

**Cassazione Civile - Sezioni Unite, Sent. n. 23327 del 04.11.2009**

omissis

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con ricorso del 5 novembre 2002 D.D. si rivolgeva al Tribunale di Benevento, in funzione di giudice del lavoro, domandando che il Comune di C. in M. venisse condannato a costituire nei suoi confronti il rapporto di lavoro a tempo indeterminato per il posto di istruttore contabile, categoria "x.", prevista nel bando di concorso di cui alla Delib. della Giunta comunale in data 15 aprile 1999. Deduceva di avere partecipato alla procedura concorsuale per la copertura di tale posto risultando vincitore, ma il Comune non aveva proceduto all'assunzione in quanto con Delib. 13 gennaio 2001, aveva deliberato la soppressione del posto in pianta organica. Costitutosi il Comune, che resisteva alla pretesa, il Tribunale accoglieva la domanda e, previa disapplicazione della indicata delibera di soppressione del posto messo a concorso, condannava l'ente territoriale alla costituzione del rapporto di lavoro.
2. - Tale decisione veniva confermata dalla Corte d'appello di Napoli, che, con sentenza del 18 novembre 2005, respingeva il gravame interposto dal Comune. In particolare, i giudici di appello ritenevano, in via preliminare, la giurisdizione del giudice ordinario, così disattendendo la relativa eccezione dell'Amministrazione ribadita in appello, osservando che la controversia riguardava il diritto soggettivo del dipendente ad essere assunto a seguito dell'approvazione della graduatoria del concorso; nel merito, osservavano che la delibera di soppressione del posto era illegittima in quanto intervenuta dopo l'approvazione della graduatoria e senza che il bando fosse stato preventivamente revocato con un *contrarius actus*; nè all'assunzione del D. poteva ostare la mancanza di programmazione del fabbisogno ai sensi del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 6 del T.U. sul pubblico impiego, poiché l'obbligo di tale programmazione anche per gli enti locali era stato introdotto solo con il D.Lgs. n. 267 del 2000, non ancora vigente all'epoca di determinazione della pianta organica del Comune e di emanazione del bando di concorso in esame.
3. - Avverso questa sentenza il Comune propone ricorso per cassazione deducendo sei motivi di impugnazione. Il D. resiste con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Con i primi tre motivi il Comune ricorrente, denunciando in più profili la violazione del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, ripropone in questa sede la questione di giurisdizione.
 - 1.1. - In particolare, con il primo motivo si deduce che nella specie il potere di soppressione del posto messo a concorso era stato esercitato anteriormente all'approvazione della graduatoria finale; con il secondo motivo si sottolinea che, in base alla situazione verificatasi, non poteva configurarsi in capo al D. alcun diritto soggettivo, potendo egli soltanto ricorrere al giudice amministrativo per impugnare la determinazione comunale di soppressione del posto; con il terzo motivo si sostiene che il giudice ordinario non avrebbe potuto disapplicare tale determinazione, in quanto precedente alla conclusione della procedura concorsuale.
2. - I restanti motivi contengono censure relative al merito della decisione impugnata.
 - 2.1. - Con il quarto motivo, denunciandosi vizio di motivazione, si lamenta che la Corte d'appello, trascurando l'esame dei documenti ritualmente prodotti relativi alla specifica determinazione del Comune di sopprimere il posto, abbia finito per negare, in maniera illogica, che l'emanazione di plurimi provvedimenti - quali la previsione di non copertura del posto, la soppressione del medesimo e la determinazione di non procedere all'assunzione - abbia configurato in modo univoco



una volontà contraria a quella espressa con i bando per la copertura del posto; con il quinto motivo, denunciandosi "violazione e/o falsa applicazione della L. n. 449 del 1997, art. 39, del D.Lgs. n. 29 del 1993, art. 6, come modificato dal D.Lgs. n. 80 del 1998, della L. n. 488 del 1999, art. 20, del D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 91 t.u. del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 6 t.u..

Violazione dei principi in materia di annullamento e/o revoca dei provvedimenti della p.a. Violazione del R.D. n. 383 del 1934, art. 282. Incongruità della motivazione", si deduce che il Comune, non avendo proceduto alla determinazione del fabbisogno di personale, prevista anche per gli enti locali e non identificabile con la mera previsione della dotazione organica, non poteva procedere all'assunzione del D., per cui il medesimo ente aveva legittimamente proceduto all'annullamento e revoca del bando mediante l'adozione di provvedimenti incompatibili con la volontà di coprire il posto; con il sesto motivo, denunciandosi vizio di motivazione e violazione delle norme in materia di riduzione di spese, si lamenta che la sentenza impugnata abbia affermato in modo apodittico che la necessità del posto di ragioniere istruttore era dimostrata dal ricorso ad una convenzione esterna, senza considerare che, in realtà, il Comune si era limitato ad utilizzare per poche ore settimanali il ragioniere di un altro Comune, proprio nell'ambito di un'esigenza di contenimento delle spese per il personale.

3. - I motivi di ricorso vanno esaminati unitariamente, per la connessione tra le argomentazioni, che investono, in stretto collegamento, profili inerenti alla giurisdizione e profili di merito, così determinando l'opportunità della definizione, ad opera delle Sezioni unite, di tutte le questioni inerenti alla controversia.

4. - Il ricorso non può trovare accoglimento, per tutti i profili di censura prospettati.

4.1. - Va, in primo luogo, affermata la sussistenza della giurisdizione ordinaria sulla controversia relativa al dedotto inadempimento dell'obbligo di assunzione, con il rigetto delle censure inerenti alla giurisdizione sotto questo profilo.

4.2. - In presenza di controversie inerenti alla materia del lavoro subordinato contrattuale (assoggettato, cioè, allo statuto di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001), una questione di giurisdizione può porsi esclusivamente nel caso in cui risulti coinvolta un'attività autoritativa della p.a. (contrapposta all'attività non autoritativa prevista dalla L. n. 241 del 1990, art. 1, comma 1 - bis), siccome non esistono, nella materia, ambiti di giurisdizione esclusiva amministrativa (neppure con riguardo alle controversie inerenti alle procedure concorsuali di assunzione: cfr. Cass. sez. un., n. 6217 del 2005). Nel sistema del D.Lgs. n. 165 del 2001, sono certamente assegnati al diritto pubblico anche le procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, come chiaramente si evince dalla norma dettata dall'art. 63, comma 4, che, lasciando ferma la giurisdizione amministrativa sulle relative controversie, manifesta una portata non soltanto processuale, ma anche sostanziale, di riserva dell'assunzione all'area dei procedimenti di diritto pubblico ai sensi dell'art. 97 Cost.. Ma, secondo l'espressa previsione dell'art. 63, comma 1, in coerenza con la fonte contrattuale del rapporto di lavoro, risulta per nettamente configurabile il diritto soggettivo all'assunzione, e l'ipotesi va ravvisata sia nel caso di assunzioni non concorsuali, sia quando la pretesa si fonda sull'atto terminale del procedimento amministrativo.

La procedura concorsuale, infatti, termina con la compilazione della graduatoria finale e la sua approvazione, spettando allora alla giurisdizione ordinaria il sindacato, da esplicare con la gamma dei poteri cognitori del giudice civile, sui comportamenti successivi, riconducibili alla fase di esecuzione, in senso lato, dell'atto amministrativo presupposto (cfr. Cass. sez. un., n. 20126 del 2005).



4.3. - Nel caso di specie, l'insorgenza di una situazione di diritto soggettivo in conseguenza dell'espletamento della procedura concorsuale non è rimasta esclusa nella situazione di fatto accertata dalla sentenza impugnata.

4.3.1. - Il bando di concorso per l'assunzione al lavoro è diretto a dare attuazione alla decisione (di per sé non impegnativa nei confronti dei terzi) di far fronte al fabbisogno attuale di personale dipendente (con salvezza di ipotesi legislative particolari, a termini delle quali si possono bandire concorsi con riguardo a fabbisogni futuri). Il bando indica il contratto di lavoro che l'amministrazione intende concludere (in modo conforme alla delibera di indizione), nonché il tipo e le modalità della procedura, partecipando agli interessati l'intento di addivenire alle assunzioni. Pertanto, al bando va riconosciuta una natura giuridica duplice: di provvedimento amministrativo nella parte cui concreta un atto del procedimento di evidenza pubblica del quale regola il successivo svolgimento; ma anche di atto negoziale negli aspetti sostanziali, in quanto concreta proposta al pubblico, condizionata negli effetti all'espletamento del procedimento concorsuale e all'approvazione della graduatoria.

Di conseguenza, anche l'approvazione della graduatoria presenta questa duplicità di natura giuridica: provvedimento terminale del procedimento concorsuale e atto negoziale di individuazione del futuro contraente.

4.3.2. - Considerata come provvedimento amministrativo, deve escludersi che l'approvazione possa porsi in contraddizione con la delibera di indizione e con il bando (*lex specialis* del concorso), negando addirittura l'interesse pubblico primario perseguito con l'apertura del procedimento e trasformando il concorso indetto per la copertura di determinati posti, fuori dalle speciali ipotesi legislative cui si è fatto cenno, in mera verifica di idoneità professionale di personale da assumere solo in relazione a fabbisogni futuri e incerti. Il potere di approvare la graduatoria è conferito all'amministrazione dal bando esclusivamente in funzione del controllo della regolarità e della verifica dell'esito della procedura, sicché, per esempio, sarebbe inammissibile una clausola che condizioni l'assunzione, non già all'approvazione della graduatoria, ma alla successiva determinazione dell'ente circa la necessità dell'assunzione e al potere della p.a. di eliminare sostanzialmente gli effetti tipici del bando e del procedimento (cfr.

Cass. sez. un., n. 8951 del 2007).

4.3.3. - Neppure il diritto soggettivo all'assunzione potrebbe essere negato perché, nel caso di specie, come argomenta il Comune ricorrente, sarebbero stati esercitati poteri di autotutela, con eliminazione della procedura concorsuale o dei suoi effetti. In base all'accertamento di fatto compiuto dai giudici d'appello, non censurabile in questa sede, il Comune con atto del 17 marzo 2001 ebbe a procedere all'approvazione della graduatoria e a dichiarare il D. vincitore del concorso, comunicando però, contestualmente, di non poter procedere all'assunzione in considerazione della mancata previsione del posto nella delibera di programmazione triennale del fabbisogno di personale L. n. 449 del 1997, ex art. 39 e L. n. 267 del 2000, art. 91, e dell'avvenuta soppressione del posto con Delib.

13 gennaio 2001, art. 91. Ciò premesso, è certamente escluso che sia stato formalmente disposto l'annullamento di ufficio del provvedimento di approvazione della graduatoria, nè è consentito ritenere che sia stato esercitato il potere di revoca, attribuito dalla legge per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (vedi ora a L. n. 241 del 1990, art. 2 - *quinquies*).

Secondo le prospettazioni del Comune ricorrente, sarebbe intervenuta una decisione di revoca implicita negli atti precedenti all'approvazione della graduatoria; ma, così prospettata la questione, la Corte ritiene inutile ogni ulteriore approfondimento, siccome deve negarsi in radice che possa



efficacemente esercitarsi il potere di revoca, con eliminazione, sia pure ex nunc, del diritto soggettivo costituito dal provvedimento revocato, mediante un atto implicito in altri atti e senza i requisiti minimi di forma prescritti dalla legge. Invero, da tempo risalente costituisce ius reception il principio secondo cui, quando non sia soltanto viziata, ma manchi del tutto la forma prevista dalla legge per il provvedimento, non è riconoscibile in concreto l'esercizio di potere autoritativo (cfr., di recente, Cass. sez. un., n. 8951 del 2007; n. 13659 del 2006). All'affermazione di questo principio la giurisprudenza delle Sezioni unite è pervenuta rilevando che, nel quadro istituzionale e normativo disegnato dalla Costituzione repubblicana, la forte affermazione del principio di legalità dell'azione amministrativa conduce a considerare il potere pubblico esclusivamente in termini di esercizio tipico e formale. In particolare, è stato osservato che il mero comportamento materiale o l'emanazione di atti diversi implica mancanza del procedimento amministrativo previsto per l'esercizio di quel potere procedimento definito significativamente, in dottrina, come forma della funzione amministrativa - e, quindi, dell'indispensabile comparazione tra interesse pubblico e interesse privato, imposta dall'art. 97 Cost., mediante il precetto dell'imparzialità, che solo nello svolgersi del procedimento può realizzarsi (la mancanza del procedimento, quindi, non può essere assimilata all'ipotesi della semplice disfunzione procedimentale che rende illegittimo l'atto). Donde il consolidarsi del principio, coerente peraltro con il criterio comunitario della tutela dell'affidamento del privato, secondo il quale la mancanza (non il semplice vizio) della forma prescritta priva l'azione amministrativa del potere in concreto e la rende non suscettibile di produrre l'effetto di incidere sulla sfera giuridica del privato, siccome questi ha fatto legittimo affidamento sugli effetti conseguenti ad un atto formale della pubblica amministrazione. Deve perciò concludersi nel senso che alla volontà di annullare o revocare il bando, in assenza di un contrarius actus, non è consentito attribuire efficacia alcuna, risultando l'autotutela esercitata in carenza di potere e con atti, sotto il profilo sostanziale, affetti da nullità per difetto dell'elemento essenziale della forma, tali quindi da giustificare la disapplicazione da parte del giudice. Ne deriva che, nella specie, gli atti e i comportamenti anteriori all'approvazione della graduatoria, richiamati dal Comune ricorrente anche in questa sede, non hanno fatto venir meno la delibera con cui fu bandito il posto; né potrebbe riconoscersi un simile effetto, siccome conseguente ad una revoca successiva all'approvazione della graduatoria, alla determinazione dirigenziale, in data 17 marzo 2001, di non procedere all'assunzione, poiché tale atto, in parte qua, si configura come meramente ricognitivo di effetti derivanti dalle suddette precedenti delibere e non costituisce, di per sé, esercizio di un potere di autotutela, o di amministrazione attiva, inteso all'annullamento, o alla revoca, del bando di concorso.

4.3.4. - Mette conto rilevare, infine, che in mancanza di atti formali di annullamento o di revoca - precedenti o successivi all'approvazione della graduatoria - idonei a rendere non operativa la procedura concorsuale, è del tutto ininfluenza la sussistenza, o meno, degli asseriti vizi della delibera di indizione del concorso (quale l'assenza di programmazione del fabbisogno, non sostituibile, secondo il Comune, dalla mera previsione della dotazione organica); ed è parimenti ininfluenza la deduzione di ragioni, economiche o finanziarie giustificative, secondo l'ente, della mancata assunzione, poiché, secondo i principi generali, le difficoltà finanziarie non sono idonee, ex se, a produrre l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta (cfr. Cass. n. 1399 del 2009).

5. - In conclusione, non merita certi sur e la decisione impugnata che ha riconosciuto il diritto del D., legittimamente fatto valere dinanzi al giudice ordinario, ad essere assunto per effetto dell'approvazione della graduatoria e ad ottenere, perciò, la costituzione del rapporto di lavoro.



6. Il ricorso è dunque respinto, con la conseguente condanna del Comune ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, ai sensi dell'art. 385 c.p.c., con liquidazione come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte, a sezioni unite, dichiara la giurisdizione del giudice ordinario e rigetta il ricorso. Condanna il Comune ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, liquidate in euro duecento per esborsi e in Euro quattromila per onorari, oltre a spese generali, IVA e CPA come per legge.

Così deciso in Roma, il 20 ottobre 2009.

Depositato in Cancelleria il 4 novembre 2009