

Corte di Cassazione, Sezione Lavoro civile

Ordinanza 25 novembre 2020, n. 26838

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. TRIA Lucia - Presidente

Dott. TORRICE Amelia - Consigliere

Dott. DI PAOLANTONIO Annalisa - Consigliere

Dott. MAROTTA Caterina - Consigliere

Dott. SPENA Francesca - rel. Consigliere

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 19162/2015 proposto da:

(OMISSIS), elettivamente domiciliato in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati (OMISSIS), (OMISSIS);

- ricorrente -

contro

COMUNE DI ██████████, in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in ██████████ presso lo studio dell'avvocato ██████████ rappresentato e difeso dall'avvocato ██████████;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 33/2015 della CORTE D'APPELLO di BRESCIA, depositata il 02/02/2015 R.G.N. 459/2014;

udita la relazione della causa svolta nella Camera di consiglio del 16/09/2020 dal Consigliere Dott. FRANCESCA SPENA;

il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Dott. CIMMINO Alessandro, ha depositato conclusioni scritte.

RILEVATO Che:

1. Con sentenza in data 2 febbraio 2015 n. 33 la Corte d'appello di Brescia confermava la sentenza del Tribunale della stessa sede, che aveva respinto la domanda proposta da [REDACTED], dipendente del Comune di [REDACTED] (in prosieguo: il COMUNE) inquadrato nella ex VII qualifica funzionale (poi D4), per l'accertamento del proprio diritto ad essere inquadrato dal gennaio 1998 come vice segretario comunale - ex VIII qualifica funzionale ed alla ricostruzione di carriera e per la condanna della amministrazione comunale ad immetterlo nel ruolo e nelle funzioni, al risarcimento del danno ed alla regolarizzazione contributiva.

2. Per quanto ancora in discussione, la Corte territoriale esponeva in fatto:

- che il COMUNE aveva bandito nell'anno 1997 un concorso pubblico per un posto di vice segretario comunale; dopo la approvazione della graduatoria, il [REDACTED] classificatosi secondo, aveva impugnato al TAR la Delib. con la quale era stata proclamata la vincitrice, Dottoressa [REDACTED].

- che nelle more il COMUNE approvava (Delib. n. 142 del 1999) il regolamento di organizzazione degli uffici e dei servizi, il quale prevedeva, all'articolo 5, che il vice segretario comunale fosse nominato dal Sindaco con proprio provvedimento, nell'ambito dei funzionari dell'VIII qualifica funzionale e dei dirigenti in servizio presso il COMUNE.

- che la vincitrice rinunciava alla assunzione ed il [REDACTED] chiedeva al COMUNE lo scorrimento della graduatoria, che l'ente rifiutava con due note.

- che il TAR, con sentenza divenuta definitiva (sentenza TAR BRESCIA n. 461/2004), in accoglimento del ricorso del [REDACTED], annullava la Delib. di nomina della Dottoressa [REDACTED], precisando, tuttavia, sotto il profilo dell'interesse ad agire, che il [REDACTED] aveva prestato acquiescenza sia al regolamento di organizzazione che al diniego di scorrimento della graduatoria sicché, in ragione del mutamento delle condizioni in virtù di provvedimenti non impugnati, era ravvisabile unicamente un suo interesse morale alla proclamazione come vincitore.

3. Tanto premesso in fatto, la Corte territoriale osservava che la mancata impugnazione del regolamento di organizzazione - che escludeva la assegnazione del posto di vicesegretario comunale tramite procedura concorsuale - nonché del diniego espresso sulle istanze di scorrimento impediva di configurare un diritto del [REDACTED] alla carica di vice segretario, come già emergeva dalla sentenza del TAR.

4. Era precluso, infatti, al giudice ordinario il sindacato, diretto ed in via principale, sul provvedimento di adozione del regolamento organizzativo, che sottraeva tale posizione alla assegnazione per concorso. La decisione di scorrimento della graduatoria era oggetto di discrezionalità amministrativa; comunque, pur a voler considerare un diritto alla assunzione per scorrimento della graduatoria, esso presupponeva, comunque, una decisione della amministrazione di coprire il posto, che, invece, non era più disponibile.

5. Ha proposto ricorso per la cassazione della sentenza [REDACTED] articolato in due motivi, cui il COMUNE ha opposto difese con controricorso.

6. Il PM ha depositato conclusioni scritte, chiedendo il rigetto del ricorso.

7. Il ricorrente ha depositato memoria.

CONSIDERATO Che:

1. Con il primo motivo il ricorrente ha denunciato - ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., n. 3 - violazione o falsa applicazione dell'articolo 1336 c.c., per avere la sentenza impugnata rigettato la domanda fondata sul passaggio in giudicato della sentenza del TAR di Brescia, che aveva annullato la graduatoria del concorso nella parte in cui la candidata ██████████ era stata individuata quale vincitrice.

2. Ha dedotto che per effetto dell'annullamento egli risultava vincitore del concorso con effetto dalla data di approvazione della graduatoria, nel dicembre 1997. La Delib. di modifica del regolamento degli uffici e dei servizi, sopravvenuta alla approvazione della graduatoria, non gli era pertanto opponibile. D'altra parte, tale Delib. si limitava ad individuare le modalita' di nomina del Vice segretario, senza intervenire sulla pianta organica sicche' il posto era vacante e disponibile; da ultimo, il COMUNE non aveva assunto alcun provvedimento diretto ad annullare o revocare la graduatoria del concorso, che aveva mantenuto perciò piena efficacia.

3. Essendo la sua posizione, all'esito del giudicato amministrativo, quella di vincitore del concorso era inconferente il richiamo, operato dalla sentenza, allo scorrimento della graduatoria.

4. Con la seconda critica il ricorrente ha dedotto - ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., n. 3 - violazione e falsa applicazione del Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 63, comma 1, censurando il decisum nella parte in cui il giudice dell'appello assumeva di non potere intervenire sul regolamento di organizzazione.

5. Ha dedotto: che il diniego della amministrazione alla richiesta di inquadramento costituiva atto di gestione del rapporto di lavoro; che il regolamento non sopprimeva la posizione di vicesegretario comunale, limitandosi a disporre diverse modalita' per la sua copertura; che eventuali provvedimenti amministrativi avrebbero potuto essere disapplicati dal giudice ordinario.

6. Il ricorso, i cui motivi possono essere esaminati congiuntamente per la loro connessione, e' fondato.

7. Preliminarmente la Corte rileva che l'annullamento della nomina del vincitore di un concorso per vizi riguardanti unicamente la sua valutazione, non implica la rinnovazione dell'intera procedura concorsuale, non incidendo l'illegittimita' consumata ne' sul bando ne' sugli atti successivi, per cui si

deve procedere alla nomina del secondo classificato (cfr. Cds Consiglio di Stato sez. V, 15/04/1991, n. 571). Invero, restando ferma la graduatoria, nella parte non annullata, il secondo classificato risulta, nei confronti della pubblica amministrazione, vincitore del concorso.

8. Tanto premesso, deve essere ribadito il consolidato orientamento di questa Corte secondo cui con l'approvazione della graduatoria finale del concorso si esaurisce l'ambito riservato al procedimento amministrativo ed all'attività autoritativa dell'Amministrazione e subentra una fase in cui i comportamenti della P.A. vanno ricondotti nell'alveo privatistico, espressione del potere negoziale dell'Amministrazione nella veste di datrice di lavoro sicché, come tali, essi sono da valutare alla stregua dei principi civilistici in materia di inadempimento delle obbligazioni (vedi, per tutte: Cass. SU 13 novembre 2019, n. 29463; Cass. SU 23 marzo 2017, n. 7483; Cass. SU 16 novembre 2017, n. 27197; Cass. sez. lav. 23 giugno 2020 n. 12368).

9. Del pari si è univocamente chiarito che con il superamento del concorso e l'approvazione della relativa graduatoria si consolida nel patrimonio dell'interessato una situazione giuridica individuale di diritto soggettivo, indipendentemente dalla nomina; nel pubblico impiego privatizzato il bando di concorso per l'assunzione di personale ha, infatti, duplice natura giuridica di provvedimento amministrativo e di atto negoziale (offerta al pubblico) vincolante nei confronti dei partecipanti al concorso (Cass. SU 13 dicembre 2017 n. 29916; Cass. SU 16 novembre 2017 n. 27197; Cass. sez. lav. 26 febbraio 2020 n. 4648; Cass. sez. lav. 01 ottobre 2014 n. 20735).

10. La sentenza impugnata non si è conformata ai principi qui ribaditi nella parte in cui ha richiamato l'istituto dello "scorrimento della graduatoria", discorrendo dell'interesse del candidato allo scorrimento, della sua qualificazione e delle conseguenze della mancata impugnazione del diniego della amministrazione allo scorrimento.

11. Come dedotto nel primo motivo di ricorso, nella fattispecie di causa non si trattava dello scorrimento della graduatoria, bensì della esecuzione del giudicato amministrativo, sopravvenuto alla rinuncia alla assunzione dell'originaria vincitrice, il cui dictum non è oggetto di contestazione e risulta dalla sentenza impugnata. È, infatti, pacifico che, in accoglimento del ricorso del ██████████ il TAR annullava, con sentenza passata in giudicato, la Delib. 18 dicembre 1997, n. 527, con la quale era stata nominata vincitrice del concorso la Dott. ██████████ per vizi inerenti alla sua valutazione (il punteggio della vincitrice era stato modificato dopo la apertura delle buste) e che il ██████████ figurava nella graduatoria approvata come secondo classificato. Per quanto sin qui esposto, dal giudicato derivava in capo al ██████████ un diritto alla assunzione, come vincitore del concorso sulla base della graduatoria approvata.

12. Resta ancora da verificare se sul diritto alla assunzione nascente dalla approvazione della graduatoria possa incidere, come fatto impeditivo o estintivo, la sopravvenuta approvazione del "regolamento di organizzazione degli uffici e dei servizi" del COMUNE obbligato.

13. Questa Corte ha già affermato, con orientamento che in questa sede si intende confermare, che il diritto soggettivo alla assunzione del vincitore di pubblico concorso per il reclutamento di personale in regime contrattualizzato e subordinato alla permanenza, all'atto del provvedimento di nomina, dell'assetto organizzativo degli uffici in forza del quale il bando è stato emesso sicché nel caso in cui detto assetto sia mutato a causa dello "jus superveniens", l'Amministrazione ha il potere-dovere di bloccare i provvedimenti dai quali possano derivare nuove assunzioni che non corrispondano più alle oggettive necessità di incremento del personale, quali valutate prima della modifica del quadro normativo, in base all'articolo 97 Cost. (Cassazione civile sez. lav., 15/12/2017, n. 30238 Cass. n. 12679/2016). Nelle fattispecie esaminate da questa Corte, tuttavia, il diniego di assunzione era determinato, rispettivamente, dalla sopravvenuta sottrazione all'ente pubblico, in via normativa, delle competenze per le quali erano state programmate le assunzioni (Cass. n. 12679/2016) e della limitazione del fabbisogno di personale per gli enti locali soggetti al c.d. patto di stabilità (Cass. n. 30238/2017).

14. Dal caso in cui lo ius superveniens incida sulla struttura organizzativa dell'ente pubblico - sopprimendo ovvero rendendo indisponibili alcune posizioni lavorative - va invece distinta l'ipotesi in cui dopo la approvazione della graduatoria del concorso per il reclutamento del personale intervenga una modifica organizzativa limitata alle modalità di nomina in una posizione lavorativa comunque esistente in organico e disponibile; in tal caso, tale modifica non può essere opposta a chi ha già acquisito il diritto alla assunzione, sulla base della graduatoria concorsuale approvata nel rispetto delle precedenti e legittime modalità di immissione in ruolo. Tanto più ciò vale nel passaggio da una selezione di natura concorsuale ad una modalità di nomina di tipo fiduciario, giacché il concorso svolto è di per sé garanzia di imparzialità e buon andamento, principi che vincolano le scelte del datore di lavoro pubblico alla pari degli obblighi di correttezza e buona fede.

15. Nella fattispecie di causa è pacifico che il nuovo regolamento di organizzazione degli uffici e dei servizi, all'articolo 5, non aveva soppresso il posto di vice-segretario comunale ma disposto che la nomina fosse effettuata dal sindaco (tra i dirigenti o i funzionari di VIII qualifica funzionale) in assenza di previa selezione concorsuale; non vi era, in altri termini, alcuna questione di esistenza e di disponibilità del posto messo a concorso.

16. In tale situazione la Corte territoriale ha erroneamente considerato opponibili al (OMISSIS) le nuove previsioni del regolamento di organizzazione: tanto il bando che la approvazione della graduatoria erano antecedenti a tali modifiche, che, dunque, non incidevano sul già maturato diritto del vincitore ad essere assunto.

17. Le valutazioni sin qui espresse non trovano ostacolo nelle motivazioni del giudicato amministrativo in ordine all'interesse ad agire del (OMISSIS) - laddove ha ritenuto sussistere un suo interesse esclusivamente "morale" ad essere nominato vincitore del concorso - giacché il giudicato in senso sostanziale si forma soltanto sulle pronunce a contenuto decisorio di merito, che statuiscono in ordine all'esistenza o meno delle posizioni giuridiche soggettive dedotte in lite e non sulle statuizioni di rito (cfr. Cassazione civile sez. lav., 16 settembre 2015, n. 18160; Cass. civ. 13 gennaio 2015, n. 341; Cass. civ. 11 maggio 2012, n. 7303; Cass. civ. 24 novembre 2004, n. 22212).

18. La sentenza impugnata deve essere pertanto cassata e la causa rinviata alla Corte d'Appello di Brescia in diversa composizione, che si adeguerà nella decisione ai principi di diritto sin qui enunciati.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso.

Cassa la sentenza impugnata e rinvia - anche per le spese - alla Corte d'Appello di Brescia in diversa composizione.