

Civile Ord. Sez. L Num. 25986 Anno 2020

Presidente: TRIA LUCIA

Relatore: SPENA FRANCESCA

Data pubblicazione: 16/11/2020

ORDINANZA

sul ricorso 13481-2014 proposto da:

████████████████████ elettivamente domiciliato in
ROMA, VIALE CARSO 23, presso lo studio dell'avvocato
MARIA ROSARIA DAMIZIA, che lo rappresenta e difende;

- ricorrente - principale

I.S.T.A.T. - ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA, in
persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'AVVOCATURA GENERALE DELLO
STATO presso i cui Uffici domicilia in ROMA, alla VIA
DEI PORTOGHESI 12;

- controricorrente - ricorrente incidentale -

contro

████████████████████

2020

1284

- controricorrente al ricorso incidentale -

avverso la sentenza n. 9665/2013 della CORTE
D'APPELLO di ROMA, depositata il 26/11/2013 R.G.N.
119/2010;

udita la relazione della causa svolta nella camera di
consiglio del giorno 16/07/2020 dal Consigliere Dott.
FRANCESCA SPENA.

RILEVATO CHE

1. Con sentenza in data 26 novembre 2013 nr. 9665 la Corte d'Appello di Roma riformava la sentenza del Tribunale della stessa sede e, per quanto ancora in discussione, respingeva la domanda proposta da [REDACTED] [REDACTED] nei confronti dell'ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA-ISTAT, avente ad oggetto: l'accertamento del proprio diritto ad essere assunto a tempo determinato, dal 3 settembre 2007 e per la durata di dodici mesi, con profilo di «collaboratore tecnico enti di ricerca» di VI livello professionale; il risarcimento del danno; la ricostruzione di carriera.

2. Preliminarmente la Corte territoriale rigettava la censura di difetto di giurisdizione opposta dall'ISTAT; osservava essere oggetto della domanda il diritto del [REDACTED] alla assunzione a tempo determinato sulla base della delibera nr. 123/2006/PER, senza alcuno spazio di discrezionalità della amministrazione.

3. Nel merito, riteneva esservi una differenza sostanziale tra la graduatoria degli idonei alla assunzione a tempo indeterminato approvata all'esito del relativo concorso — nella quale il [REDACTED] era collocato al 45^o posto — e l'elenco degli idonei alla assunzione a tempo determinato approvato con la suddetta delibera nr. 123/2006/PER.

4. Quest'ultimo elenco era redatto per ordine alfabetico e senza indicazione di un punteggio o di una graduatoria; da tali circostanze si desumeva che la amministrazione aveva creato una lista di idonei per attingervi liberamente nelle assunzioni a termine, senza alcun criterio di precedenza.

5. Pertanto il mancato inserimento del [REDACTED] nell'elenco — seppure ingiusto, perché egli aveva i requisiti per essere ammesso, avendo terminato il proprio precedente rapporto a termine oltre dodici mesi prima della approvazione dell'elenco — non aveva determinato la lesione di un diritto soggettivo. Gli iscritti nell'elenco vantavano una mera aspettativa; il [REDACTED] quandanche inseritovi, non avrebbe avuto diritto alla stipula di un contratto di lavoro a tempo determinato.

6. Egli non aveva agito per il danno da perdita di *chance*.



7. Da ultimo, la amministrazione non aveva alcun obbligo di seguire l'ordine della graduatoria approvata per la assunzione a tempo indeterminato.

8. Ha proposto ricorso per la cassazione della sentenza [REDACTED] articolato in quattro motivi, cui ha resistito l'ISTAT con controricorso, contenente altresì ricorso incidentale condizionato, articolato in tre motivi, cui ha resistito [REDACTED] con controricorso.

9. Il [REDACTED] ha depositato memoria.

CONSIDERATO CHE

1. Con il primo motivo il ricorrente ha denunciato— ai sensi dell'articolo 360 nr. 3 cod.proc.civ.— violazione e falsa applicazione degli artt. 1175 e 1375 cod. civ., dell'art. 97 Cost., degli artt. 35 e 36 D.LGS. 165/2001, del DPR 487/1994.

2. Ha impugnato la sentenza perchè pur avendo riconosciuto, correttamente, il proprio diritto alla inclusione nell'elenco degli idonei alla stipula del contratto a tempo determinato era giunta, erroneamente, a negare il diritto alla assunzione.

3. Ha censurato tale conclusione sotto il profilo della violazione degli articoli 1175 e 1375 cod.civ. e delle norme, anche di rango costituzionale, in materia di accesso all'impiego pubblico.

4. Con il secondo mezzo si deduce — ai sensi dell'articolo 360 nr. 3 cod.proc.civ. — violazione degli articoli 1362 e segg. cod. civ., in riferimento alla interpretazione della delibera nr. 123/06/PER posta a base della sentenza impugnata. Si assume che il collegamento tra le graduatorie dei concorsi a tempo indeterminato e l'elenco degli idonei alle assunzioni a tempo determinato emergeva: dal tenore letterale della delibera; dalla necessità di interpretare gli atti della amministrazione in coerenza con il canone dell'interesse pubblico; dalla stessa incontestata condotta dell'ISTAT. Nei provvedimenti di assunzione degli idonei *cd.* esterni (documenti dal n. 7 al n. 13 del primo grado) l'ISTAT chiariva che il personale da assumere a tempo determinato era stato individuato nel rispetto della posizione occupata nelle graduatorie di merito.



5. Con la terza censura il ricorrente ha dedotto — ai sensi dell'articolo 360 nr. 3 cod.proc.civ.— violazione e falsa applicazione degli articoli 115 e 116 cod.proc.civ. in ragione della mancata considerazione tanto dei documenti dai quali risultava il rispetto dell'ordine di graduatoria — (i provvedimenti con i quali si era disposta la assunzione a termine degli idonei *cd. esterni*) — che dello stesso oggetto del contendere, che riguardava esclusivamente il diritto alla propria inclusione nell'elenco degli idonei *cd. esterni* (doc. 16 del fascicolo del primo grado, relativo alla risposta dell'ISTAT alla sua richiesta).

6. Con il quarto motivo il ricorrente ha impugnato la sentenza — ai sensi dell'articolo 360 nr. 5 cod.proc.civ.— per omesso esame del fatto, decisivo per il giudizio ed oggetto di discussione tra le parti, che l'ISTAT per la stipula dei contratti a tempo determinato aveva utilizzato le liste alfabetiche dei *cd. idonei «esterni»*, allegate alla delibera nr. 123/06/PER, seguendo l'ordine della graduatoria dei concorsi a tempo indeterminato (delibera 1719/04/PER, doc. 2 della produzione del primo grado).

7. Con il primo motivo del ricorso incidentale condizionato l'ISTAT ha dedotto violazione delle norme sulla giurisdizione, assumendo che la delibera 123/06/PER doveva essere equiparata ad un bando di selezione per la stipula di contratti a termine e che l'ente aveva agito in un ambito di discrezionalità amministrativa. Oggetto del contendere non erano i criteri per attingere alla lista allegata alla delibera 123/06/PER ma il diritto del [REDACTED] ad essere inserito nella lista e, dunque, il contenuto di un atto amministrativo di natura discrezionale.

8. Con la seconda censura l'ISTAT ha lamentato l'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio ed oggetto di discussione tra le parti in riferimento all'accertamento del possesso da parte del [REDACTED] dei requisiti per essere inserito nell'elenco degli idonei *cd. «esterni»*.

9. L'ente ha assunto che per essere inseriti nell'elenco occorreva avere avuto un rapporto a termine nei dodici mesi precedenti l'emanazione della delibera 123/06/PER, del 2 marzo 2006, requisito di cui il [REDACTED] non

era in possesso (il suo precedente rapporto a termine era cessato in data 1^o marzo 2005).

10. Con il terzo motivo si deduce— ai sensi dell'articolo 360 nr. 4 cod.proc.civ. — nullità della sentenza per violazione dell'articolo 115 cod.proc.civ., per non avere il giudice posto a fondamento della decisione le prove prodotte dalle parti.

11. L'ISTAT ha esposto che il requisito per essere inclusi nell'elenco consisteva nell'aver— o avere avuto negli ultimi dodici mesi— un rapporto di lavoro a tempo determinato con l'Istituto; la Corte territoriale affermando che per essere inseriti nell'elenco occorreva NON avere avuto un rapporto a termine nei dodici mesi anteriori alla approvazione dell'elenco era pervenuta ad una soluzione in contrasto con il materiale probatorio.

12. Preliminarmente deve essere disattesa la questione di giurisdizione opposta dall'ISTAT con il primo motivo del ricorso incidentale.

13. Va rilevato che il Collegio è delegato a trattare la questione di giurisdizione in virtù del Decreto del Primo Presidente in data 10 settembre 2018, in quanto essa rientra, nell'ambito delle materie di competenza della sezione lavoro, tra le questioni, indicate nel richiamato decreto, sulle quali si è consolidata la giurisprudenza delle Sezioni Unite di Questa Corte.

14. In questa sede vanno richiamati i principi più volte affermati dalle Sezioni Unite di questa Corte— e da ultimo ribaditi con ordinanza del 13 marzo 2020 nr.7218— secondo cui in tema di impiego pubblico contrattualizzato la riserva alla giurisdizione amministrativa delle controversie relative alle «procedure concorsuali», prevista dall'articolo 63 comma 4, è del tutto residuale. In base a tale interpretazione:

- il lemma «assunzione» (contenuto nel comma 4 cit.) è stato inteso in senso estensivo, così da comprendervi non solo i concorsi aperti agli esterni ma anche quelli riservati agli interni e finalizzati a «progressioni verticali novative» ovvero verso un'area o una categoria superiore.

- di contro, al termine «concorsuale» è stato attribuito un significato restrittivo, riferito alle sole procedure caratterizzate: dall'emanazione di un

bando, da una successiva fase di svolgimento delle prove e di confronto delle capacità, dalla valutazione comparativa dei candidati e dalla compilazione finale di una graduatoria di merito, cioè alle procedure conformi ai principi indicati nel D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 35, comma 3.

15. Nella fattispecie di causa non viene in questione una procedura concorsuale, nel senso sopra detto, mancando qualunque fase di presentazione delle candidature, valutazione comparativa e formazione di una graduatoria di merito; la delibera nr. 123/06/PER si limitava a fare riferimento alle graduatorie di merito dei concorsi pubblici per l'assunzione a tempo indeterminato già approvate.

16. L'eccezione opposta dall'ISTAT non coglie nel segno neppure ove fa leva su un assunto spazio di discrezionalità amministrativa. La discrezionalità della amministrazione sussiste nel momento iniziale della scelta di avvalersi di forme di impiego flessibili, come nella specie avvenuta, che non è materia dell'odierno giudizio: il ricorrente originario ha infatti assunto di avere un diritto alla assunzione a termine prioritario rispetto ad altri aspiranti, assunti a termine nell'anno 2007 in esecuzione della delibera nr. 123/06/PER.

17. Il *petitum* sostanziale fatto valere in giudizio non attiene, dunque, ad un ambito di discrezionalità amministrativa ma ad un diritto soggettivo alla assunzione a termine avente titolo nella delibera, in quanto essa prevedeva la formazione di liste di idonei sulla base di criteri oggettivi (in particolare: il precedente impiego a termine; l'inserimento tra gli idonei delle graduatorie dei concorsi per la assunzione a tempo indeterminato).

18. Il primo motivo del ricorso principale è fondato.

19. Secondo le valutazioni del giudice dell'appello l'amministrazione, pur essendosi impegnata ad utilizzare per le assunzioni a termine le graduatorie degli idonei dei concorsi per le assunzioni a tempo indeterminato, non era tenuta a seguirne l'ordine, ben potendo individuare liberamente i destinatari della proposta di impiego.

20. Tale interpretazione contrasta con il principio del concorso di cui all'articolo 97, quarto comma, Cost. La Corte Costituzionale ha ripetutamente affermato che la selezione concorsuale costituisce la forma generale ed

ordinaria di reclutamento per le amministrazioni pubbliche, quale strumento per assicurare efficienza, buon andamento ed imparzialità. La facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio del concorso pubblico deve essere delimitata in modo rigoroso, potendo tali deroghe essere considerate legittime solo quando siano funzionali esse stesse al buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle (sentenze n. 110 del 2017 e n. 90 del 2012; nello stesso senso, sentenze n. 7 del 2015, n. 134 del 2014, n. 217 e n. 51 del 2012, n. 310 del 2011, n. 150 e n. 9 del 2010, n. 293 e n. 215 del 2009, n. 363, n. 205 e n. 81 del 2006). In particolare, con le sentenze nr. 110/2017 e nr. 73/2013 il giudice delle leggi ha chiarito essere in contrasto con l'art. 97 Cost. l'utilizzazione di graduatorie che non siano state formate all'esito di procedure rispondenti al principio del pubblico concorso non solo quando il fine è quello di assumere personale a tempo indeterminato ma anche quando l'intendimento è quello di instaurare (o prorogare) contratti a tempo determinato.

21. Giova puntualizzare in questa sede che l'utilizzazione per la assunzione a tempo determinato di graduatorie formate all'esito di un pubblico concorso, secondo il canone di cui all'articolo 97, comma 4, Cost., non può che comportare il rispetto dell'ordine della graduatoria.

22. La interpretazione accolta nella sentenza impugnata contrasta, altresì, con il canone del buon andamento e della imparzialità della pubblica amministrazione di cui al comma due dell'articolo 97 Cost., applicabile anche allorquando l'amministrazione agisca con i poteri datoriali di tipo privatistico. Come già statuito da questa Corte (*ex aliis*: Cassazione civile sez. lav., 15/06/2020, n.11537; 06/06/2016 , n. 11595), il lavoro pubblico e il lavoro privato non possono essere totalmente assimilati (nel medesimo senso cfr. Corte costituzionale sentenze n. 120 del 2012 e n. 146 del 2008): i principi costituzionali di legalità ed imparzialità concorrono comunque a conformare la condotta della Pubblica amministrazione e l'esercizio delle facoltà riconosciutele quale datore di lavoro pubblico in regime contrattualizzato.

23. Non sarebbe conforme ai suddetti principi operare la scelta dei destinatari della assunzione a tempo determinato senza osservare un criterio

predeterminato ed oggettivo e, dunque, verificabile; la interpretazione del giudice dell'appello si risolve nel riconoscimento alla pubblica amministrazione di una facoltà di scelta del tutto arbitraria (seppure nell'ambito delle liste degli idonei).

24. Alle medesime conclusioni conducono del resto i criteri di buona fede e correttezza di cui agli articoli 1175 e 1375 cod.civ., venendo in rilievo l'adempimento di un obbligo assunto dall'ISTAT con la delibera nr. 123/2006/PER.

25. Non è superfluo del resto aggiungere che lo stesso ente ha asserito nel controricorso di avere seguito nelle assunzioni a termine l'ordine di collocazione degli idonei nelle graduatorie di merito per l'assunzione a tempo indeterminato (pagina 12 del controricorso, in fine e pagina 13, in principio).

25. La *ratio decidendi* della sentenza impugnata, che ha negato la sussistenza di un diritto del [REDACTED] alla assunzione a termine esclusivamente sul rilievo che l'ISTAT non era tenuta a seguire alcun ordine nelle assunzioni, è dunque in contrasto con i principi di diritto qui ribaditi.

26. Restano assorbiti gli ulteriori motivi del ricorso principale.

27. Il secondo ed il terzo motivo del ricorso incidentale dell'ISTAT, che possono essere trattati congiuntamente per la loro connessione, sono inammissibili.

28. Entrambi, rispettivamente sotto il profilo del vizio di motivazione e del vizio di violazione dell'articolo 115 cod.proc.civ., contestano il diritto del [REDACTED] ad essere incluso nell'elenco degli idonei *cd.* «esterni», presupposto del diritto alla assunzione a tempo determinato.

29. Dalla complessiva lettura della sentenza impugnata risulta, tuttavia, che il giudice dell'appello non ha accertato tale diritto ma ha effettuato, piuttosto, un ragionamento di tipo ipotetico, sviluppato nella proposizione conclusiva del secondo capoverso della pagina 4 della sentenza: «Di conseguenza, quand'anche il [REDACTED] fosse stato inserito nell'elenco, non avrebbe avuto diritto alla assunzione a tempo determinato e la stipula di un contratto di lavoro a tempo determinato sarebbe stata una mera eventualità».



30. La affermazione contenuta nello stesso capoverso, ed oggetto di censura, secondo cui «il [REDACTED] aveva i requisiti per essere ammesso nell'elenco (avendo terminato il proprio rapporto a tempo determinato oltre dodici mesi prima dell'approvazione dell'elenco)», nel complessivo argomentare, non ha valenza di autonomo accertamento; di ciò è conferma nel fatto che il giudice dell'appello non si confronta in alcun modo con i contenuti della delibera nr. 123/2006.

31. In sostanza, l'unica statuizione posta a base del decidere è quella cassata in accoglimento del primo motivo del ricorso principale; la inammissibilità del secondo e del terzo motivo del ricorso incidentale discende, pertanto, dal difetto di interesse del ricorrente incidentale alle censure.

32. Conclusivamente, respinto il primo motivo del ricorso incidentale, la sentenza impugnata deve essere cassata in accoglimento del primo motivo del ricorso principale, assorbiti gli altri; sono inammissibili il secondo ed il terzo motivo del ricorso incidentale. La causa va rinviata alla Corte di Appello di Roma in diversa composizione affinché provveda ad un nuovo esame della pretesa del [REDACTED] alla assunzione a termine (anche in relazione ai requisiti di inserimento nell'elenco degli idonei «esterni»), facendo applicazione dei principi di diritto qui ribaditi.

33. Il giudice del rinvio provvederà, altresì, alla disciplina delle spese del presente grado

PQM

La Corte rigetta il primo motivo del ricorso incidentale. Accoglie il primo motivo del ricorso principale, assorbiti gli altri. Dichiara inammissibili gli ulteriori motivi del ricorso incidentale. Cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia— anche per le spese— alla Corte d'Appello di Roma in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella adunanza camerale del 16 luglio 2020