

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CANZIO	Giovanni	- Primo Presidente	-
Dott. DI CERBO	Vincenzo	- Presidente di sez.	-
Dott. AMOROSO	Giovanni	- Presidente di sez.	-
Dott. D'ANTONIO	Enrica	- rel. Consigliere	-
Dott. CRISTIANO	Magda	- Consigliere	-
Dott. CIRILLO	Ettore	- Consigliere	-
Dott. TRIA	Lucia	- Consigliere	-
Dott. BERRINO	Umberto	- Consigliere	-
Dott. FRASCA	Raffaele	- Consigliere	-

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 16464-2016 proposto da:

UNIVERSITA' (OMISSIS) (già Università (OMISSIS)), in persona del Rettore pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO;  
- ricorrente -

contro

P.M., elettivamente domiciliata in ROMA, CORSO DEL RINASCIMENTO 11, presso lo studio dell'avvocato AMINA L'ABBATE, rappresentata e difesa dall'avvocato GIULIANO GIANNINI;  
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 730/2016 della CORTE D'APPELLO di LECCE, depositata il 06/04/2016.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 24/10/2017 dal Consigliere Dott. ENRICA D'ANTONIO;  
udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale Dott. FUZIO RICCARDO, che ha concluso per l'accoglimento dell'ultimo

motivo del ricorso e rigetto degli altri;

udito l'Avvocato Giuliano Giannini.

Fatto

FATTI DI CAUSA

La Corte d'appello di Lecce ha confermato la sentenza del Tribunale che, riconosciuta la giurisdizione del giudice ordinario, aveva dichiarato il diritto di P.M. all'assunzione a tempo indeterminato presso l'Università (OMISSIS) a decorrere dall'1/2/2005, previa disapplicazione o annullamento di atti ostatici, e con condanna dell'Università ad adottare tutti i provvedimenti necessari per l'assunzione e per il ripristino della posizione giuridica ed economica fin dall'1/2/2005.

La Corte ha esposto che la P. aveva partecipato ad un concorso per la copertura di un posto di categoria D indetto il 25/11/2003, collocandosi al secondo posto della graduatoria approvata il 30/8/2004; che, chiaritasi la non applicabilità alle Università del blocco delle assunzioni, era stato stipulato il contratto con la prima classificata in data 1/1/2005, la quale, tuttavia, si era dimessa in data 1/2/2005 e che la P., collocata al secondo posto, aveva chiesto inutilmente l'assunzione.

Secondo la Corte sussisteva la giurisdizione del giudice ordinario in quanto non si trattava di valutare l'ammissibilità o meno del ricorso da parte della P.A. allo scorrimento, in mancanza del presupposto della vacanza e disponibilità del posto, ma di coprire un posto vacante e disponibile già messo a concorso nella vigenza della graduatoria e, dunque, il sindacato del giudice non riguardava la facoltà della P.A. di coprire un posto con un nuovo concorso o con lo scorrimento.

La Corte territoriale ha, poi, rilevato che l'Università aveva eccepito la sopravvenuta impossibilità di coprire il posto in quanto soppresso e che aveva richiamato alcune note del MIUR, con le quali era stata comunicata la sospensione di nuove procedure concorsuali e l'obbligo per le amministrazioni di individuare gli impegni per il triennio, e che l'Università, sulla base delle suddette note del Miur, aveva approvato in data 30/3/2005 il nuovo piano triennale di fabbisogno nel quale non era prevista la copertura del posto. La Corte d'appello ha, tuttavia, affermato che l'Università aveva ommesso di produrre detta documentazione con la conseguenza che tale impossibilità sopravvenuta non era stata provata. Circa la sussistenza del diritto all'assunzione, ha rilevato che il bando costituiva offerta al pubblico ex art. 1336 c.c. che diveniva irrevocabile dal momento dell'accettazione; che nel bando l'Università si era impegnata all'efficacia della graduatoria per due anni e, dopo l'approvazione della stessa, all'assunzione a tempo indeterminato; che l'Università si era resa inadempiente all'obbligazione assunta alla stipula del contratto definitivo, integrandosi un'ipotesi di responsabilità contrattuale e, pertanto, doveva affermarsi il diritto della P., come richiesto, all'assunzione con condanna dell'Università all'adempimento dell'obbligazione.

Infine, la Corte ha confermato la condanna dell'Università all'adempimento anche delle obbligazioni economiche derivanti dal diritto all'assunzione ed ha escluso, invece, la rilevanza della percezione da parte della P. di altri redditi, essendo tale circostanza dedotta solo in appello e, comunque, ha rilevato che, essendo la condanna pronunciata dal Tribunale alla ricostruzione economica solo generica, l'Università avrebbe potuto successivamente interloquire, senza che sul quantum potesse opporsi alcun giudicato.

Avverso la sentenza ricorre l'Università con cinque motivi. Resiste la P.

Diritto

RAGIONI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo l'Università censura la dichiarata giurisdizione del giudice ordinario.

Contesta le affermazioni della Corte territoriale secondo cui non si sarebbe in presenza di un diritto allo scorrimento della graduatoria, ma propriamente e direttamente di un diritto di essere assunto, dovendosi coprire il posto vacante e disponibile messo a concorso per l'utile collocazione in graduatoria.

Secondo la ricorrente, invece, non era distinguibile il caso in cui il posto si fosse reso disponibile per rinuncia del candidato vincitore, dal caso in cui il posto si fosse reso disponibile per ampliamento dell'organico; in entrambi i casi, qualunque fosse stata la vicenda che aveva determinato la disponibilità dei posti successivamente alla completamento della procedura concorsuale, la P.A. si era venuta a trovare nella necessità di dover effettuare una scelta e, cioè, indire un nuovo concorso o procedere allo scorrimento.

Nella fattispecie, inoltre, si era verificata la soppressione del posto sulla base delle note del Ministero, a cui avevano fatto seguito le delibere dell'Università a fronte delle quali il ricorrente poteva vantare solo un interesse legittimo.

Il motivo è infondato e va confermata la giurisdizione del giudice ordinario.

Queste S.U. hanno statuito che, in tema di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a procedure concorsuali nell'ambito del pubblico impiego c.d. privatizzato, la cognizione della domanda, avanzata dal candidato utilmente collocato nella graduatoria finale e riguardante la pretesa allo scorrimento della graduatoria del concorso espletato, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, facendosi valere, al di fuori dell'ambito della procedura concorsuale, il diritto all'assunzione. (v. le sentenze di queste S.U. 6.5.13 n. 10404, 9.2.11 n. 3170, 16.11.09 n. 24185 e 18.6.08 n. 16527).

Si è affermato (cfr Cass. n. 10404/2013), infatti, con riferimento allo "scorrimento" della graduatoria approvata all'esito della procedura concorsuale, che il fenomeno consente la stipulazione del contratto di lavoro con partecipanti risultati idonei e non vincitori, in forza di eventi successivi alla definizione del procedimento concorsuale con l'approvazione della graduatoria. Ciò può avvenire o in applicazione di

specifiche previsioni del bando, contemplanti l'ammissione alla stipulazione del contratto del lavoro degli idonei fino ad esaurimento dei posti messi a concorso; ovvero perchè viene conservata (per disposizione di atti normativi o del bando) l'efficacia della graduatoria ai fini dell'assunzione degli idonei in relazione a posti resisi vacanti e disponibili entro un determinato periodo di tempo.

La pretesa allo "scorrimento", di conseguenza, si colloca di per sè fuori dell'ambito della procedura concorsuale (esclusa, nella seconda delle ipotesi indicate, proprio dall'ultrattività della graduatoria approvata) ed è conosciuta dal giudice ordinario quale controversia inerente al "diritto all'assunzione", salva la verifica del fondamento di merito della domanda. Ed infatti, come è stato più volte affermato, in tema di impiego pubblico privatizzato, ai sensi del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, mentre la riserva in via residuale della giurisdizione amministrativa, contenuta nel citato art. 63, comma 4, concerne esclusivamente le procedure concorsuali, strumentali alla costituzione del rapporto con la pubblica amministrazione, che si sviluppano fin alla approvazione della graduatoria, ma non riguardano il successivo atto di nomina, e neppure quello relativo alla delibera di ulteriori assunzioni mediante la procedura di scorrimento della graduatoria (cfr. tra le tante Cass. n. 20107/2005, nonché S.U. n. 26272/16, n. 10404/13, n. 3170/11, n. 24185/09 e n. 16527/08).

L'Università ha, altresì, affermato, a supporto della sua richiesta di accertamento della giurisdizione amministrativa, che il posto era stato soppresso e che, in tal modo, essa aveva esercitato il proprio potere discrezionale in tema di autorganizzazione con la conseguenza che si era in presenza di una contestazione che investiva l'esercizio del potere dell'amministrazione, cui corrispondeva una situazione di interesse legittimo, tutelabile innanzi al giudice amministrativo ai sensi del D.P.R. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4.

A riguardo deve, tuttavia, osservarsi che la Corte d'appello ha affermato che l'Università aveva omesso di produrre la documentazione da essa citata, a conforto della sua tesi, con la conseguenza che la soppressione del posto era circostanza rimasta indimostrata e tale affermazione della Corte non risulta qui censurata. Anche sotto tale profilo non vi sono ragioni, pertanto, per negare la giurisdizione del giudice ordinario.

2. Con il secondo motivo la ricorrente denuncia violazione dell'art. 1336 c.c. anche in relazione all'art. 1351 c.c., nonché del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 35.

Censura l'affermazione della Corte che, qualificato il bando quale offerta al pubblico, aveva riconosciuto alla P., all'esito della procedura concorsuale, il diritto all'assunzione con obbligo della P.A. alla stipula del definitivo. Richiamato l'art 35 D.Lgs. citato, osserva che il rapporto di lavoro con la P.A. si costituiva solo con la stipula del contratto individuale di lavoro e, dunque, pur volendo ritenere che il bando costituisse offerta al pubblico, prima della stipula del contratto di lavoro non sussisteva alcun rapporto di lavoro e, pertanto, non ricorreva alcuna responsabilità contrattuale in capo all'Università.

3. Con il terzo motivo denuncia violazione del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 35, del D.P.R. n. 487 del 1994 in relazione all'art. 1218 c.c..

Ribadisce che non vi era stato alcun inadempimento imputabile all'amministrazione, non essendovi alcun obbligo di procedere alla stipula del contratto e, comunque, in via subordinata, aveva rilevato che la condotta della P.A. era del tutto legittima perchè conforme agli atti di macro organizzazione con i quali aveva disposto la soppressione del posto.

I due motivi, congiuntamente esaminati in quanto connessi, sono infondati.

Non risulta, infatti, censurabile la decisione della Corte territoriale che ha ritenuto fondata la pretesa della ricorrente di essere assunta. Nella fattispecie in esame non solo il bando fissava la validità della graduatoria per due anni, ma nessun problema di valutazione di disponibilità o di vacanza del posto, dopo l'approvazione della graduatoria, si poneva atteso che il posto per il quale la P. ha chiesto l'assunzione era proprio l'unico posto messo a concorso, e, dunque, vacante e disponibile, in ordine al quale, dunque, non era necessaria alcuna nuova determinazione della P.A. che già aveva espresso le sue decisioni nello stesso bando.

Nè, come si è detto, l'Università ha provato atti o comportamenti che abbiano determinato il venire meno della delibera con cui era stato bandito il posto e, cioè, un provvedimento di soppressione del posto.

E' noto che, qualora la P.A. abbia manifestato la volontà di provvedere alla copertura di posti attraverso il sistema del concorso e abbia, a questo fine, pubblicato un bando che contenga tutti gli elementi essenziali, prevedendo il riconoscimento del diritto del vincitore del concorso di ricoprire la posizione di lavoro disponibile, sono rinvenibili, in un tale comportamento, gli estremi dell'offerta al pubblico, che impegna il datore di lavoro pubblico, non solo al rispetto della norma con la quale ha delimitato la propria discrezionalità, ma anche ad adempiere l'obbligazione secondo correttezza e buona fede.

Il superamento di un concorso pubblico, indipendentemente dalla nomina, invero, consolida nel patrimonio dell'interessato una situazione giuridica individuale di diritto soggettivo (Cass. n. 9384 del 2006, n. 23327/2009, n. 21671/2013, n. 14397/2015), con la conseguenza che può affermarsi che l'assunzione della ricorrente costituisca un atto dovuto da parte dell'amministrazione che ha pubblicato il bando di concorso.

In conclusione, non merita censura la decisione impugnata che ha riconosciuto il diritto della P., legittimamente fatto valere dinanzi al giudice ordinario, ad essere assunta ed ad ottenere, perciò, la costituzione del rapporto di lavoro.

4. Con il quarto motivo la ricorrente denuncia violazione degli artt. 2094, 2909, 1226 e 1227 c.c.. Censura la sentenza nella parte in cui la Corte ha riconosciuto alla P. il diritto all'integrale trattamento retributivo, pur in assenza di prestazione lavorativa e, dunque, in contrasto con i principi, più volte affermati dalla Corte di Cassazione, in base ai quali la retribuzione costituisce un elemento del rapporto sinallagmatico, inesistente prima dell'assunzione. Secondo la ricorrente le conseguenze non potevano che essere esclusivamente risarcitorie.

5. Con il quinto motivo denuncia nullità della sentenza per violazione dell'art. 437 c.c. per aver ritenuto inammissibile l'eccezione di aliunde perceptum. Osserva che era eccezione in senso lato per la quale non si era verificata alcuna decadenza.

I motivi possono essere congiuntamente esaminati in quanto entrambi hanno ad oggetto le conseguenze derivanti dalla mancata tempestiva assunzione della P..

La decisione della Corte, pur affermando che la domanda della P. non fosse di natura risarcitoria, finisce per riconoscerle in concreto tale natura risarcitoria, richiamando le norme sull'inadempimento contrattuale, l'art. 1226 c.c. sulla liquidazione secondo equità e, poi, l'art. 1227 c.c. sul concorso del fatto colposo del creditore. Non solo, la Corte territoriale ha ritenuto che potesse essere detratto l'aliunde perceptum, anche se afferma che l'accertamento dello stesso avrebbe dovuto essere oggetto del giudizio successivo di quantificazione delle somme dovute.

In definitiva, la Corte territoriale, in modo contraddittorio, dopo aver escluso la natura risarcitoria della domanda della P., applica in concreto proprio le norme sul risarcimento del danno, ritenendo tale danno rapportabile alle retribuzioni che la P. avrebbe percepito in caso di tempestiva assunzione, ed affermando la necessità che si dovesse tenere conto dei principi desumibili dagli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c..

La stessa P., nel controricorso, del resto, è ben consapevole della natura risarcitoria della sua domanda ed, anzi, richiama un precedente di questa Corte con il quale si enunciava il principio che la ritardata assunzione determinava il diritto al risarcimento del danno, costituito dalle retribuzioni perse salvo la detrazione dell'aliunde perceptum.

Alla luce di tali considerazioni il quarto motivo del ricorso, volto a censurare la sentenza sul presupposto che essa abbia riconosciuto un obbligo retributivo della P.A. con tutte le relative conseguenze, pur in assenza della prestazione lavorativa ed in contrasto con il costante orientamento di questa Corte che nega il diritto alla retribuzione in mancanza di attività lavorativa, non sembra cogliere nel segno in quanto, da un lato, neppure denuncia la contraddittorietà della sentenza, e dall'altro lato, fondando le sue censure solo con riferimento all'inciso della sentenza secondo cui la domanda della P. non era risarcitoria, non si avvede che la Corte ha, invece, applicato proprio le norme sul risarcimento del danno, come, secondo la stessa Università sarebbe stato corretto. In definitiva, la motivazione della sentenza e la relativa statuizione non sono censurabili avendo la Corte in concreto riconosciuto il risarcimento del danno ritenendolo, poi, rapportabile alle retribuzioni che la P. avrebbe percepito in caso di tempestiva assunzione, ma fatta salva ogni ulteriore valutazione di tale danno, da quantificarsi in un successivo giudizio, come indicato dalla Corte territoriale con il richiamo agli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c..

Va, invece, accolto il quinto motivo sul quale sembra convenire la stessa P.. Sul presupposto, infatti, che la richiesta e la condanna sono volte al risarcimento del danno non potrà non tenersi conto di somme percepite dalla P. sulla base di altra attività da essa svolta. La circostanza affermata dalla Corte secondo cui l'eccezione sarebbe stata sollevata dall'Università tardivamente solo in appello, non risulta rilevante atteso

che tale eccezione non costituisce oggetto di eccezione in senso stretto ed è, pertanto, "rilevabile d'ufficio dal giudice se le relative circostanze di fatto risultano ritualmente acquisite al processo, anche se per iniziativa del lavoratore "(cfr Cass. n 18093/2013). La stessa Corte d'appello, pur rilevando che l'eccezione di aliunde perceptum non era stata eccepita tempestivamente, afferma che sul "quantum" non si era formato, comunque, alcun giudicato e riconosce alle parti la possibilità di interloquire a riguardo nel successivo giudizio.

Per le considerazioni che precedono la sentenza impugnata deve essere cassata e rimessa alla Corte d'appello di Lecce, in diversa composizione, anche per la liquidazione delle spese del presente giudizio.

PQM

P.Q.M.

Rigetta i primi quattro motivi, dichiara la giurisdizione del giudice ordinario; accoglie il quinto motivo e cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto; rinvia alla Corte d'appello di Lecce in diversa composizione anche per le spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, il 24 ottobre 2017.

Depositato in Cancelleria il 13 dicembre 2017