

13.1 GEN. 2020

/2316/20

AULA
ESSENTE REGISTRAZIONE ESSENTE NOTTE ESSENTE DIRITTO



LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE Oggetto

SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- Dott. GIUSEPPE NAPOLETANO - Presidente -
- Dott. LUCIA TRIA - Consigliere -
- Dott. ANNALISA DI PAOLANTONIO - Rel. Consigliere -
- Dott. FRANCESCA SPENA - Consigliere -
- Dott. ROBERTO BELLE' - Consigliere -

Impiego pubblico
Scorrimento graduatoria
Nullità ex art. 91, comma 4, d.lgs n. 276/2000
Risarcimento danni

R.G.N. 11535/2014

Cron. 2316

ha pronunciato la seguente

Rep.

ORDINANZA

Ud. 18/12/2019

sul ricorso 11535-2014 proposto da:

CC

(omissis) , elettivamente

domiciliata in (omissis)

(omissis) , presso lo studio dell'avvocato (omissis)

(omissis) , rappresentata e difesa

dall'avvocato (omissis) ;

- **ricorrente** -

contro

2019

COMUNE DI PESCARA, in persona del Sindaco

4184

pro tempore, elettivamente domiciliato in

ROMA, LARGO TRIONFALE n. 7, presso lo

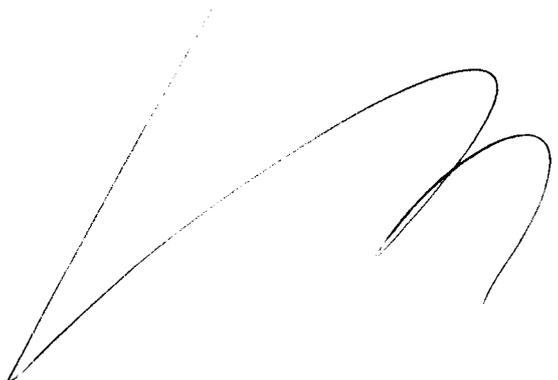
studio dell'avvocato (omissis) ,

rappresentato e difeso dall'avvocato
(omissis) ;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 1487/2013 della
CORTE D'APPELLO di L'AQUILA, depositata il
30/12/2013 R.G.N. 1487/2012.

7

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several sweeping, interconnected loops and a long diagonal stroke extending upwards and to the left.

RILEVATO CHE

1. la Corte d'Appello di L'Aquila ha respinto l'appello di (omissis) avverso la sentenza del Tribunale di Pescara che aveva rigettato il ricorso proposto nei confronti del Comune di Pescara, volto ad ottenere, in via principale, l'accertamento della validità ed efficacia del contratto di lavoro stipulato *inter partes* in data 10 giugno 2009 e la conseguente condanna dell'ente municipale ad assumere tutti i provvedimenti conseguenti ed a corrispondere le retribuzioni e le indennità maturate con decorrenza dal 15 giugno 2009 o, in via subordinata, a risarcire, «per responsabilità contrattuale e/o precontrattuale e/o aquiliana», i danni derivati dalla perdita del posto di lavoro a tempo indeterminato presso la società (omissis) e gli ulteriori pregiudizi;
2. la Corte territoriale ha premesso in punto di fatto che la (omissis), posizionatasi al 12° posto nella graduatoria finale approvata il 12 maggio 2005 del concorso pubblico per la copertura di n. 2 posti di istruttore amministrativo, era stata convocata dal Comune di Pescara per la sottoscrizione del contratto di lavoro, avvenuta il 10 giugno 2009, in quanto l'ente, con delibere adottate il 25 ed il 26 maggio, aveva rimodulato il piano occupazionale per l'anno 2009 e stabilito di coprire 15 posizioni, appartenenti al profilo e alla categoria di interesse, ricorrendo, per quelle non riservate alle progressioni verticali, all'istituto dello scorrimento della graduatoria;
3. a distanza di soli due giorni dalla stipula, l'amministrazione comunale aveva comunicato all'appellante che il contratto doveva ritenersi privo di effetti perché invalido, ma la comunicazione era intervenuta quando già la (omissis) si era dimessa dal posto di lavoro in precedenza occupato presso la (omissis) s.p.a., che non aveva accettato la revoca delle dimissioni, in quanto la cessazione del rapporto era già stata comunicata al Centro per l'impiego;
4. la Corte territoriale ha ritenuto che il contratto del 10 giugno 2009 fosse affetto da nullità, perché stipulato in violazione del divieto posto dall'art. 91 del d.lgs. n. 267/2000, che impedisce di utilizzare lo strumento dello scorrimento della graduatoria per la copertura di posti di nuova istituzione;
5. il giudice d'appello ha rilevato che, al fine di verificare se una posizione debba considerarsi nuova rispetto alla dotazione organica precedente, occorre accertare se esista una differenza positiva o negativa tra le posizioni cui s'intende dare copertura e le cessazioni dal servizio intervenute per la categoria ed il profilo professionale di appartenenza dei soggetti inclusi nella graduatoria utilizzabile;
6. sulla base di detta premessa e all'esito dell'esame degli atti deliberativi, la Corte territoriale ha ritenuto condivisibili le conclusioni alle quali era già pervenuto il Tribunale, perché, a fronte della cessazione dal servizio di otto istruttori amministrativi, era stata deliberata la copertura, da effettuarsi con diverse modalità, di quindici posizioni del



medesimo profilo e pertanto almeno sette di queste dovevano essere ritenute nuove, ai fini dell'applicabilità del richiamato divieto, perché eccedenti la precedente dotazione organica e perché lo stesso ente municipale aveva precisato nell'atto deliberativo che si rendeva necessaria una revisione degli assetti organizzativi, da attuarsi integrando il piano di fabbisogno del personale con l'acquisizione di nuove o diverse figure professionali;

7. la Corte aquilana ha aggiunto che, sebbene si potesse ritenere assorbito il secondo motivo di gravame con il quale la sentenza del Tribunale era stata censurata anche nella parte in cui aveva ritenuto non più efficace la graduatoria, tuttavia era opportuno rilevare che la graduatoria in questione, approvata il 12 maggio 2005, non poteva rientrare fra quelle prorogate ai sensi dell'art. 1, comma 100, della legge n. 311/2004 e delle norme successive, perché la proroga non poteva riferirsi a graduatorie non ancora formate;

8. infine il giudice d'appello ha ritenuto infondata anche la domanda subordinata di risarcimento del danno, proposta dalla (omissis) per avere confidato senza colpa nella validità del contratto e per essere stata indotta a dimettersi da altra occupazione, ed ha evidenziato che l'appellante non aveva provato né la colpa dell'amministrazione comunale né che il pregiudizio subito fosse conseguenza della condotta tenuta dall'ente, perché, al contrario, la vicenda presentava «nel suo complesso svariati dati disarmonici che avrebbero dovuto indurre a sospetto circa la regolarità dell'assunzione.....e che avrebbero dovuto consigliare cautela»;

9. ha aggiunto la Corte che già il 12 giugno 2009 era stato recapitato il telegramma con il quale il Comune rappresentava l'invalidità del contratto e ciò nonostante la (omissis) non si era immediatamente attivata per porre nel nulla gli effetti delle affrettate dimissioni dalla (omissis), tanto che la revoca non era stata accettata sul rilievo che era già trascorso il termine utile per la comunicazione della cessazione del rapporto al Centro per l'impiego;

10. per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso (omissis) sulla base di tre motivi, ai quali il Comune di Pescara ha resistito con tempestivo controricorso.

CONSIDERATO CHE

1. con il primo motivo, formulato ai sensi dell'art. 360 nn. 3 e 5 cod. proc. civ., la ricorrente denuncia violazione e/o falsa applicazione dell'art. 91, comma 4, del d.lgs. n. 267/2000 e dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale nonché omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio, perché ha errato la Corte territoriale nel valorizzare solo il numero degli istruttori amministrativi cessati dal servizio, dovendo l'accertamento riguardare la dotazione organica dell'ente, nella quale potevano esserci ulteriori posti vacanti;



1.1. la ricorrente aggiunge che l'accertamento non poteva essere limitato alla data del 31/12/2007, ma doveva tener conto anche delle cessazioni verificatesi sino al giugno 2009, alle quali aveva fatto riferimento il Direttore Generale del Comune di Pescara nella nota del 29/5/2009, erroneamente non valorizzata dalla Corte;

1.2. infine la (omissis) sostiene che, poiché almeno otto posizioni erano preesistenti, non poteva operare il divieto previsto dall'art. 91 del d.lgs. n. 267/2000 giacché la delibera non precisava quali fossero i posti da coprire mediante progressioni verticali e quali quelli da destinare allo scorrimento della graduatoria che, quindi, andava riferito alle posizioni preesistenti;

2. la seconda censura addebitata alla Corte territoriale la «violazione e/o falsa applicazione degli artt. 10, 11 e 12 delle disposizioni sulla legge in generale, dell'art. 1, comma 100, della legge n. 311/2004 (finanziaria 2005), dell'art. 5 del d.l. n. 207 del 30/12/2008 nonché delle norme generali in materia di proroga della validità delle graduatorie»;

2.1. la ricorrente evidenzia che la graduatoria approvata nel maggio 2005 rientrava nelle proroghe previste dalle norme richiamate nella rubrica e, comunque, non poteva neppure essere ritenuta scaduta perché ai sensi dell'art. 1, comma 557 della legge n. 296/2006 il termine, rimasto sospeso, riprendeva a decorrere dal 1° gennaio 2007;

3. con il terzo motivo la ricorrente si duole della «violazione e/o falsa applicazione dei principi generali di correttezza di buona fede nelle trattative precontrattuali e delle relative responsabilità: in particolare violazione e falsa applicazione degli artt. 1337, 1338 e 2043 e seguenti c.c.» e sostiene che doveva essere riconosciuto il diritto al risarcimento del danno perché le dimissioni dal rapporto di lavoro instaurato a tempo indeterminato con altro soggetto erano state rassegnate facendo affidamento sulla validità del contratto stipulato con il Comune;

3.1. aggiunge la (omissis) che nessuna colpa poteva esserle addebitata in quanto il bando prevedeva che nei 30 giorni successivi all'assunzione il dipendente dovesse dichiarare di non avere in atto altri rapporti di lavoro;

3.2. inoltre la ricorrente, che aveva invano cercato di revocare le dimissioni una volta avuta notizia della pretesa invalidità del contratto, non era nelle condizioni di conoscere i presupposti di fatto necessari ai fini dell'assunzione e pertanto non poteva essere esclusa la responsabilità del Comune, il quale aveva dato causa alla nullità del negozio tenendo un comportamento quantomeno colposo e violando i canoni generali di correttezza e buona fede;

4. è infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dalla difesa del controricorrente, perché da tempo le Sezioni Unite di questa Corte hanno chiarito che il fatto che un singolo motivo di ricorso sia articolato in più profili di doglianza, ciascuno dei quali avrebbe potuto essere prospettato come autonoma censura, non costituisce di per sé ragione di inammissibilità dell'impugnazione, qualora la formulazione permetta di cogliere con chiarezza le critiche formulate e ne consenta l'esame separato (Cass. S.U. n.



9100/2015), evenienza, questa, che ricorre nella fattispecie in quanto la (omissis) , pur dolendosi contestualmente della violazione dell'art. 91, comma 4, del d.lgs. n. 267/2000 e dell'errata valutazione delle risultanze processuali, indica con chiarezza le ragioni per le quali la Corte territoriale ha errato nel ritenere operante il divieto posto dalla disposizione richiamata, lì dove afferma che, sulla base della stessa ricostruzione fattuale contenuta nella sentenza impugnata, il posto assegnato mediante scorrimento della graduatoria non poteva essere ritenuto di nuova istituzione (pag. 32 del ricorso);

4.1. occorre rammentare al riguardo che il vizio di violazione di norme di diritto consiste nella deduzione di un'erronea ricognizione, da parte del provvedimento impugnato, della fattispecie normativa astratta e, quindi, implica necessariamente un problema interpretativo della stessa; viceversa, l'allegazione di una errata ricostruzione della fattispecie concreta a mezzo delle risultanze di causa è esterna all'esatta interpretazione della norma ed inerisce alla tipica valutazione del giudice di merito: il discrimine tra l'una e l'altra ipotesi è segnato dal fatto che solo quest'ultima censura, e non anche la prima, è mediata dalla contestata valutazione delle risultanze di causa (Cass. n.7394/2010; Cass. n. 195/2016; Cass. n. 24155/2017; Cass. n. 24054/2017);

4.2. sviluppando il richiamato principio è stato evidenziato che il vizio di cui al n. 3 dell'art. 360 cod. proc. civ. comprende anche la falsa applicazione della norma, ossia il vizio di sussunzione del fatto, che "consiste o nell'assumere la fattispecie concreta giudicata sotto una norma che non le si addice, perché la fattispecie astratta da essa prevista - pur rettamente individuata e interpretata - non è idonea a regolarla, o nel trarre dalla norma in relazione alla fattispecie concreta conseguenze giuridiche che contraddicano la pur corretta sua interpretazione" (Cass. 26.9.2005 n. 18782 e Cass. 23.9.2016 n. 18715);

4.3. in tal caso la Corte di legittimità non è chiamata ad esprimere un giudizio di fatto ed a sostituire la propria valutazione delle risultanze processuali a quella effettuata dal giudice del merito, perché ciò che le si chiede è un giudizio di valore sulla correttezza o meno della sussunzione della fattispecie concreta, così come accertata nella sentenza gravata, nella norma giuridica della quale si contesta l'applicazione;

4.4. sulla base dei richiamati principi deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità del primo motivo di ricorso, che pone una questione di diritto inerente l'interpretazione dell'art. 91, comma 4, del d.lgs. n. 267/2000 lì dove contesta che il divieto possa operare, in modo assoluto ed in relazione a tutti i posti disponibili, qualora, deliberato un aumento della dotazione organica, l'ente debba procedere alla copertura della vacanza complessiva, che solo in parte sia conseguenza del deliberato aumento;

5. la censura è fondata, perché le conclusioni alle quali la Corte territoriale è pervenuta si pongono in contrasto con i principi affermati dalla giurisprudenza amministrativa, che ha ravvisato nello scorrimento della graduatoria una modalità ordinaria e prioritaria di reclutamento del personale, e finiscono per prospettare un'interpretazione dell'art. 91,



comma 4, del d.lgs. n. 267/2000 che amplia l'ambito di operatività del divieto, superando il tenore letterale della norma e finendo per mortificare proprio quelle esigenze di trasparenza e di imparzialità che la disposizione mira a tutelare;

5.1. quanto al primo aspetto, occorre sottolineare che le ragioni per le quali si deve ritenere che nella scelta fra l'indizione di un nuovo concorso e lo scorrimento di una graduatoria preesistente debba prevalere, nella normalità dei casi e salvo eccezioni, quest'ultima modalità di reclutamento sono state compiutamente indicate dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 14 del 2011 che, anche alla luce dell'evoluzione del quadro normativo, ha posto in risalto come la tendenziale preferenza per lo scorrimento risulti giustificata da una pluralità di ragioni, in quanto: consente di contenere i costi delle procedure selettive; permette di coprire tempestivamente la vacanza, assicurando l'efficienza dell'amministrazione; tutela la legittima aspettativa dei soggetti utilmente collocati nella graduatoria ancora efficace; garantisce trasparenza ed imparzialità, che sarebbero, invece, mortificate qualora si rimettesse alla discrezionalità insindacabile dell'ente la scelta fra le diverse forme di reclutamento;

5.2. fermo, quindi, il criterio preferenziale, il giudice amministrativo ha sottolineato che la prevalenza non è assoluta ed incondizionata, perché la stessa è recessiva innanzitutto rispetto a divieti posti dal legislatore, quale è quello fissato dall'art. 91 del d.lgs. n. 276/2000, nonché in presenza di disposizioni che impongano di bandire, con una cadenza temporale predeterminata, nuove procedure concorsuali;

5.3. inoltre l'indizione del concorso è necessaria qualora si debbano reperire professionalità che abbiano connotati di diversità rispetto a quelle selezionate con la precedente procedura, oppure nell'ipotesi in cui *medio tempore* intervengano modifiche relative ai requisiti richiesti per l'accesso alla procedura o per l'esercizio dell'attività o, infine, se, attraverso la nuova procedura, si persegua anche l'obiettivo della stabilizzazione del personale precario;

5.4. più in generale alla pubblica amministrazione non è impedito di bandire un nuovo concorso ma, poiché questa forma di reclutamento costituisce un'eccezione rispetto a quella prioritaria, occorre che attraverso «un'apposita e approfondita motivazione» la stessa «dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico»;

6. l'interpretazione dell'art. 91, comma 4, del d.lgs. n. 267/2000 va condotta alla luce dei principi sopra richiamati, che questa Corte ha già condiviso e fatto propri in precedenti pronunce (cfr. Cass. nn. 280 e 10244 del 2016);

6.1. non vi è dubbio che la norma, nel prevedere il divieto di scorrimento «per i posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso medesimo», sia finalizzata a garantire imparzialità e trasparenza dell'azione della pubblica amministrazione e ad evitare che le scelte dell'ente, quanto alla programmazione del fabbisogno di personale ed alla individuazione della modalità di reclutamento, possano

essere condizionate dal fatto che siano noti i nominativi dei soggetti collocati in posizione utile nella graduatoria già formata;

6.2. il legislatore ha, quindi, voluto impedire alle amministrazioni di costituire posizioni di lavoro "ad hoc" al solo fine di assumere soggetti "graditi", risultati idonei, ma non vincitori, all'esito della procedura concorsuale;

6.3. il divieto, peraltro, resta circoscritto alle posizioni di nuova istituzione e non può essere esteso, nei casi di aumento della complessiva dotazione organica, anche a quelle posizioni vacanti già previste nei precedenti atti di programmazione del fabbisogno del personale, perché, se si consentisse l'estensione e si facesse venir meno il criterio preferenziale per tutte le posizioni, si finirebbe, oltre che per mortificare senza giustificazione le legittime aspettative dei soggetti utilmente collocati in graduatoria, per compromettere le esigenze di imparzialità e di trasparenza, in quanto l'ente, che già conosce i nominativi degli aspiranti all'assunzione mediante scorrimento, potrebbe essere indotto a deliberare l'aumento al solo fine di fare scattare il divieto, in questo caso per non assumere candidati "sgraditi" all'amministrazione;

6.4. della norma, pertanto, non può essere fornita l'interpretazione estensiva accolta dalla sentenza impugnata, che ha ritenuto di doverne fare applicazione, come evidenziato al punto 6 dello storico di lite, per il solo fatto che a fronte della cessazione dal servizio di otto istruttori amministrativi era stata deliberata la copertura di quindici posizioni del medesimo profilo;

6.5. il giudice d'appello non ha considerato che, almeno in parte, le posizioni da coprire non potevano essere ritenute di nuova istituzione e pertanto ben poteva l'amministrazione, in ragione del deliberato aumento, prevedere modalità diverse di reclutamento, che tenessero anche conto del criterio preferenziale indicato dall'Adunanza Plenaria, criterio che, per quanto sopra detto, nell'ipotesi di aumento della dotazione organica è recessivo solo rispetto ai posti di nuova istituzione non già in relazione a quelli già in precedenza disponibili;

6.6. la Corte territoriale ha ritenuto nullo il contratto di impiego per contrasto con norma imperativa valorizzando circostanze fattuali che, per come rappresentate nella sentenza gravata, non sono sufficienti a far sussumere la fattispecie nel tipo vietato, perché dalle stesse non si può desumere che al momento della conclusione del contratto la posizione lavorativa assegnata per scorrimento della graduatoria alla (omissis) fosse "di nuova istituzione" e non fosse, invece, una di quelle vacanti a seguito delle cessazioni del servizio, delle quali lo stesso giudice d'appello ha dato atto;

7. il primo motivo di ricorso è, pertanto, fondato e va accolto, con la conseguenza che occorre scrutinare la seconda critica, con la quale la sentenza gravata è stata censurata nella parte in cui ha ritenuto che la graduatoria, approvata il 12 maggio 2005, non fosse più efficace alla data di adozione della delibera di scorrimento;



7.1. anche detto motivo è fondato perché l'interpretazione dell'art. 1 comma 100 della legge n. 311/2004 fatta propria dalla Corte territoriale non è condivisibile, in quanto non considera la successiva evoluzione della normativa e si pone in contrasto con la *ratio* della stessa, nel momento in cui restringe il "beneficio" ai soli soggetti utilmente collocatisi nelle graduatorie approvate in epoca antecedente la data di entrata in vigore della legge;

7.2. la norma che viene in rilievo dispone che « i termini di validità delle graduatorie per le assunzioni di personale presso le amministrazioni pubbliche che per gli anni 2005, 2006 e 2007 sono soggette a limitazioni delle assunzioni sono prorogati di un triennio»;

7.3. è poi intervenuto l'art. 1, comma 536, della legge n. 296/2006, con il quale è stato previsto che «il termine di validità di cui all'articolo 1, comma 100, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, è prorogato al 31 dicembre 2008», ed al quale ha fatto seguito l'art. 5, comma 1, del d.l. n. 207/2008, convertito in legge n. 14/2009, secondo cui «il termine di cui all'articolo 1, comma 100, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, è prorogato al 31 dicembre 2010 e si applica alle graduatorie per le assunzioni a tempo indeterminato approvate successivamente al 1° gennaio 1999 relative alle amministrazioni pubbliche soggette a limitazioni delle assunzioni»;

7.4. l'art. 17, comma 19, del d.l. n. 78 del 1° luglio 2009, convertito dalla legge n. 102 del 2009, ha previsto che «l'efficacia delle graduatorie dei concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato, relative alle amministrazioni pubbliche soggette a limitazioni delle assunzioni, approvate successivamente al 30 settembre 2003, è prorogata fino al 31 dicembre 2010» e quest'ultimo termine è stato differito al 31 marzo 2011 dall'art. 1, comma 1, del d.l. n. 225 del 2010, convertito dalla legge n. 10/2011;

7.5. con le disposizioni sopra richiamate il legislatore ha inteso, evidentemente, prorogare, dapprima di un triennio e poi sino alle date espressamente indicate, non solo le graduatorie che risultavano già approvate al momento dell'entrata in vigore della legge n. 311/2004, ma anche quelle relative alle procedure concorsuali in corso a quella data, perché rispetto a queste ultime si poneva la medesima esigenza di salvaguardare la posizione degli aspiranti all'assunzione i quali non avrebbero potuto concludere il contratto per effetto delle limitazioni poste all'instaurazione di nuovi rapporti di lavoro da norme sopravvenute all'indizione delle procedure;

7.6. ed infatti in tal senso è chiaro l'art. 5 del d.l. n. 207/2008, con il quale il legislatore ha precisato che il differimento avrebbe interessato le "graduatorie per le assunzioni a tempo indeterminato approvate successivamente al 1° gennaio 1999";

7.7. d'altro canto una differenziazione, quanto ai termini di scadenza, delle graduatorie approvate prima e dopo l'entrata in vigore della legge n. 311/2004, con esclusione dalla proroga di quelle più recenti, non avrebbe alcuna razionale giustificazione, posto che la disposizione tutela esigenze che si pongono nella stessa misura in entrambi i casi e mira a consentire alle Pubbliche Amministrazioni di utilizzare i risultati delle operazioni



concorsuali già espletate una volta venuti meno i vincoli posti all'assunzione, salvaguardando non solo le aspettative degli aspiranti, ma anche l'efficienza delle amministrazioni stesse che, altrimenti, sarebbero state tenute a ripetere operazioni già effettuate, con evidente dispendio di risorse economiche e di tempo;

8. né si può sostenere l'inapplicabilità delle norme sopra citate alle amministrazioni che, avendo rispettato il patto di stabilità, potevano legittimamente procedere a nuove assunzioni;

8.1. l'argomento è già stato esaminato e disatteso dalla giurisprudenza amministrativa (C.d.S. n. 4770/2012) che ha rilevato come anche il rispetto del patto implichi una limitazione delle facoltà dell'ente, tenuto all'osservanza dell'obiettivo della riduzione della spesa per il personale, obiettivo realizzato «tipicamente attraverso una reintegrazione solo parziale delle unità cessate dal servizio»;

8.2. a detto orientamento il Collegio intende prestare adesione perché il legislatore non ha circoscritto la proroga alle sole amministrazioni alle quali era stato imposto un "divieto" di assunzioni ma ha fatto significativo riferimento alle "limitazioni", che vanno ravvisate anche nei vincoli finanziari imposti dalle norme che disciplinano il cosiddetto patto di stabilità (Cass. n. 30238/2017);

9. pur a fronte della ritenuta fondatezza dei primi due motivi di ricorso, il Collegio ritiene di dovere affrontare anche la questione prospettata dal terzo motivo, che non può essere ritenuta senz'altro assorbita, giacché la Corte territoriale dovrà condurre un nuovo accertamento in ordine alla novità o meno della posizione lavorativa conferita alla (omissis) che, in ipotesi, potrebbe concludersi sempre con una dichiarazione di nullità del contratto stipulato dalla ricorrente;

9.1. la sentenza impugnata va cassata anche nella parte in cui ha escluso la fondatezza della domanda di risarcimento del danno, proposta dalla ricorrente sul presupposto che, in ragione dell'affidamento riposto nella validità del contratto concluso con il Comune di Pescara, si era dimessa dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato che la legava a società privata;

9.2. gli argomenti che la Corte territoriale ha utilizzato per escludere la responsabilità dell'ente ed il nesso causale fra la condotta tenuta dall'amministrazione ed il danno fatto valere, non sono condivisibili in diritto perché non considerano la specificità del rapporto di impiego pubblico e, erroneamente, ritengono incauta e "frettolosa" la presentazione di dimissioni, a fronte di un bando di concorso che concedeva un termine di trenta giorni per attestare l'insussistenza di cause di incompatibilità;

9.3. così ragionando la Corte territoriale sovrappone e confonde il momento in cui devono sussistere i requisiti per l'instaurazione del rapporto di impiego con il termine concesso al dipendente per la presentazione della documentazione che ne attesta il possesso ed omette di considerare che, anche a seguito della contrattualizzazione dell'impiego pubblico, è rimasto immutato l'obbligo di esclusività del rapporto, che discende dall'art.



98 Cost., secondo cui « i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione», e che è stato attuato dal legislatore ordinario attraverso la rigorosa disciplina delle incompatibilità, confluita nell'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001;

9.4. a fronte di un rapporto di impiego che deve essere esclusivo e che non consente il contemporaneo svolgimento di attività lavorativa alle dipendenze di privati, non può essere ritenuta colposa la scelta del destinatario della proposta di assunzione il quale, prima di concludere il contratto con la pubblica amministrazione, risolva il rapporto già in essere per non incorrere nell'incompatibilità che, secondo la disciplina dettata dal richiamato d.lgs. n. 165/2001, così come interpretata da questa Corte (cfr. fra le tante Cass. n. 8722/2017 e Cass. n. 20555/2018), anche nei casi in cui venga successivamente rimossa, può fondare una responsabilità disciplinare del dipendente che si sia reso inadempiente rispetto all'obbligo di esclusività;

10. ciò detto il Collegio intende ribadire l'orientamento, ormai consolidato nella giurisprudenza di questa Corte, secondo cui l'instaurazione di un rapporto di impiego in contrasto con norma imperativa determina la nullità del contratto e, pertanto, il lavoratore non può fare leva sul legittimo affidamento riposto sulla validità del negozio per fondare una domanda reintegratoria o indennitaria correlata alla cessazione del rapporto stesso (Cass. n. 20415/2019 e la giurisprudenza ivi richiamata);

10.1. il richiamato principio, affermato in fattispecie nella quale il danno domandato veniva correlato al "posto di lavoro" oggetto del contratto invalido, non esclude che il lavoratore, al pari di ogni altro contraente con il quale l'amministrazione pubblica stipuli un contratto ritenuto poi *tamquam non esset*, possa fare valere la responsabilità prevista dall'art. 1338 cod. civ. e domandare il risarcimento del danno parametrato, non già alla conclusione del contratto, bensì al cosiddetto interesse contrattuale negativo, «che copre sia il danno emergente, ovvero le spese sostenute, che il lucro cessante, da intendersi, però, non come mancato guadagno rispetto al contratto non eseguito ma in riferimento ad altre occasioni di contratto che la parte allega di avere perso» (Cass. n. 19775/2018);

10.2. in tal caso la Pubblica Amministrazione può andare esente dalla responsabilità che deriva dal non avere reso edotta la controparte della causa di invalidità del negozio se quest'ultima è determinata dalla violazione di una norma imperativa o proibitiva di legge che, per presunzione assoluta, debba essere conosciuta dalla generalità dei cittadini (Cass. n. 10156/2016), ma sempre a condizione che le circostanze di fatto cui la legge ricollega l'invalidità fossero conosciute o conoscibili dal soggetto «mediamente avveduto» (Cass. n. 9636/2015);

10.3. è stato affermato, infatti, ed il principio deve essere qui ribadito, che «la principale funzione dell'art. 1338 cod. civ. è quella di compensare l'asimmetria informativa nelle contrattazioni tra le parti che non sono su un piano di parità, come avviene nei rapporti con la Pubblica Amministrazione: da ciò la necessità di indagare sulla scusabilità

dell'affidamento del contraente alla luce della conoscibilità delle circostanze di fatto cui la legge ricollega l'invalidità» (Cass. n. 2327/2016);

10.4. in altri termini a fronte della conclusione di un contratto di impiego, che sia stato stipulato in violazione di una norma imperativa, affinché possa essere escluso, al fine di paralizzare l'azione risarcitoria ex art. 1338 cod. civ., l'affidamento incolpevole riposto dall'assunto nella validità del contratto, non basta che l'Amministrazione alleggi il carattere cogente della norma proibitiva, ma è necessario anche che risulti la conoscenza o la conoscibilità dei dati fattuali dai quali è derivata l'illegittimità dell'assunzione;

11. in via conclusiva il ricorso deve essere accolto e la sentenza impugnata va cassata con rinvio alla Corte territoriale indicata in dispositivo che procederà ad un nuovo esame, attenendosi ai principi di diritto che, sulla base degli argomenti esposti nei punti che precedono, di seguito si enunciano:

a) lo scorrimento della graduatoria, che costituisce modalità prioritaria di reclutamento del personale delle Pubbliche Amministrazioni, è precluso in caso di nuova istituzione o di trasformazione di posti non previsti dalla dotazione organica adottata al momento della indizione della procedura concorsuale, ma il divieto, in caso di deliberato aumento del fabbisogno del personale, resta limitato alle posizioni aggiuntive e non si estende a quelle già previste nella precedente dotazione organica, divenute vacanti;

b) la proroga dei termini di validità delle graduatorie concorsuali, prevista dall'art. 1, comma 100, della legge n. 311/2004 e, successivamente, dall'art. 1, comma 536, della legge n. 296/2006 nonché dall'art. 5, comma 1, del d.l. n. 207/2008, convertito dalla legge n. 14/2009, si riferisce a tutte le graduatorie approvate successivamente al 1° gennaio 1999, ivi comprese quelle relative a procedure concorsuali ancora in corso alla data di pubblicazione del richiamato art. 1, comma 100, l. n. 311/2004, e si applica anche alle amministrazioni che abbiano rispettato il patto di stabilità, perché in tal caso, pur non essendo configurabile un divieto di nuove assunzione, sussistono comunque limitazioni all'instaurazione di nuovi rapporti;

c) nell'impiego pubblico contrattualizzato, qualora il contratto di lavoro sia nullo per violazione di norma imperativa, il dipendente non può fare valere l'affidamento riposto sulla legittimità dell'assunzione per fondare una domanda di reintegrazione o di risarcimento del danno per la perdita del posto di lavoro oggetto del contratto nullo;

d) in tal caso è esperibile l'azione risarcitoria disciplinata dall'art. 1338 cod. civ. ed il lavoratore, sul quale grava l'onere della prova quanto al pregiudizio subito, può ottenere il risarcimento del danno rappresentato, oltre che dalle spese sostenute, dal mancato guadagno derivato dalla perdita di altra occupazione o di altre occasioni di lavoro;

e) la Pubblica Amministrazione va esente dalla responsabilità ex art. 1338 cod. civ. nei casi in cui la nullità del contratto di impiego dipenda dalla violazione di norme imperative concernenti i requisiti di validità delle assunzioni, che si presumono conosciute dalla generalità dei cittadini, ma a condizione che le circostanze di fatto dalle quali dipende



l'invalidità dell'assunzione fossero conosciute o conoscibili attraverso l'uso della normale diligenza;

12. alla Corte territoriale è demandato anche il regolamento delle spese del giudizio di legittimità;

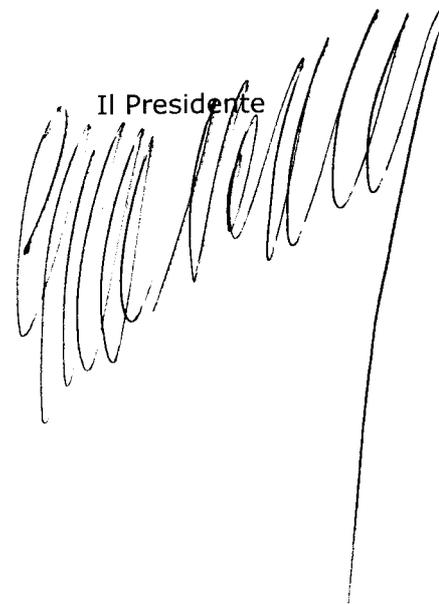
13. non sussistono le condizioni processuali di cui all'art. 13 c. 1 quater d.P.R. n. 115 del 2002.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia anche per le spese alla Corte d'Appello di L'Aquila, in diversa composizione.

Così deciso nella Adunanza camerale del 18 dicembre 2019

Il Presidente



IL CANCELLIERE
Maria Rita Giacoia
IL CANCELLIERE

Depositato in Cancelleria



oggi, 31 GEN, 2020

IL CANCELLIERE
IL CANCELLIERE
Maria Rita Giacoia