

Civile Ord. Sez. L Num. 28330 Anno 2024

AULA B

Presidente: MAROTTA CATERINA

Relatore: ROLFI FEDERICO VINCENZO AMEDEO

Data pubblicazione: 04/11/2024

Oggetto: Lavoro pubblico
contrattualizzato -
Procedura concorsuale -
Ritardata assunzione -
Risarcimento danni -
Bando di concorso -
Clausola - Facoltà di
diniego di assunzione del
vincitore - Legittimità -
Esclusione

R.G.N. 13448/2019

Ud. 10/10/2024 CC

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 13448/2019 R.G. proposto

da

TEODOSIO DE BONIS, elettivamente domiciliato in ROMA P.ZA DELLA LIBERTA' 10, presso lo studio dell'avvocato BALAS GIAMPAOLO, rappresentato e difeso dall'avvocato DE BONIS GAETANO MICHELE MARIA

- ricorrente -

contro

COMUNE LAVELLO, in persona del Sindaco *pro tempore* ed elettivamente domiciliato in ROMA VIA LUIGI CAPUANA 140, presso lo

studio dell'avvocato DEGLI ALBIZI SERENA, rappresentato e difeso dall'avvocato BONITO OLIVA FRANCESCO

- controricorrente -

avverso la sentenza della, CORTE D'APPELLO POTENZA n. 190/2018 depositata il 18/10/2018.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del giorno 10/10/2024 dal Consigliere Dott. Federico Rolfi;

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza n. 190/2018, pubblicata in data 18 ottobre 2018, la Corte d'appello di Potenza, nella regolare costituzione dell'appellato COMUNE DI LAVELLO, ha respinto l'appello proposto da TEODOSIO DE BONIS avverso la sentenza del Tribunale di Potenza n. 514/2017, depositata in data 25 luglio 2017.

2. TEODOSIO DE BONIS aveva adito il Tribunale di Potenza, riferendo di essersi classificato primo nella graduatoria finale del concorso bandito dal COMUNE DI LAVELLO per l'assunzione a tempo indeterminato e parziale a 18 ore quale operatore di Polizia Municipale, categoria C1 ma che, dopo l'approvazione della graduatoria finale, nonostante i vari solleciti, il COMUNE non aveva provveduto all'assunzione.

Aveva quindi chiesto di condannare il COMUNE DI LAVELLO a procedere alla sua assunzione ed a risarcire i danni subiti da esso ricorrente.

3. Nel disattendere il gravame, la Corte territoriale, richiamati i principi dettati in materia da questa Corte, ha tuttavia rilevato che, nel caso in esame, il bando di concorso conteneva una clausola che riservava al COMUNE la facoltà di non procedere all'assunzione.

Ha pertanto concluso che il ricorrente, nel partecipare al concorso, aveva accettato la clausola medesima, senza peraltro neppure eccepirne la nullità.

La Corte ha rilevato ulteriormente che la mancata assunzione era da ricondursi a delibere con le quali il COMUNE DI LAVELLO aveva dato atto dell'assenza di risorse per dar corso all'assunzione, senza che tali delibere fossero state impugnate dal ricorrente in sede amministrativa.

4. Per la cassazione della sentenza della Corte d'appello di Potenza ricorre TEODOSIO DE BONIS.

Resiste con controricorso il COMUNE DI LAVELLO.

5. La trattazione del ricorso è stata fissata in camera di consiglio, a norma degli artt. 375, secondo comma, e 380-*bis*.1, c.p.c.

Il ricorrente ha depositato memoria.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è affidato a sei motivi.

1.1. Con il primo motivo il ricorso deduce, in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione o falsa applicazione degli artt. 1336, 1355, 1418, 1421 c.c.

Il ricorrente censura la decisione impugnata nella parte in cui quest'ultima ha ritenuto che la presenza, nel bando di concorso, di una clausola – la n. 14 – che consentiva al COMUNE di non procedere all'assunzione, rendesse legittima la condotta del COMUNE medesimo.

Richiamati i principi in tema di concorsi, il ricorrente deduce che con la partecipazione al concorso, l'offerta al pubblico in cui si sostanziava il bando medesimo non era più revocabile ex art. 1336 c.c. e che, in ogni caso, la clausola contenuta nel bando veniva ad integrare una condizione meramente potestativa, come tale nulla ex art. 1355 c.c.

1.2. Con il secondo motivo il ricorso deduce, in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione e falsa applicazione degli artt. 1175, 1176 ,1375, 1218 c.c.; 4, D.L. n. 101/2013 *"e del principio di assunzione prioritaria dei vincitori di concorso"*; 2907 c.c. *"in materia di tutela giurisdizionale dei diritti e del principio di parità tra pubblica amministrazione quale datore di lavoro privato e cittadino per gli atti incidenti su diritti soggettivi materia pubblico impiego contrattualizzato ex art 5 d.lgs. n.165/2001"*.

Impugnando la decisione della Corte d'appello di Potenza nella parte in cui quest'ultima ha richiamato le delibere con le quali il COMUNE DI LAVELLO aveva dato atto dell'assenza di risorse per dar corso all'assunzione, concludendo che tali delibere giustificavano la mancata assunzione, il ricorrente richiama il principio per cui il superamento di un concorso pubblico determina in capo all'Amministrazione che ha pubblicato il bando di concorso un obbligo di assunzione ex art. 1218 c.c.

Alla luce di tale principio, il ricorrente contesta che le delibere con le quali il COMUNE DI LAVELLO destinava diversamente le proprie risorse economiche abbiano integrato una vera e propria impossibilità della prestazione ai sensi dell'art. 1218 c.c.

Invocando sul punto l'art. 4, D.L. n. 101/2013 deduce che i vincoli di spesa nazionali in materia di personale dipendente degli Enti Locali, vigenti negli anni tra il 2014 ed il 2016, non impedivano in concreto le assunzioni a tempo indeterminato, ma imponevano al controricorrente di contenere le assunzioni di personale a tempo indeterminato e determinato entro il *budget* prestabilito, con priorità all'assunzione dei vincitori di concorso collocati nelle graduatorie vigenti ex art. 4 del D.L. n. 101/2013.

1.3. Con il terzo motivo il ricorso deduce, in relazione all'art. 360, nn. 1) e 3), c.p.c., la violazione e falsa applicazione degli artt. 63, D. Lgs. n. 165/2001 e 295 c.p.c., per avere la Corte territoriale affermato che sarebbe stato onere del ricorrente impugnare in sede amministrativa le delibere del COMUNE DI LAVELLO con le quali si dava atto dell'assenza di adeguate risorse economiche per procedere all'assunzione del ricorrente.

Argomenta, in particolare, il ricorso che, trattandosi di controversia tra privato e p.A. datore di lavoro, rientrava nei poteri della Corte territoriale quello di esaminare i provvedimenti al rapporto di lavoro contrattualizzato, nonché di disapplicare gli atti amministrativi presupposti.

1.4. Con il quarto motivo il ricorso deduce, in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione e falsa applicazione degli artt. 1418 e 1421 c.c.

Il ricorso censura la decisione impugnata per avere quest'ultima omesso di dichiarare la nullità dell'art. 14 del bando per violazione dell'art. 1355 c.c., nonostante la nullità fosse rilevabile d'ufficio ex art. 1421 c.c.

1.5. Con il quinto motivo il ricorso deduce, in relazione all'art. 360, n. 4, c.p.c., la *"nullità della sentenza impugnata per la violazione (...) degli artt. 101, 112, 345 c.p.c. e del principio del contraddittorio"*.

Deduce il ricorso che la Corte d'appello, dopo aver rilevato la nullità della clausola contenuta nel bando, avrebbe omesso di invitare le parti al contraddittorio sul punto, decidendo in autonomia, peraltro sulla base dell'assenza di adeguati elementi per quantificare il danno del ricorrente.

1.6. Con il sesto motivo il ricorso deduce, in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione e falsa applicazione dell'art.112 c.p.c. "*e del principio iura novit curia*".

Il ricorrente argomenta di avere censurato nel proprio atto di appello la legittimità – e quindi la validità della clausola – con la conseguenza che la Corte territoriale avrebbe omesso di correttamente qualificare la censura e quindi di pronunciarsi su di essa, dichiarando la nullità della clausola.

2. I motivi primo e quarto del ricorso devono essere esaminati congiuntamente, in quanto finalizzati a criticare la prima delle *rationes decidendi* che risultano individuabili nella decisione impugnata, ed in particolare l'affermazione per cui la presenza nel bando di concorso di una clausola del bando che riservava al COMUNE DI LAVELLO la possibilità di non procedere all'assunzione del vincitore verrebbe a giustificare la condotta del medesimo controricorrente, il quale, partecipando al concorso, avrebbe accettato la clausola stessa.

I due motivi sono fondati.

È la stessa decisione impugnata ad aver richiamato in via preliminare il principio, affermato da questa Corte (Cass. Sez. L, Sentenza n. 1399 del 20/01/2009; Cass. Sez. 6 - L, Ordinanza n. 9807 del 14/06/2012; Cass. Sez. L - Sentenza n. 8476 del 31/03/2017), per cui, in tema di concorsi nel pubblico impiego privatizzato, l'approvazione della graduatoria è, ad un tempo, provvedimento terminale del procedimento concorsuale e atto negoziale di individuazione del contraente, da ciò discendendo, per il partecipante collocatosi in posizione utile, il diritto all'assunzione e, per l'amministrazione che ha indetto il concorso, l'obbligo correlato, soggetto al regime di cui all'art. 1218 c.c., sicché, in caso di ritardata assunzione, spetta al vincitore del concorso il risarcimento del danno,

salvo che l'ente pubblico dimostri che il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione, derivante da causa ad esso non imputabile.

È parimenti vero che – come rammentato sempre dalla decisione impugnata – questa Corte ha chiarito che la responsabilità risarcitoria della p.A. per mancata tempestiva assunzione del lavoratore postula, ai fini dell'accertamento della colpa, l'esatta identificazione delle regole e dei principi che devono ispirare l'azione amministrativa, alla stregua di un giudizio che può essere sindacato in sede di legittimità per violazione di legge, qualora l'esclusione o l'affermazione della colpa sia il risultato di un'individuazione non corretta dei principi in questione, venendo in rilievo le regole giuridiche alla luce delle quali deve essere espressa la valutazione sull'illiceità dell'atto o della condotta (Cass. Sez. L - Sentenza n. 825 del 19/01/2021).

Nella specie, la decisione impugnata ha ritenuto che la ritardata assunzione da parte dell'odierno controricorrente trovasse giustificazione nella già menzionata clausola del bando di concorso ed ha escluso che alla fattispecie potesse trovare il principio enunciato da Cass. Sez. L, Sentenza n. 20735 del 01/10/2014, essendo quest'ultima decisione riferita all'ipotesi dell'apposizione di una "clausola di riserva" nell'atto di approvazione della graduatoria e non – come invece nel caso esaminato dalla Corte potentina – nello stesso bando di concorso, peraltro soggiungendo che una eventuale nullità della clausola non avrebbe potuto essere rilevata d'ufficio, a causa della "*generica deduzione del danno patrimoniale dedotto*".

Partendo da tale ultima affermazione, si deve rilevare che la non perspicua motivazione della decisione impugnata viene a sovrapporre profili nettamente distinti, quali sono, da un lato, la validità della

clausola di riserva apposta nel bando e, dall'altro lato, *an* e *quantum* del danno da ritardata assunzione.

È allora evidente che eventuali carenze in ordine a tale ultimo profilo non erano e non sono in grado di giustificare l'omesso rilievo d'ufficio di una clausola che la stessa decisione impugnata ammette – almeno ipoteticamente – essere nulla, atteso che la statuizione in ordine alla illegittimità della clausola – e del conseguente diniego o ritardo di assunzione – costituiva un *prius* logico-giuridico della domanda risarcitoria e si presentava comunque come distinto ed autonomo, trattandosi in ogni caso di verificare la legittimità della ritardata assunzione ed il diritto del ricorrente alla medesima, al di là della presenza o meno di un danno.

Risolto tale profilo, allora, si può affrontare direttamente il tema della validità o meno della clausola in questione, per rammentare, in primo luogo, il costante orientamento di questa Corte, la quale – al di là del precedente richiamato dalla decisione impugnata – ha affermato il principio per cui il potere di approvare la graduatoria finale è attribuito alla p.A. dal bando esclusivamente in funzione del controllo della regolarità e della verifica dell'esito della procedura, dovendosi ritenere inammissibile una clausola che condizioni l'assunzione alle successive determinazioni dell'ente circa la necessità di procedere all'assunzione medesima e del tutto inefficace, in assenza di un *contrarius actus*, la volontà dell'amministrazione di annullare o revocare il bando, in quanto l'autotutela risulta esercitata in carenza di potere e con atti, sotto il profilo sostanziale, affetti da nullità per difetto dell'elemento essenziale della forma e tali, quindi, da giustificare la disapplicazione da parte del giudice (Cass. Sez. U, Sentenza n. 23327 del 04/11/2009, ma si veda anche Cass. Sez. U, Sentenza n. 8951 del 16/04/2007).

Ritiene questa Corte che il distinguo operato dalla Corte territoriale tra clausole di riserva inserite nel bando e clausole di riserva inserite nel provvedimento di approvazione della graduatoria non assuma rilevanza e che i principi appena richiamati debbano trovare applicazione anche nell'ipotesi in cui la clausola di riserva sia inserita nel bando di concorso.

Si deve, infatti, osservare che l'affermazione della legittimità di tale clausola contenuta nella decisione impugnata non si viene, in primo luogo, a confrontare con la duplice natura giuridica - di provvedimento amministrativo, quale atto del procedimento di evidenza pubblica (del quale regola il successivo svolgimento) e di atto negoziale, in quanto proposta al pubblico sia pure condizionata all'espletamento della procedura concorsuale e all'approvazione della graduatoria - che questa Corte ha riconosciuto non solo all'atto di approvazione della graduatoria ma anche al bando di concorso per l'assunzione di nuovo personale (Cass. Sez. L, Sentenza n. 1399 del 20/01/2009), con la conseguente nullità di eventuali clausole "si voluero".

Tali clausole, infatti, si tradurrebbero nella possibilità per l'Amministrazione di operare - mediante un mero diniego all'assunzione o addirittura con una condotta esclusivamente omissiva - una revoca sostanziale del bando di concorso, con i contenuti sostanziali di un *contrarius actus*, ma senza il rispetto dei necessari requisiti formali, nonché di esercitare ulteriormente una forma sostanziale di autotutela in una situazione di carenza di potere, essendo ormai insorta, dopo l'approvazione della graduatoria, una vera e propria obbligazione di procedere all'assunzione del vincitore del concorso, salve le ipotesi in cui tutti gli esiti del concorso siano essere travolti da un rituale esercizio del potere di autotutela o per effetto

comunque di una rituale declaratoria di illegittimità della procedura nonché le ipotesi in cui l'omessa o ritardata assunzione sia giustificata da obiettivi fattori ostativi all'adempimento dell'obbligazione, come è avvenuto in alcuni casi oggetto di pronunce di questa Corte.

Evidente, allora, che in questo quadro risulta destituita di fondamento anche la tesi – sostenuta nella decisione impugnata – della tacita accettazione della clausola da parte del singolo candidato nel momento in cui venga a partecipare al concorso, atteso che tale ipotetica accettazione non varrebbe in ogni caso a consolidare l'esercizio illegittimo di una facoltà riconosciuta da una clausola da ritenersi affetta da nullità.

Si deve, in conclusione, ritenere che il diniego o ritardo dell'Amministrazione nel procedere all'assunzione del vincitore di una procedura concorsuale non possa trovare legittima giustificazione nella presenza, all'interno del bando, di una "clausola di riserva" che consenta alla stessa Amministrazione di non procedere comunque all'assunzione, dovendosi ritenere tale clausola nulla, in quanto tale da integrare una mera facoltà discrezionale di annullare o revocare il bando, tale da integrare un *contrarius actus* illegittimo – e come tale passibile di disapplicazione da parte del giudice ordinario – in quanto privo dei requisiti di forma ed integrante una forma di autotutela esercitata in carenza di potere, in virtù dell'insorgere del diritto del vincitore del concorso ad essere assunto, ormai regolato dal disposto di cui all'art. 1218 c.c.

3. Anche il secondo ed il terzo motivo del ricorso devono essere esaminati congiuntamente, in quanto finalizzati a criticare la seconda delle *rationes decidendi* della sentenza impugnata, costituita dall'affermazione per cui sarebbe stato onere dell'odierno ricorrente quello di impugnare in sede amministrativa le delibere del Comune che

davano atto dell'assenza di risorse per procedere all'assunzione, da ritenersi idonee a giustificare la condotta del COMUNE DI LAVELLO.

Anche in questo caso i due motivi sono da ritenersi fondati.

Giova rilevare, in primo luogo, che la decisione impugnata non ha svolto alcuna valutazione in fatto in ordine alla idoneità del profilo concernente i tetti di spesa a precludere l'assunzione dell'odierno ricorrente, limitandosi ad affermare che, in assenza di impugnazione in sede amministrativa delle delibere del COMUNE controricorrente, ogni ulteriore esame delle ragioni del ricorrente risultava precluso.

Tale affermazione, tuttavia, cozza direttamente con la regola di cui all'art. 63, comma 1, D. Lgs. n. 165/2001, avendo questa Corte già chiarito (Cass. Sez. U, Sentenza n. 23327 del 04/11/2009) che la procedura concorsuale termina con la compilazione della graduatoria finale e la sua approvazione, spettando allora alla giurisdizione ordinaria il sindacato, da esplicitare con la gamma dei poteri cognitori del giudice civile, sui comportamenti successivi, riconducibili alla fase di esecuzione, in senso lato, dell'atto amministrativo presupposto, da ciò derivando che il profilo della legittimità o meno delle delibere del controcorrente ben poteva essere affrontato e valutato dal giudice ordinario, eventualmente anche disapplicando l'atto amministrativo ove si fosse rilevato che lo stesso veniva a ledere la posizione di diritto soggettivo del vincitore di concorso.

Quanto al profilo, invocato dal controcorrente, dell'operatività del tetto di spesa di cui all'art. 1, comma 557, L. 196/2006, si deve rilevare che di tale profilo non è menzione nella decisione impugnata, dovendo quindi trovare applicazione il principio per cui, qualora siano prospettate questioni di cui non vi sia cenno nella sentenza impugnata, il ricorrente deve, a pena di inammissibilità della censura, non solo allegarne l'avvenuta loro deduzione dinanzi al giudice di merito ma, in

virtù del principio di autosufficienza, anche indicare in quale specifico atto del giudizio precedente ciò sia avvenuto, giacché i motivi di ricorso devono investire questioni già comprese nel *thema decidendum* del giudizio di appello, essendo preclusa alle parti, in sede di legittimità, la prospettazione di questioni o temi di contestazione nuovi, non trattati nella fase di merito né rilevabili di ufficio (Cass. Sez. 2 - Sentenza n. 20694 del 09/08/2018; ed anche Cass. Sez. 2 - Ordinanza n. 2193 del 30/01/2020; Cass. Sez. 2 - Sentenza n. 14477 del 06/06/2018; Cass. Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 15430 del 13/06/2018; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 23675 del 18/10/2013).

4. L'accoglimento dei primi quattro motivi di ricorso determina l'assorbimento degli ulteriori due motivi formulati dal ricorrente.

5. Conseguentemente, il ricorso va accolto in relazione ai motivi primo, secondo, terzo e quarto, assorbiti quinto e sesto e la decisione impugnata deve essere cassata con rinvio alla Corte d'appello di Potenza, in diversa composizione, la quale, nel conformarsi ai principi qui richiamati, provvederà a regolare le spese anche del presente giudizio di legittimità.

P. Q. M.

La Corte accoglie primo, secondo, terzo e quarto motivo di ricorso, assorbiti quinto e sesto ricorso, cassa l'impugnata sentenza e rinvia, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla Corte d'appello di Potenza, in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Sezione