

## **Corte di Cassazione, sez. Lavoro, sentenza 18 giugno – 1° ottobre 2014, n. 20735**

*Presidente Roselli – Relatore Maisano*

### *Svolgimento del processo*

Con sentenza del 31 gennaio 2008 la Corte d'appello dell'Aquila, in riforma della sentenza del Tribunale di Teramo del 10 maggio 2005, ha condannato la ... s.p.a. al risarcimento dei danni in favore di D.G.O., liquidati in misura pari alle retribuzioni che questi avrebbe percepito quale Direttore Generale della società, ritenendo il suo diritto all'assunzione da parte di tale società, in forza del concorso pubblico per un posto di Direttore Generale bandito dalla .....; ritenendo nulla la clausola, contenuta nel bando di concorso, e di cui la ..... si era avvalsa nel negare la nomina del D.G., in forza della quale la nomina viene fatta in base alla graduatoria con riserva)per la Commissione Giudicatrice, a suo insindacabile giudizio, di non procedere ad alcuna nomina, o di nominare il secondo in graduatoria in caso di rinuncia del primo classificato. La Corte territoriale ha considerato la duplice natura giuridica del bando di concorso, di provvedimento amministrativo e di atto negoziale che vincola nei confronti dei partecipanti al concorso, nei suoi effetti sostanziali. La clausola sopra detta è stata dichiarata nulla ai sensi dell'art. 1355 cod. civ. quale condizione meramente potestativa. Pertanto è stata ritenuta la sussistenza del diritto soggettivo all'assunzione da parte del D.G. classificatosi al primo posto nella graduatoria del concorso, pur avendo conseguito il minimo punteggio necessario per l'idoneità al posto di cui al concorso. La stessa Corte territoriale ha inoltre considerato che l'incompatibilità con la carica di consigliere comunale prevista dall'art. 9 r.d. 2578 del 1925 deve essere verificata al momento della nomina e non a quello di scadenza della domanda di partecipazione al concorso, per cui non poteva essere validamente esclusa la nomina del D.G. in forza della sua carica di consigliere comunale all'epoca della domanda di partecipazione al concorso. Il risarcimento del danno è stato determinato in misura pari alla retribuzione triennale, in funzione della durata triennale dell'incarico in questione essendo solo eventuale il rinnovo per un successivo triennio. La ....., ha proposto ricorso per cassazione avverso tale sentenza ,articolato su quattro motivi. Resiste con controricorso il D.G. che svolge ricorso incidentale condizionato affidato ad un unico motivo. Il controinteressato C.O. è rimasto intimato. D.G. e ..... hanno presentato memoria.

### *Motivi della decisione*

I ricorsi vanno riuniti essendo proposti avverso la medesima sentenza. Con il primo motivo del ricorso principale si lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 4 del r.d. n. 2578 del 1925, e 1362, 1367 e 1368 cod. civ. In particolare si deduce che la nomina del Direttore Generale risponde a criteri discrezionali, stante la natura fiduciaria di tale incarico, per cui l'espletamento del concorso non conclude la procedura di scelta essendo questa riservata al potere discrezionale della Commissione Esaminatrice. Con il secondo motivo si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 1355 e 1356 cod. civ. in relazione all'art. 4 del r.d. n. 2578 del 1925. In particolare si assume l'erroneità della dichiarazione di nullità della clausola che riserva al giudizio insindacabile della Commissione Amministratrice l'assunzione del Direttore Generale, in virtù di detto art. 4, sostanzialmente riprodotto nel bando in questione, e che assegna allo stesso bando natura di invito all'offerta ovvero di promessa. Con il terzo motivo si lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 9 r.d. 2578 del 1925 in relazione all'art. 1362 cod. civ. con riferimento all'incompatibilità ritenuta rilevante al momento dell'assunzione anziché all'epoca della domanda di partecipazione al concorso, il cui bando esclude la possibilità della produzione successiva di documenti. Con il quarto motivo si lamenta omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto

controverso e decisivo per il giudizio ex art. 360, n. 5 cod. proc. civ. in relazione alla quantificazione del danno che non terrebbe conto del reddito conseguito dal D.G. per effetto di altri incarichi svolti. Con il ricorso incidentale condizionato si deduce violazione degli artt. 9 e 22 r.d. n. 2578 del 1925 in relazione all'art. 12, primo e secondo comma disp. prel. cod. civ. ex art. 360, n. 3 cod. proc. civ. con riferimento all'applicabilità dell'incompatibilità prevista dal bando di concorso in questione ai consiglieri di tutti i comuni anziché ai consiglieri dell'assemblea consortile. Il primo motivo è infondato. Va rilevato che la lamentata violazione dell'art. 4 del r.d. n. 2578 del 1925 non avrebbe comunque rilievo nella fattispecie in esame in cui si è proceduto alla nomina del Direttore Generale tramite concorso e non per chiamata diretta discrezionale, come pure sarebbe stato nella facoltà dell'amministrazione. In altri termini la scelta discrezionale non rileva nella fattispecie in esame, in quanto l'amministrazione ha scelto di nominare il proprio Direttore Generale tramite concorso; esattamente il giudice del merito non ha fondato la propria decisione sull'art. 4 citato, ma sulla legittimità della procedura concorsuale che, una volta adottata, vincola l'amministrazione costituendo questa un atto negoziale di offerta al pubblico. Anche il secondo motivo è infondato. La Corte territoriale ha richiamato i principi affermati da questa Corte riguardo alla duplice natura giuridica del bando di concorso, di provvedimento amministrativo e di atto negoziale che vincola nei confronti dei partecipanti al concorso. 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. Sotto il profilo della natura negoziale dell'atto con il quale la graduatoria è approvata, la clausola di riserva all'amministrazione della facoltà di non procedere all'assunzione va dichiarata nulla ai sensi dell'art. 1355 c.c. (condizione meramente potestativa) siccome subordina l'obbligo di assunzione alla mera volontà dell'amministrazione medesima. Escluso che sia stato disposto l'annullamento di ufficio del provvedimento di approvazione della graduatoria (nessun profilo di illegittimità è stato dedotto dall'amministrazione ricorrente), non è consentito neppure 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 la L. n. 241 del 1990, art. 2 - quinquies). Traducendo in termini giuridici le prospettazioni dell'Istituto ricorrente, sarebbe intervenuta una decisione di revoca implicita negli atti successivi all'approvazione della graduatoria e richiamati, in particolare, nel secondo motivo di ricorso. 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 e senza i requisiti minimi di forma prescritti dalla legge. Da tempo risalente costituisce *ius receptum* 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 (vedi Cass. S.U. 13659/2006). Deve perciò concludersi nel senso che alla volontà di revocare il bando, dando per ammesso che sia stata manifestata con gli atti e comportamenti successivi all'approvazione della graduatoria di cui parla il ricorrente, non è consentito attribuire efficacia alcuna, risultando l'autotutela esercitata in "carenza di potere" (figura processuale) e con atto, sotto il profilo sostanziale, affetto da nullità per difetto dell'elemento essenziale della forma della L. n. 241 del 1990, ex art. 21 - septies, comma 1, nel testo attuale). Del resto, il successivo intervento legislativo di modifica della L. n. 241 del 1990 conferma il risultato interpretativo sopraposto, dal momento che si è stabilito che il provvedimento limitativo della

sfera giuridica dei privati acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso (art. 2 - bis, comma 1), così escludendo radicalmente che l'efficacia propria di un atto solo annullabile possa riconoscersi a statuizioni di volontà amministrativa, dirette ad incidere in senso recessivo sui diritti soggettivi, che siano implicite in comportamenti o in altri atti, senza una formale esternazione e comunicazione (Cass. Sez. Un. 16 aprile 2007 n. 8951). Anche il terzo motivo è infondato. La ricorrente, deducendo che, ai sensi del bando di concorso, la situazione di incompatibilità che osta alla nomina in questione dovrebbe essere esclusa fin dall'epoca della domanda di partecipazione al concorso, evidentemente confonde i requisiti per l'ammissione al concorso con i requisiti per la nomina. L'art. 9 r.d. 2578 del 1925 non risulta in alcun modo violato, tenendo conto della distinzione suddetta, in quanto la mancanza di una situazione di incompatibilità, si ripete, non costituisce requisito per la partecipazione al concorso che deve conseguentemente sussistere al momento della domanda di partecipazione al medesimo, ma requisito per la nomina che deve conseguentemente sussistere nel successivo momento in cui viene emanato tale provvedimento. Il quarto motivo è inammissibile non essendo stato precisato dove e quando sarebbe stato dedotto l'*'aliunde perceptum'* lamentato in questa sede, da cui la genericità del motivo ed il difetto del requisito dell'autosufficienza.

Il ricorso incidentale condizionato è assorbito.  
Le spese di giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

*P.Q.M.*

La Corte di Cassazione riunisce i ricorsi;

Rigetta il ricorso principale e dichiara assorbito quello incidentale;

Condanna la ..... al pagamento delle spese di giudizio liquidate in € 100,00 oltre € 4.000,00 per compensi professionali oltre accessori di legge.