art. 5 L. 8.1.1979 n. 3; art.6 L. 20.3.1975 n. 70; art. 9 D.P.R. 20.12.1979 n. 761 ed art. 14 L. 20.5.1985 n.

207; art. 36 D. L.vo 3.2.1993 e successive modificazioni; art. 36 D. L.vo 30.3.2001 n. 165).

4.2. Per quanto concerne il secondo aspetto, il rapporto non può ritenersi trasformato a tempo indeterminato ai sensi dell'art. 2 L. 18.4.1962 n. 230.

Invero, la menzionata disposizione era inapplicabile agli enti locali, per i quali già all'epoca vigeva il principio di procedere alle relative assunzioni mediante pubblico concorso, con il divieto di assunzioni straordinarie oltre il periodo di 90 giorni, ai sensi dell'art. 5 D.L. 10.11.1978 n. 702, convertito dalla L. 8.1.1979 n. 3 (V. le decisioni di questa Sezione n. 5419 del 9.10.2002 e n. 5024 dell'8.9.2003).

5. Priva di pregio è anche la pretesa al conseguimento delle differenze retributive per tutta la durata dell'attività svolta.

Come rilevato dal TAR, a seguito delle determinazioni assunte con la delibera G.M. n. 2443 del 29.11.1986, l'attività svolta presso la darsena non è configurabile come prestazione di lavoro subordinato ma come servizio prestato in regime di appalto affidato prima alla società di fatto costituita dai medesimi interessati e poi alla Ditta Società nautica Venturi. Né gli interessati hanno specificamente contestato in appello le conclusioni cui è pervenuto il TAR sulla base della documentazione in atti.

6. Privo di fondamento è anche l'appello incidentale del Comune.

Il riconoscimento economico operato dal TAR si limita ai mesi di

ottobre e novembre 1986 ed il comune non fornisce elementi concreti di prova contraria.

7. Per quanto considerato vanno respinti sia l'appello principale che quello incidentale.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge sia l'appello principale che quello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 7 Marzo 2006 con l'intervento dei Signori:

Sergio Santoro	Presidente
Raffaele Carboni	Consigliere
Giuseppe Farina	Consigliere
Goffredo Zaccardi	Consigliere
Aniello Cerreto	Consigliere estensore

L'ESTENSORE

f.to Aniello Cerreto

IL PRESIDENTE

f.to Sergio Santoro

IL SEGRETARIO

f.to Francesco Cutrupi

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**Il 25 luglio 2006**

**(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)**

*p. Il Dirigente*

**f.to Livia Patroni Griffi**