



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



LA SORTE DEL CONTRATTO DI LAVORO ALLE DIPENDENZE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE A SEGUITO DI ANNULLAMENTO DELLA GRADUATORIA CONCORSUALE

Le ripercussioni dell'annullamento della graduatoria di un concorso pubblico avvenuto in sede giurisdizionale, o in autotutela, sull'assunzione in servizio del candidato collocatosi in posizione utile nella lista concorsuale.

di **Francesco Orabona**

IUS/09 - ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO

Estratto dal n. 4/2018 - ISSN 2532-9871

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Publicato, Giovedì 26 Aprile 2018

Sommario: 1. Premessa; 2. Il quadro normativo; 3. Annullamento della graduatoria concorsuale e invalidità del contratto di lavoro. La tesi della nullità. Critica; 4. Ipotesi di nullità testuale del contratto di lavoro; 5. Tesi dell'inefficacia/caducazione del contratto di lavoro; 6. La tesi dell'annullabilità del contratto di lavoro; 7. I rimedi previsti dall'autonomia collettiva; 8. Questioni di carattere processuale; 9. L'azione risarcitoria proposta dal lavoratore in conseguenza dell'annullamento della procedura concorsuale.

1. Premessa

Assume particolare rilevanza il tema delle ripercussioni dell'annullamento della graduatoria di un concorso pubblico avvenuto in sede giurisdizionale o in autotutela sull'assunzione in servizio del candidato collocatosi in posizione utile nella lista concorsuale.

Una parte della dottrina ritiene che l'annullamento degli atti della procedura selettiva a monte farebbe venir meno automaticamente il contratto di lavoro stipulato a valle, che è idea mutuata dalla ben più nutrita elaborazione in materia di appalti pubblici, di estrazione prevalentemente amministrativistica, affermatasi come prevalente in giurisprudenza, prima che la materia trovasse una sua sistemazione legislativa con la trasposizione nell'ordinamento interno della direttiva comunitaria ricorsi^[1].

Gran parte della dottrina ha, viceversa, argomentato nel senso di tenere distinto il rapporto fra graduatoria concorsuale e contratto di lavoro da quello fra aggiudicazione e contratto di appalto.

Infatti, le ripercussioni dell'annullamento o della revoca degli atti amministrativi, a monte del contratto di lavoro subordinato, debbono essere valutati alla luce della disciplina delle patologie contrattuali, come fatti capaci di integrare altrettante cause di invalidità o di risoluzione del contratto. È dunque terminologicamente prima che concettualmente equivoca la formula della c.d. trasmissione o riversione degli effetti patologici dal provvedimento amministrativo al contratto o anche dell'invalidità derivata di questo da quello. Nella disciplina dell'assunzione alle dipendenze della P.A. come in quella delle altre materie nelle quali si propone lo schema della combinazione fra fase amministrativa e fase negoziale, l'idea del transito dei vizi è tutt'affatto estranea alla struttura e alla logica dei rapporti fra procedimento amministrativo e contratto. La "invalidità per contagio" è una costruzione arbitraria già sul terreno dove è nata, ossia quello del collegamento negoziale; a maggior ragione lo è nella nostra materia dove convergono discipline ispirate a logiche opposte nei due rami dell'ordinamento interessati, quello amministrativo e quello civile. Nel medesimo ordine di idee va intesa con estrema cautela la premessa

secondo la quale l'attività contrattuale della P.A. sarebbe comunque funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico.

Nel medesimo ordine di idee va intesa con estrema cautela la premessa secondo la quale l'attività contrattuale della P.A. sarebbe comunque funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico.

La seconda premessa di metodo che è bene anteporre alla trattazione del tema è un invito a rifuggire dalla tentazione di trapiantare nel diritto del lavoro pubblico costruzioni affermatesi in altri rami dell'ordinamento, che non considerino adeguatamente la specificità dei dati normativi di riferimento, nella nostra materia insistenti prevalentemente nell'area dell'acquisizione e della gestione del personale pubblico e privato, in forma subordinata o anche autonoma.

2. Il quadro normativo.

Per rimanere fedeli alle premesse di metodo sopra enunciate, l'analisi giuridica deve dispiegarsi a partire dal contenuto precettivo degli articoli 35, 36, 55 quater, c. 1, lett.d) e 63 del d.lgs. 165/2001.

La prima disposizione pone la regola secondo la quale l'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene, di norma, tramite procedure selettive, di natura pubblicistica, ordinate all'accertamento della professionalità dei concorrenti e conformate ai canoni di pubblicità, imparzialità e competenza. Essa svolge i principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, enunciati nell'art. 97 della Costituzione.

La seconda disposizione — l'art. 36, d.lgs. 165/2001 — conferma la regola posta dall'articolo precedente (c. 1); dopo di che prescrive che la violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di pubblici dipendenti con contratti di lavoro atipici non può mai comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato di ruolo (c. 5).

L'art. 55, quater , c. 1, lett. d), d.lgs. 165/2001 punisce con il licenziamento in tronco il dipendente che abbia commesso falsità documentali o dichiarative ai fini oltre che in occasione della stipulazione del contratto di lavoro.

Infine, l'art. 63 del medesimo decreto, nell'attribuire al giudice ordinario del lavoro la giurisdizione anche sulle controversie concernenti l'assunzione al lavoro (c. 1), stabilisce che le sentenze, le quali riconoscono il diritto all'assunzione, ovvero accertano che questa

è avvenuta in violazione di norme sostanziali o procedurali , hanno effetto rispettivamente costitutivo ed estintivo del rapporto di lavoro (c. 2), soggiungendo che, se vi è incidenza di atti amministrativi presupposti, questi sono disapplicati se illegittimi.

3 Annullamento della graduatoria concorsuale e invalidità del contratto di lavoro. La tesi della nullità. Critica.

In nessun luogo la nostra legge commina espressamente la nullità del contratto di lavoro a causa della violazione della disciplina del pubblico concorso. Il caso dell'inosservanza di norme procedurali è bensì preso in considerazione dall'art. 63, c. 2, d.lgs. 165/2001, ma allo scopo di enunciare una speciale ipotesi di efficacia costitutiva della sentenza, che si correla al disposto dell'art. 2908 cod. civ., senza altro dire sul vizio o sul tipo di invalidità che inficerebbe il contratto di lavoro, anzi dando un'indicazione incompatibile con la comminatoria di nullità del contratto di lavoro, come si dirà subito.

Per parte sua, la violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego, di cui discorre il comma 5 dell'art. 36, d.lgs. 165/2001, e poi anche la nullità comminata dal successivo comma 5 quater, hanno tratto a profili sostanziali (carezza di causali, superamento del termine apposto al contratto, abuso da successione di contratti) più che procedurali; inoltre si riferisce espressamente all'ipotesi particolare dell'assunzione con contratti di lavoro cd. flessibili a tempo determinato (contratti a termine, di formazione e lavoro, di somministrazione di manodopera, etc.).

Infine, l'allegazione di documenti falsi o di circostanze non veritiere ai fini dell'assunzione al lavoro, che potrebbe rilevare come causa di annullamento della graduatoria concorsuale, è considerata dall'art. 55 quater, c. 1, lett. d), d.lgs. 165/2001 causa di recesso per giusta causa dal contratto di lavoro e non di nullità del medesimo.

Se è valida questa prima acquisizione, allora la prima domanda da porsi è se la violazione delle disposizioni procedurali, che disciplinano la fase precedente l'assunzione (o la promozione a categoria superiore) possa essere una causa di nullità virtuale del contratto di lavoro ai sensi dell'art. 1418, c. 1, cod. civ., come parte della dottrina e della giurisprudenza affermano^[2].

Se non che, la premessa del carattere imperativo della disciplina del concorso pubblico per assunzione, della quale nessuno dubita, non è sufficiente a reggere la conclusione che il contratto di lavoro stipulato a valle del procedimento amministrativo viziato sarebbe nullo ai sensi dell'art. 1418, c. 1, cod. civ..

Non ogni contrarietà a norma imperativa di legge comporta nullità dell'atto e del contratto; perché questa qualificazione giuridica possa essere predicata, con le gravi conseguenze che ne derivano, è necessario che la norma imperativa violata protegga interessi generali e fondamentali della vita associata, sia cioè una norma qualificata di ordine pubblico. Il che non sembra possa dirsi senza incertezze in relazione alla disciplina del pubblico concorso, che è posta a presidio di interessi bensì pubblici ma settoriali.

Peraltro non tutti dello stesso peso specifico, altro essendo l'interesse protetto dalle norme concernenti la programmazione delle assunzioni, altro essendo quello protetto da quelle sulla composizione delle commissioni, altro ancora quello protetto dalle tante prescrizioni formali contenute nei bandi di concorso. Oltre a ciò, vale la considerazione che quella disciplina avrebbe carattere pur sempre procedurale; concernerebbe cioè la fase di formazione della volontà della pubblica amministrazione, laddove la nullità c.d. virtuale potrebbe essere predicata quando il contratto si ponesse, nel suo contenuto oggettivo, in contrasto con una norma imperativa, che è quanto avviene, ad es., nel caso dell'assunzione di personale adibito a svolgere mansioni di diretta collaborazione, da parte di amministrazioni i cui vertici non siano espressione di rappresentanza politica, contro lo specifico divieto dell'art. 4, c. 4, ultimo periodo del d.lgs. 165/2001. oppure nel caso in cui la collocazione nelle posizioni utili della graduatoria sia il frutto di corruzione propria o impropria (e non anche del reato di truffa) o infine nel caso in cui sia dichiarato vincitore un concorrente non in possesso delle abilitazioni richieste quali condizioni di possibilità giuridica dell'oggetto del contratto di lavoro.

Occorre, infine, considerare che l'art. 1418, c. 1, cod. civ. dice nullo il contratto contrario a norme imperative, ma fa salve le ipotesi in cui la legge stessa disponga diversamente. E diversamente la legge sembra disporre nel nostro caso, posto che, nel richiamato art. 63, c. 2, d.lgs. 165/2001, la violazione di norme procedurali nell'assunzione è considerata causa di estinzione del contratto di lavoro, operante con la mediazione necessaria del giudice del lavoro. L'espressa attribuzione dell'efficacia estintiva alla sentenza del giudice civile del lavoro ha senso solo sul presupposto dell'esistenza di un vincolo giuridico produttivo di effetti, suscettibile di essere sciolto per mano giudiziale, ciò che accade quando il contratto è annullabile e non nullo. Che se la violazione della disciplina del concorso fosse da considerare causa di nullità, il riconoscimento espresso dell'efficacia costitutiva/estintiva della sentenza che la accerta sarebbe un fuor d'opera.

Incompatibile con la comminatoria di nullità dell'assunzione è anche la disciplina contenuta nell'art. 55 quater, c. 1, lett. d), d.lgs. 165/2001, il quale prevede la sanzione disciplinare del licenziamento senza preavviso nei confronti di chi commette falsità documentali o dichiarative ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro. Non sembra dubbio che l'illecito commesso dal candidato possa incidere anche sul procedimento di scelta del contraente, potendo causare l'annullamento della graduatoria

concorsuale. E tuttavia la legge non dispone la caducazione automatica del contratto di lavoro stipulato, bensì la sua risoluzione mediante licenziamento per giusta causa, ciò che, all'evidenza, è incompatibile con la qualificazione di nullità del contratto di lavoro, come ben ha dimostrato la larga elaborazione intorno all'art. 2126, cod. civ..

La duplice incidenza della falsità commessa dal candidato — sul rapporto di lavoro nella forma di un illecito disciplinare e sulla procedura concorsuale come causa di annullamento della graduatoria finale — pone un problema di concorso o di sovrapposizione di rimedi: il recesso dal contratto e l'annullamento in sede amministrativa degli atti del concorso.

Si tratta di un problema di agevole soluzione. Innanzi tutto occorre osservare che la falsità in argomento ha una diversa connotazione e portata nei due piani sui quali può incidere: a fini disciplinari è richiesto sia dolosa, donde la grave sanzione del licenziamento in tronco; ai fini della validità della procedura concorsuale rileva oggettivamente, come mera difformità del dichiarato dal dato reale, qui importando solo che il candidato possenga o non possenga le qualità richieste dal bando di concorso^[3].

Di sovrapposizione di rimedi si può dunque parlare solo quando la falsità sia dolosa, perché quando non lo fosse potrebbe essere causa di annullamento degli atti del concorso e non anche di licenziamento. Ciò premesso, quando dolo vi fosse, se l'amministrazione attivasse il procedimento disciplinare nei termini di legge (come sarebbe tenuta a fare, pena l'incorrere del dirigente inerte nella sanzione prevista dall'art. 55 sexies, c. 3, d.lgs. 165/2001), allora diventerebbe superfluo l'annullamento in sede amministrativa e se fosse proposta azione di annullamento degli atti della procedura, il processo si dovrebbe estinguere una volta divenuto inoppugnabile il licenziamento, perché il ricorrente pretermesso nella graduatoria concorsuale perderebbe interesse a coltivare il ricorso. Se viceversa l'azione disciplinare non fosse stata iniziata o fossero scaduti i termini per farlo oppure il lavoratore avesse ottenuto un giudicato civile di invalidazione del licenziamento intimato, con conseguente reintegrazione nel posto di lavoro, dovrebbe restare aperta la strada dell'annullamento, anche in sede di autotutela, della procedura concorsuale, con le conseguenze di cui si dirà in prosieguo sul contratto di lavoro.

Se invece la questione della legittimità del licenziamento e della validità del contratto di lavoro si facesse nello stesso processo, evidentemente quello civile, allora le questioni di validità del contratto di lavoro sarebbero prioritarie ed assorbenti rispetto a quelle di legittimità del licenziamento^[4].

L'idea che la nuda violazione della disciplina procedurale del pubblico concorso possa essere causa di nullità del contratto di lavoro per contrarietà a norma imperativa di legge

non sembra dunque trovare conforto nell'ordinamento del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, che anzi la rifiuta.

4. Ipotesi di nullità testuale del contratto di lavoro.

La premessa che la violazione della disciplina generale sull'accesso al pubblico impiego non sia sufficiente a fondare la nullità virtuale del contratto di lavoro non è smentita ma anzi confermata dalle diverse ipotesi di nullità testuale del medesimo contratto, che si trovano disseminate in vari luoghi della legislazione generale e speciale in materia di rapporto e mercato del lavoro pubblico.

Viene in rilievo, innanzitutto l'art. 34 bis, c. 5, d.lgs. 165/2001, il quale dispone la nullità di diritto dell'assunzione effettuata senza avere prima valutato le richieste di mobilità di lavoratori interessati da dichiarazioni di eccedenza di personale presso altri enti.

Nel d.lgs. 165/2001, si deve considerare, inoltre, l'art. 36, c. 5 quater, il quale commina la nullità dei contratti di lavoro a tempo determinato stipulati fuori dalle ipotesi espressamente ammesse e dai limiti consentiti dai rispettivi statuti normativi. Nella legislazione speciale sul pubblico impiego è da segnalare il disposto dell'art. 19, l. 28 dicembre 2001, n. 488, il quale pose limiti penetranti alla possibilità di assumere personale, comminando espressamente la nullità delle assunzioni effettuate oltre i contingenti prestabiliti.

E ancora il disposto dell'art. 15, c. 1, 15 luglio 2011, n. 111, che vieta le assunzioni di nuove unità di personale agli enti pubblici insolventi, sottoposti a commissariamento dallo Stato, e poi dice nulli i contratti di lavoro eventualmente sottoscritti in deroga al divieto. Da ultimo, un'ipotesi di nullità testuale del contratto di lavoro è stata introdotta dall'art. 16, c. 8 della stessa l. 15 luglio 2011, n. 111 al fine di arginare la mala prassi di molti legislatori regionali che hanno sovente autorizzato con legge l'immissione in ruolo di nuove unità di personale, frequentemente in via di stabilizzazione di rapporti di lavoro precario, in spregio alla disciplina del pubblico concorso e/o ai tetti di spesa pubblica fissati a livello nazionale. La disposizione qualifica nulle le assunzioni effettuate in base a leggi dichiarate incostituzionali, ponendo uno specifico obbligo di revoca degli atti invalidi.

La smentita che dai menzionati luoghi normativi proviene all'idea che l'annullamento dei provvedimenti amministrativi antecedenti all'assunzione determini la nullità del contratto di lavoro è duplice.

Intanto, non si spiegherebbe la ragione per la quale il legislatore avrebbe disposto la nullità testuale del contratto di lavoro solo nelle menzionate ipotesi particolari, se ad attingere quel medesimo risultato fosse stata sufficiente l'applicazione delle regole generali in materia di nullità virtuale.

L'eventualità che singole disposizioni di legge introducano ipotesi di nullità testuale ha, nell'art. 1418, cod. civ., un significato sistematico nel consentire l'attrazione sotto la grave qualificazione di nullità di ipotesi che altrimenti, cioè in mancanza di esplicita previsione, ne sarebbero escluse.

In secondo luogo, si deve rilevare che le menzionate disposizioni particolari non sono genericamente poste a garanzia dell'interesse alla selezione imparziale dei migliori fra i concorrenti, come è per la disciplina generale del pubblico concorso; presidiano bensì lo specifico interesse al contenimento della spesa per il personale pubblico, componente significativa della spesa pubblica complessiva, che è stata preoccupazione costante della legislazione in materia di pubblico impiego degli ultimi venticinque anni. E per togliere ogni dubbio sul risultato che si voluto raggiungere sono state per lo più espresse nella forma del divieto di stipulare il contratto di lavoro, cosicché è chiaro che il vizio attinge direttamente questo prima che gli atti della procedura selettiva a monte. Ad essere vietata è qui la conclusione stessa del contratto e non una modalità anomala di scelta del lavoratore, per modo che a venire in rilievo non è tanto il rapporto fra fase amministrativa di scelta del contraente e contratto di lavoro, quanto quello fra quest'ultimo e la norma imperativa di legge che pone il divieto o il limite di assunzione.

È vero che l'assenza del concorso configurerebbe una anomalia più grave della semplice illegittimità di uno o più atti della procedura, come anche è testimoniato dalla disciplina in materia di contratti pubblici. Ma la questione non può risolversi sul piano quantitativo, posto che, sotto il profilo giuridico formale, un'assunzione effettuata all'esito dell'annullamento della graduatoria equivale ad un'assunzione senza concorso.

Né sembra, abbia base giuridica la distinzione proposta in dottrina fra violazione di norma ordinativa (quella che prescriverebbe di assumere solo tramite pubblico concorso), avente natura di norma di ordine pubblico, la cui violazione sarebbe causa di nullità, e norma proibitiva (quella che imporrebbe la regolarità della serie procedimentale a monte dell'assunzione), la cui violazione determinerebbe un'anomalia meno grave, sanzionata sub specie di carenza di legittimazione a contrarre.

5. Tesi dell'inefficacia/caducazione del contratto di lavoro.

In giurisprudenza la proposizione che il contratto, stipulato a valle di un provvedimento

amministrativo annullato o revocato, possa essere dichiarato nullo per contrarietà a norma imperativa di legge è stata non di rado espressa in forma promiscua con la tesi che del contratto medesimo ha affermato l'inefficacia.

Auspice il fatto che la questione è, di norma, sollevata in sede di regolamento di giurisdizione, dove ha rilievo stabilire quale giudice può conoscere sulle questioni di validità ed efficacia del contratto ma non anche stabilire quale tipo di invalidità lo affligga, le nostre corti superiori hanno non di rado evitato di prendere partito in materia^[5] E anche quando, in una occasione, il Consiglio di Stato ha tentato di prendere di petto la questione, rimettendola all'Adunanza plenaria, questa la ha abilmente elusa^[6]

Cosicché, un Giudice ha potuto affermare che il contratto di lavoro deve considerarsi privo di effetti, « non rilevando approfondire il profilo, di interesse solo teorico, della condizione giuridica del contratto, se nullo per contrasto fra norma imperativa, ovvero inesistente per mancanza dell'individuazione della parte stipulante»^[7].

Premessa della qualificazione giuridica di inefficacia è l'assunto che fra procedura ad evidenza pubblica e contratto vi sarebbe un nesso di presupposizione o di collegamento, cosicché, venendo meno uno degli atti della serie procedimentale anteriore alla stipula del contratto, cadrebbe automaticamente anche questo. Nella disciplina dei contratti pubblici, questo schema relazionale fra procedimento amministrativo e contratto è stata la base dell'enucleazione dell'istituto giuridico, che ha preso il nome di caducazione del contratto.

Se non che, se può dirsi vera la premessa sopra enunciata non sembra da condividersi la conclusione che si è preteso di trarne, per lo meno sul piano della costruzione di un modello generale ed astratto di relazione fra fase amministrativa e contratto, valido anche nel settore del lavoro pubblico.

Intanto, nei termini fatti propri dalla giurisprudenza, la qualificazione di inefficacia o di caducità non ha base positiva nell'ordinamento del lavoro pubblico. Anzi, la legge sembra rifiutarla, per le stesse ragioni che si sono espone discorrendo della nullità.

Precisamente, la necessità della mediazione giudiziale, richiesta dall'art. 63, c. 2, d.lgs. 165/2001, o del recesso del datore di lavoro, richiesta nell'ipotesi speciale prevista dall'art. 55 quater , c. 1, lett. d), d.lgs. 165/2001, non sembra compatibile con la automaticità di conseguenze, propria della categoria dell'inefficacia, in tutte le varianti prospettate in dottrina e giurisprudenza.

Né si obietti, in contrario, che l'inefficacia ad applicazione giudiziale necessaria è proprio la qualificazione predicata dagli artt. 121 e 122, d.lgs. 104/2010 in relazione al contratto di appalto aggiudicato con procedura illegittima. L'obiezione non coglie nel segno. Un po' perché la disciplina dei contratti pubblici ha una ratio di fondo non comune a quella dell'accesso al pubblico impiego, essendo a quest'ultima estranea ogni correlazione con l'interesse al corretto funzionamento del mercato concorrenziale, che invece informa di sé la prima. E poi perché la disciplina dell'inefficacia di cui ai menzionati artt. 121 e 122 ha tratti di specialità così marcati, che ne impedirebbero l'estensione analogica^[8]

Ma soprattutto, il meccanismo di funzionamento tanto della presupposizione che del collegamento negoziale è incompatibile con la considerazione che il vizio che affligge la procedura riguarda le parti del contratto, la pubblica amministrazione contraente e/o il lavoratore, traducendosi in anomalie che la legge contempla già quali cause di invalidità, ma, come vedremo, sotto la specie dell'annullabilità.

Per superare questa obiezione si è fatto appello alla categoria della legittimazione a contrarre (sub specie di difetto di), diversa dal difetto di capacità di agire di cui all'art. 1425 cod. civ. (la quale ultima sarebbe, invece, causa di annullabilità). Ma con poco costruito, occorre osservare, se è vero che in un caso la premessa è stata la base per argomentare la conclusione che il contratto sarebbe stato inefficace, di un'inefficacia relativa, mentre in un altro annullabile.

Né miglior fortuna ha avuto il tentativo di ricondurre la vicenda dell'annullamento degli atti del concorso o della gara all'istituto della rappresentanza senza potere (art. 1398 cod. civ.). L'idea che la situazione della pubblica amministrazione dopo il giudicato amministrativo di annullamento sia equiparabile a quella del falsus procurator è apparsa subito un debole artificio al quale pochi hanno inteso dare credito e seguito.

6. La tesi dell'annullabilità del contratto di lavoro.

Se, a questo punto dell'indagine, si osserva la vicenda che si diparte dall'annullamento dell'atto terminale della procedura concorsuale di scelta del contraente privato con occhio scevro da pregiudizi non si tarda ad avvedersi che la specie di invalidità più acconcia a descriverne la struttura e lo sviluppo è l'annullabilità del contratto, cosicché, per dirla con le parole del richiamato art. 63, c. 2, d.lgs. 165/2001, il giudice, il quale accerti che l'assunzione è avvenuta in violazione di disposizioni procedurali, dispone l'estinzione del rapporto di lavoro, cioè annulla il contratto di lavoro.

L'annullabilità sarebbe da ricondurre, per lo più, all'ipotesi dell'errore sulla persona. Così dovrebbe essere ogni volta che l'annullamento della graduatoria avvenisse a seguito della

denuncia di vizi riguardanti

la persona o la posizione del vincitore. In tal caso l'errore dovrebbe ritenersi sempre rilevante a prescindere dal requisito della riconoscibilità perché bilaterale, sebbene non comune ad entrambi i contraenti in quanto determinante del consenso della sola p.a..

Nell'ipotesi in cui il concorrente avesse ottenuto la collocazione nelle posizioni utili della graduatoria concorsuale mediante artifici o raggiri, cioè mediante la commissione del reato di truffa, il vizio del volere potrebbe essere ricondotto alla figura del dolo (art. 1439 cod. civ.), anche se, a ben guardare, anche in questa ipotesi ciò che vizia la volontà dell'amministrazione stipulante sarebbe pur sempre un errore sulla persona del vincitore del concorso, posto che l'artificio o il raggiro esaurirebbero i loro effetti nella fase selettiva precontrattuale.

Né a conclusione diversa si può giungere argomentando dal tenore dell'art. 75 del d.p.r. 445/2000, in materia di autocertificazione. La disposizione stabilisce bensì la decadenza dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera, ma non si può riferirla al contratto di lavoro, che si avrebbe difficoltà a qualificare in termini di beneficio. La decadenza ha piuttosto ad oggetto la collocazione in una certa posizione della graduatoria concorsuale e dunque esaurisce ancora una volta i suoi effetti all'interno della fase dell'evidenza pubblica, cosicché le conseguenze che la decadenza dalla posizione guadagnata in graduatoria mediante la dichiarazione mendace proiettano sul contratto di lavoro dovranno essere valutate a stregua di vizi della volontà, precisamente, ancora una volta, di errore sulla persona del contraente.

A postulare il travolgimento anche del rapporto di lavoro, si potrebbe forse giungere nell'area del pubblico impiego non contrattualizzato, dove non vi è alterità di natura fra gli atti della procedura concorsuale e quello che costituisce il rapporto di lavoro^[9]

Ma anche qui, piuttosto che in forza dell'applicazione diretta del dell'art. 75 d.p.r. 445/200 al provvedimento di nomina, il travolgimento di questo sembra più correttamente riconducibile allo schema dell'invalidità derivata di diritto amministrativo.

Quando, invece, l'annullamento in sede amministrativa avesse luogo a causa di vizi riguardanti il procedimento in generale (ad esempio la fase della programmazione triennale delle assunzioni o la composizione delle commissioni), allora l'errore rilevante dovrebbe essere quello di diritto, previsto dall'art. 1429, n. 4, cod. civ..

Non sembra condivisibile, invece, l'idea, sin dalle origini diffusa presso la nostra giurisprudenza formatasi sulla materia dei contratti pubblici, che riconduceva l'annullabilità del contratto all'ipotesi di cui all'art. 1425 cod. civ., sotto la veste di difetto di capacità di agire della P.A. Si tratta di una soluzione artificiosa, per di più battuta in breccia dalla difficoltà di riferire la categoria dell'incapacità di agire a soggetti di diritto diversi dalle persone fisiche, quindi anche alle pubbliche amministrazioni.

L'originaria intuizione della giurisprudenza civile era dunque esatta, quantomeno per quel che attiene all'individuazione della specie di invalidità se non anche alla individuazione del vizio del volere cui ricondurla. Né gli argomenti che si sono addotti per metterla in discussione e poi accantonarla sono stati irresistibili. Più di tutto ha pesato la preoccupazione consequenzialista che optare per l'annullabilità del contratto di lavoro avrebbe significato lasciare all'amministrazione la scelta di mantenere in vita il vincolo illegittimamente sorto, con possibile sacrificio dell'interesse pubblico, posto che la legittimazione all'azione di annullamento sarebbe stata solo dell'amministrazione medesima (art. 1441, cod. civ.).

Ma in disparte la considerazione che addurre simile inconveniente pratico non può essere ragione sufficiente per disapplicare la disciplina dell'invalidità più confacente alla patologia della quale il contratto mostra di essere concretamente affetto, il paventato pericolo che l'inerzia dell'amministrazione si svolga in pregiudizio dell'interesse pubblico non è giuridicamente fondato perché se è vera la premessa che l'eliminazione del contratto di lavoro dal mondo giuridico rappresenta il mezzo elettivo per perseguire l'interesse pubblico quando sia venuto meno l'atto amministrativo di scelta del concorrente, allora la conclusione da trarre non è che l'amministrazione procedente è libera di proporre o non l'azione giudiziale di annullamento del contratto di lavoro, bensì che è obbligata a farlo.

È dubbio se, dopo il giudicato amministrativo, l'amministrazione abbia la possibilità di sottrarsi all'esercizio dell'azione di annullamento in sede civile, opponendo che esisterebbe un prevalente e contrario interesse pubblico alla conservazione del contratto, come la autorizza a fare la legge nel settore dei contratti pubblici quando fa salvi gli effetti del contratto, nonostante l'annullamento dell'aggiudicazione, qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti (art. 121, c. 2, d.lgs. 104/2010). Ma se si optasse per la soluzione affermativa, allora in questa sia pure limitata elasticità, che consentirebbe all'amministrazione procedente una certa discrezionalità, risiederebbe forse un pregio della soluzione che fa perno sulla annullabilità del contratto, come ben aveva osservato una parte della Dottrina, che pure concludeva per la nullità del contratto stipulato a valle di una aggiudicazione annullata^[10].

Sul piano processuale, quest'obbligo rientra fra gli effetti di conformazione del giudicato amministrativo e, pertanto, l'adempimento potrebbe essere coartato ad iniziativa del terzo, vittorioso nel processo conclusosi nanti al giudice amministrativo (mentre se l'annullamento fosse avvenuto in sede di autotutela il problema non si porrebbe nemmeno, poiché sarebbe impensabile che l'amministrazione, la quale autoannulli il provvedimento a monte, poi volesse conservare il contratto a valle.

Secondo un orientamento giurisprudenziale, l'approvazione della graduatoria, con correlativa designazione del vincitore del concorso, da un lato, e costituzione del rapporto di impiego, dall'altro, pur essendo atti connessi e configurandosi l'uno come presupposto della validità dell'altro, restano reciprocamente distinti, con la conseguenza che il giudicato di annullamento dell'atto presupposto, mentre può costituire la ragione di un successivo annullamento di quello subordinato, non ne determina di per sé la caducazione, rimanendo, invece, affidato al potere conformativo dell'Amministrazione disporre la cessazione di un rapporto di impiego tuttora pendente, ancorché in assenza delle condizioni di legittimità dell'assunzione del lavoratore^[11]. Non vi è, dunque, alcun « trasferimento dal vincitore del giudizio all'amministrazione soccombente del diritto di chiedere l'annullamento del contratto », come invece afferma un'autorevole dottrina^[12]. Il diritto/potere di chiedere l'annullamento del contratto non è del terzo, che ha ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione; è dell'amministrazione. Il terzo, se è uscito vincitore nel processo amministrativo, ha semmai il potere di costringere l'amministrazione a esercitare l'azione di annullamento in sede civile, eventualmente mediante ricorso all'ottemperanza^[13].

Invece non è applicabile alla nostra materia la soluzione elaborata dalla nota pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (30 luglio 2008, n. 9), che predica una cognizione sul contratto, incidenter tantum e senza efficacia di giudicato, effettuata direttamente dal giudice dell'ottemperanza. Quella costruzione sarebbe praticabile solo sul terreno di invalidità negoziali ad efficacia c.d. automatica, come la nullità, non anche dell'annullabilità, che postula l'intervento costitutivo del giudice civile (così esattamente l'ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria n. 1328/2008 dalla quale è poi sortita la richiamata Cons. Stato, Ad plen 9/2008). Dopo di ciò si potrà affermare che l'annullabilità del contratto sia rimedio inadeguato rispetto alle esigenze di tutela del terzo controinteressato. Il che è proposizione che, se scopre uno dei poli del conflitto di interessi implicati nella materia (gli altri mettono capo all'amministrazione e all'aggiudicatario), che il diritto — qui la sua interpretazione e applicazione — deve risolvere, non è un criterio sufficiente di preferenza di una soluzione piuttosto che di un'altra, quanto al tipo di invalidità che affligge il contratto.

A questa considerazione si deve aggiungere l'ulteriore argomento pratico che l'amministrazione riceve una coazione indiretta all'annullamento del contratto dalle

possibili implicazioni in termini di responsabilità contabile che la prosecuzione del rapporto causerebbe, posto che l'inerzia dell'amministrazione si traduce in danno risarcibile per il terzo ricorrente, illegittimamente pretermesso.

In materia di danno da mancata o ritardata assunzione occorre considerare che la giurisprudenza amministrativa prevalente è ferma nel negare il diritto alla restitutio in integrum, cioè alla corresponsione delle retribuzioni correnti e differite, e alla ricostituzione integrale della posizione previdenziale. Essa riconosce un risarcimento del danno ragguagliato, nel minimo, al 50% degli emolumenti che sarebbero maturati e dei contributi previdenziali da versare agli enti di previdenza durante il periodo di mancata assunzione^[14].

Vi è dunque idonea garanzia che l'amministrazione rimuova la situazione antiggiuridica creatasi a valle della procedura concorsuale annullata. E se poi si trovasse eccessivamente dispendioso, anche in termini di tempo, l'avvio del processo civile e l'attesa della sua conclusione, si potrebbe pur sempre estromettere di fatto dal rapporto il concorrente illegittimamente assunto, aspettare che il giudizio sia avviato da questo, dopo di che eccepire davanti al giudice civile l'annullabilità del contratto, peraltro senza sottostare alla prescrizione quinquennale, che vale per l'azione ma non per l'eccezione di annullamento (art. 1442, cod. civ).

Si aggiunga, inoltre, che la scelta di estromettere il lavoratore prima che sia terminato il giudizio di annullamento ha una significativa ricaduta sul piano dei costi che l'amministrazione deve sopportare, posto che la regola della retribuibilità della prestazione di lavoro resa in forza di un contratto annullabile vale fino a quando il rapporto abbia avuto esecuzione (art. 2126 c.c.).

Si avanza a questo punto un'altra obiezione di carattere pratico, e cioè che la soluzione resta comunque macchinosa, mentre la garanzia derivante dall'iniziativa del terzo sarebbe parziale, perché l'una e l'altra sarebbero attuabili solo quando l'annullamento fosse ottenuto per vizi attinenti alla posizione del solo vincitore o ai rapporti fra questo e un altro concorrente e non anche quando si fosse ottenuto l'annullamento dell'intera procedura, dove non vi sarebbe alcun terzo che potrebbe vantare un diritto a ricoprire il posto occupato dall'illegittimo vincitore. Tutto vero: due giudici e due sentenze per la soluzione di un unico problema sono troppi.

Ma se l'obiezione volesse fondarsi sul principio di concentrazione del processo e sull'argomento pratico di evitare di gravare il terzo concorrente/ricorrente o anche l'amministrazione procedente di oneri processuali eccessivi allora bisognerebbe rispondere che questo argomento non è capace di sciogliere l'interprete dal vincolo della

legge e più quella processuale sul riparto di giurisdizione (che nella nostra materia ha un contenuto stringente nell'art. 63, d.lgs. 165/2001) che quella sostanziale sull'invalidità negoziale.

E se è questa ad essere carente o difettosa, correggerla è compito del legislatore, come è accaduto nel settore dei contratti pubblici, dove si è stabilito di concentrare nelle mani di un unico giudice, quello amministrativo, il potere di annullare gli atti del procedimento di evidenza pubblica e poi di statuire sul mantenimento, in tutto o in parte, degli effetti del contratto. E poi, a ben guardare, in cosa sarebbe più pratico qualificare il contratto nullo o inefficace anziché annullabile? È vero che la nullità e anche l'inefficacia possono essere eccepite stragiudizialmente e che l'automaticità di effetti loro propria restituirebbe istantaneamente piena libertà di azione alla pubblica amministrazione una volta annullati gli atti della fase pubblicistica. Ma se questa libertà di azione consiste nella possibilità di estromettere il lavoratore illegittimamente immesso in ruolo per sostituirlo con altro avente titolo poziore, allora le differenze sono più formali che sostanziali, poiché abbiamo visto che l'amministrazione può senz'altro procedere in questo senso salvo eccepire l'annullabilità del contratto qualora convenuta in giudizio per l'adempimento dal lavoratore (illegittimo aggiudicatario del posto) che ritenesse di essere stato illegittimamente estromesso dal posto di lavoro.

È dubbio se l'eccezione di annullamento possa essere svolta nel procedimento cautelare ex art. 700, c.p.c., promosso dal lavoratore che sia stato estromesso dal posto di lavoro o privato dell'incarico dirigenziale nei quali sia stato incardinato in forza di un contratto che l'amministrazione datrice di lavoro ritiene annullabile. Il punto è che lo scioglimento del vincolo contrattuale instaurato sulla base di un contratto annullabile, perché in ciò consiste l'effetto costitutivo della pronuncia giudiziale di annullamento del contratto (art. 2908 Cod. civ.), è fuori dall'orizzonte del procedimento cautelare, che è in grado di assicurare la tutela interinale a un diritto sotto minaccia di subire un pregiudizio grave e irreparabile e non anche di disporre la disciplina provvisoria di un rapporto, come fatalmente accadrebbe se il giudice cautelare si spingesse fino a disporre l'annullamento del contratto.

E una conferma indiretta dell'assunto si rinviene da quell'orientamento della Cassazione secondo il quale la sentenza costitutiva, che disponga l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo negoziale di assunzione del lavoratore, produce il suo effetto tipico solo dopo il passaggio in giudicato, dovendosi escludere ogni possibilità di provvisoria esecuzione (art. 431 c.p.c.)^[15].

Infine, non si può obiettare che la permanenza in vita del contratto di lavoro fino a quando non intervenisse la pronuncia di annullamento in sede civile potrebbe essere di ostacolo

allo scorrimento della graduatoria oppure all'indizione di un'altra procedura selettiva e alla regolare copertura del posto messo a concorso.

L'inconveniente avrebbe a ben guardare una portata modesta. Solo se l'annullamento in sede amministrativa avesse fatto cadere l'intera graduatoria, la riedizione del concorso potrebbe essere ostacolata dalla permanenza in vita del contratto di lavoro già stipulato con l'illegittimo vincitore. E anche in tal caso, l'impedimento sarebbe assoluto solo qualora non vi fosse altro posto vacante di pari livello in dotazione organica a valere sul quale adottare un nuovo bando.

Se, invece, l'annullamento in sede amministrativa non avesse travolto l'intera procedura ma avesse prodotto un nuovo vincitore allora non vi sarebbe bisogno di indire alcun nuovo concorso o di scorrere alcuna graduatoria. La procedura i cui atti sono stati impugnati avrà un nuovo aggiudicatario del posto messo a concorso, il quale si potrà fare parte attiva per ottenere la sua immissione in ruolo e, incidentalmente, l'annullamento del contratto di lavoro stipulato con il concorrente illegittimamente classificatosi in graduatoria.

7. I rimedi previsti dall'autonomia collettiva

Nell'ordinamento del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, il conflitto fra l'interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato del lavoro interno all'amministrazione e l'interesse privato a conservare (per l'illegittimo vincitore) o eventualmente a guadagnare (per il concorrente illegittimamente pretermesso) il posto di lavoro messo a concorso trova un ulteriore terreno di composizione sul piano dell'autonomia negoziale di matrice collettiva. Non per il tramite della comminatoria di invalidità ma di quello della risoluzione del contratto.

Molti contratti collettivi di comparto prevedono clausole contenenti condizioni risolutive del contratto individuale di lavoro in conseguenza dell'annullamento o talora anche della revoca della procedura concorsuale di assunzione.

La validità di queste pattuizioni, talora inserite anche nella contrattazione individuale, è dubbia, per evidenti ragioni. Ma la loro presenza chiude a suo modo il cerchio, confermando, anche dal punto di vista della valutazione delle parti del contratto di lavoro, l'indicazione di fondo che è emersa dalle considerazioni fin qui svolte: nella disciplina legislativa sul lavoro alle dipendenze della P.A., le patologie degli atti del procedimento di scelta del contraente lavoratore non hanno la forza, di per sé sole, di produrre la cessazione automatica degli effetti del contratto di lavoro.

La nostra giurisprudenza — è noto — non ammette l'apposizione di condizioni risolutive o di clausole risolutive espresse al contratto di lavoro, che considera elusive della disciplina inderogabile in materia di licenziamento^[16].

Fuori dalla menzionata disciplina di contratto collettivo, lo schema della risoluzione del contratto è stato utilizzato dalla giurisprudenza e dalla dottrina minoritarie^[17]. In un'occasione, la Cassazione ha sostenuto che la caducazione del provvedimento amministrativo presupposto al contratto di lavoro determinerebbe non la nullità di questo ma l'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro, con conseguente risoluzione del contratto^[18].

Se non ché, la proposizione si rivela discutibile già quanto alla premessa, poiché è arduo sostenere che la prestazione oggetto di contratto sarebbe divenuta impossibile; e ancora di più quanto alla conclusione che se ne è tratta, perché a metterla sul piano dell'impossibilità questa dovrebbe dirsi non sopravvenuta, bensì originaria, ciò che determinerebbe non la risoluzione del contratto ma la nullità del medesimo.

8. Questioni di carattere processuale

In punto di giurisdizione, la competenza a giudicare sulle controversie in materia di validità del contratto di lavoro dopo l'annullamento della graduatoria concorsuale a monte è del giudice civile del lavoro (art. 63, d.lgs. 165/2001)^[19].

Nel settore dei contratti pubblici, il Legislatore ha scelto di attrarre anche le controversie concernenti la validità e l'efficacia del contratto sotto la giurisdizione del giudice amministrativo. Ed è stata questa misura, non l'aver disposto espressamente che il contratto stipulato a valle di un'aggiudicazione annullata sarebbe inefficace, ad avere sopito il dibattito in materia, perché al postutto il rifiuto di qualificare annullabile il contratto e la preferenza per quelle forme di invalidità ad effetto, per così dire, automatico, specialmente la nullità, ha mirato ad evitare l'intervento anche del giudice civile, altrimenti mediatore ineludibile fra la qualificazione di annullabilità e i suoi effetti sul contratto.

Nell'ordinamento del lavoro alle dipendenze della P.A., invece, permane la doppia giurisdizione (art. 63, d.lgs. 165/2001). Né può avere spazio di agibilità la soluzione elaborata dal noto arresto dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che ha ipotizzato una sorta di cognizione incidentale sul contratto da parte del giudice amministrativo, adito in sede di ottemperanza. Soluzione battuta in breccia dalla premessa che il contratto di lavoro stipulato a valle di una graduatoria concorsuale annullata in sede amministrativa

non è nullo, né soggetto ad alcuna forma di caducazione automatica, bensì annullabile e l'annullabilità abbisogna di una pronuncia costitutiva che non può essere resa da altro giudice che non sia quello ordinario.

La giurisprudenza e la dottrina concordano infatti nel ritenere che la giurisdizione del giudice amministrativo, relativa alle controversie in materia di «procedure concorsuali», si arresti all'approvazione della graduatoria definitiva, che consente di individuare i vincitori.

Nell'ordinamento del lavoro alle dipendenze della P.A. non è, dunque, possibile eludere la mediazione del giudice civile se si vuole ottenere l'eliminazione del contratto di lavoro stipulato con l'illegittimo vincitore.

A chi competa la legittimazione ad agire dinanzi al giudice ordinario del lavoro è quesito dalla risposta semplice e lineare quando si faccia valere la nullità del contratto di lavoro; beninteso: nelle speciali ipotesi nelle quali questa qualificazione sia predicabile. Poiché l'azione di nullità può essere esercitata da chiunque vi abbia interesse (art. 1421 cod. civ.), la domanda potrebbe essere proposta tanto dall'amministrazione procedente, quanto dal candidato aspirante al posto illegittimamente assegnato, e più dal secondo che dalla prima, la quale potrebbe più agevolmente utilizzare lo strumento dell'eccezione stragiudiziale di nullità con contestuale estromissione del lavoratore medio tempore assunto.

Invece, la legittimazione all'azione di annullamento, secondo la regola posta dall'art. 1441, cod. civ., dovrebbe predicarsi in capo all'amministrazione procedente. Esclusivamente in capo a questa quando l'annullamento in sede amministrativa avesse comportato il travolgimento dell'intera procedura e con ciò eliminato dalla scena ogni qualificata pretesa di altri concorrenti a prendere il posto occupato dall'illegittimo vincitore, poiché in tal caso non vi sarebbero terzi concorrenti che avrebbero titolo a contendergli il posto. Viceversa, quando l'annullamento fosse intervenuto per vizi inerenti alla posizione del solo vincitore oppure attinenti ai rapporti fra il vincitore e il terzo che avesse impugnato in sede amministrativa, con conseguente riformulazione della graduatoria concorsuale, la legittimazione all'azione di annullamento potrebbe predicarsi anche in capo al terzo, il quale avrebbe un interesse qualificato a che il posto occupato dall'illegittimo vincitore fosse liberato per consentire la propria immissione in ruolo.

Occorre non scordare che il contratto annullabile è produttivo di effetti fino a quando non sia intervenuta la declaratoria giudiziale del vizio che lo affligge. Dal che discende che, fino alla pronuncia di annullamento, il posto messo a bando non potrebbe considerarsi libero e dunque non potrebbe legittimamente essere ricoperto da colui il quale fosse stato riconosciuto legittimo vincitore del concorso per mano del giudice amministrativo.

Ed è esattamente questa la ragione per la quale, nel settore dei contratti pubblici, la legge espressamente subordina l'accoglimento della domanda di aggiudicazione del contratto da parte del terzo pretermesso alla dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato con l'illegittimo vincitore (art. 124, d.lgs. 104/2010).

La legittimazione in parola non sarebbe attribuita in via diretta, bensì in via surrogatoria (art. 2900, cod. civ.), dunque in caso di inerzia dell'amministrazione procedente, suscettibile di pregiudicare la soddisfazione delle ragioni creditorie del terzo.

Nel concreto svolgersi del processo dinanzi al giudice civile, la declaratoria di invalidità del contratto avrà per il terzo carattere incidentale. Egli, difatti, agirà sempre al fine principale di ottenere la costituzione coattiva del rapporto di lavoro ex art. 63, c. 2, d.lgs. 165/2001, perché è la pretesa a questo bene della vita che gli apre le porte del processo civile (art. 100 c.p.c.).

Sia che si eserciti l'azione di annullamento che quella di nullità, il processo deve svolgersi nei confronti dell'amministrazione procedente e con la partecipazione del lavoratore il cui contratto si chiede sia invalidato, il quale è litisconsorte necessario.

In prospettiva in certo modo inversa ci si è chiesti se la domanda volta ad accertare la nullità o a sciogliere gli effetti del contratto di lavoro possa essere proposta dal terzo concorrente pretermesso nella graduatoria finale senza che sia stata esperita l'azione di annullamento degli atti della procedura in sede amministrativa, cioè a dire se il giudice civile possa pronunciarsi incidentalmente sulla illegittimità degli atti della procedura concorsuale in via di disapplicazione, secondo la formula dell'art. 63, c. 1, d.lgs. 165/2001.

Il problema non si pone ove si faccia valere la nullità del contratto di lavoro, posto che, come si è visto, questa grave forma di invalidità non è mai prevista in relazione a vizi della procedura concorsuale, bensì al rapporto fra il contratto di lavoro medesimo e la legge. Cosicché il giudice civile potrebbe sempre dichiarare la nullità di questo senza che vengano in rilievo atti di una procedura concorsuale a monte.

Se invece l'azione esperita fosse quella di annullamento, allora occorrerebbe considerare che, rispetto al terzo che ha interesse ad ottenere l'annullamento del contratto di lavoro stipulato con il concorrente illegittimo vincitore, gli atti della procedura concorsuale non rappresenterebbero un semplice diaframma impeditivo della piena attuazione di una posizione di diritto soggettivo perfetta, secondo la logica della disapplicazione. Sarebbero la base giuridica su cui poggerrebbe il contratto di lavoro siglato con il concorrente

vincitore, dunque riguarderebbero un rapporto che coinvolgerebbe questo controinteressato, cosicché la cognizione che sarebbe richiesta al giudice civile non sarebbe incidentale, come solo è ammesso in sede di disapplicazione, ma principale, ciò che sarebbe consentito solo al giudice amministrativo.

Non solo: l'annullamento degli atti della procedura in sede amministrativa attualizza l'errore sulla persona del contraente, ma altresì costituisce la legittimazione all'azione di annullamento in sede civile da parte del terzo pretermesso, che in tanto avrà un reale interesse ad ottenere la demolizione del contratto di lavoro in quanto sia stato, per così dire, costituito vincitore del concorso in luogo del primo concorrente, risultato che può essere ottenuto solo nel processo amministrativo. Cosicché, a ben guardare, senza l'annullamento in sede amministrativa, il terzo aspirante al posto non avrebbe neppure titolo a provocare l'intervento del giudice civile.

9. L'azione risarcitoria proposta dal lavoratore in conseguenza dell'annullamento della procedura concorsuale.

A questo punto occorre esaminare la posizione del lavoratore già assunto con rapporto di lavoro contrattualizzato risultato vincitore di un concorso pubblico annullato in sede di giurisdizione amministrativa che si vede risolvere il contratto di lavoro in sede di autotutela (ciò è quando l'Amministrazione decida autonomamente di far cessare gli effetti del contratto essendo venuti meno i presupposti in base ai quali il rapporto è stato costituito) a seguito della pronuncia di illegittimità della procedura concorsuale svolta o all'esito di giudicato di ottemperanza nelle ipotesi in cui l'Amministrazione non abbia eseguito la decisione del Giudice amministrativo che ha sanzionato l'invalidità della medesima procedura. In tal caso, venuto meno il vincolo contrattuale con l'Amministrazione che ha risolto il rapporto di lavoro, ci si è chiesti se la posizione del lavoratore che agisce per ottenere il risarcimento dei danni per aver confidato nella legittimità dei provvedimenti inerenti la procedura concorsuale che aveva superato e che è stata, invece, successivamente annullata per illegittimità sia configurabile come diritto soggettivo o interesse legittimo e se tale azione risarcitoria spetta alla cognizione del Giudice ordinario o di quello amministrativo.

Preliminarmente, sotto il profilo della giurisdizione, occorre evidenziare che la consolidata giurisprudenza, sia civile che amministrativa, è concorde nel ritenere che la controversia sulla domanda di un pubblico dipendente, il quale, dopo l'espletamento di procedura pubblica concorsuale, chiedi l'annullamento unilaterale o la caducazione automatica, in conseguenza dell'illegittimità, definitivamente accertata in sede giurisdizionale o in sede di autotutela, della procedura di un concorso per l'accesso agli impieghi presso un'Amministrazione pubblica, con la condanna dell'amministrazione al

risarcimento del danno, esula dall'ambito di quelle inerenti la suddetta procedura del pubblico concorso e, perciò, ai sensi dell'art. 63, 1° comma, d.leg. 30 marzo 2001 n. 165, la sua cognizione spetta alla giurisdizione del giudice ordinario; infatti, con l'approvazione della graduatoria si esaurisce l'ambito riservato al procedimento amministrativo e all'attività autoritativa dell'amministrazione, subentrando una fase in cui i comportamenti dell'amministrazione vanno ricondotti all'ambito privatistico, espressione del potere negoziale della p.a. nella veste di datrice di lavoro, da valutarsi alla stregua dei principi civilistici in ordine all'inadempimento delle obbligazioni (art. 1218 c.c.), anche secondo i parametri della correttezza e della buona fede. Ne consegue che non trova applicazione nemmeno la speciale disciplina della dichiarazione d'inefficacia del contratto prevista nella materia degli appalti ex art. 120 cpa e ss.^[20]

In secondo luogo, sul piano della qualificazione della situazione giuridica soggettiva, è stato affermato che, se la domanda del lavoratore che ha subito la risoluzione del rapporto di lavoro è fondata sulla pretesa di ottenere il risarcimento delle aspettative di lavoro, sia con riferimento al mancato impiego presso i ruoli di altre amministrazioni, sia con riferimento alle occupazioni precedenti (che sono state abbandonate avendo fatto affidamento sulla legittimità della selezione concorsuale), ha consistenza di diritto soggettivo pieno, qualificabile ex art. 2043 cod.civ.^[21] La pretesa risarcitoria, proposta nella forma della reintegrazione in forma specifica, può comprendere, altresì, sia la riammissione in servizio nel ruolo precedentemente ricoperto presso la medesima Amministrazione sia il risarcimento del danno per equivalente da calcolarsi sulla base del lucro cessante e quindi delle mensilità stipendiali cui il ricorrente avrebbe diritto a far data dal momento dello scioglimento del rapporto, fino al collocamento a riposo, con ogni accessorio. Tali elementi devono essere oggetto di una prova rigorosa da parte del ricorrente e non devono essere soltanto allegati.

Tale genere di pretesa trova ampio riscontro nella giurisprudenza del giudice civile, che ha da tempo riconosciuto la risarcibilità della lesione dell'aspettativa per effetto dell'art. 2043 cod.civ. in molteplici casi, tra i quali, da ultimo, è stato ricondotto anche il danno subito dal destinatario di un provvedimento amministrativo, che vi aveva fatto legittimo ed incolpevole affidamento, e che poi ha subito l'annullamento dello stesso provvedimento, a causa di vizi di legittimità definitivamente accertati.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, in tema di risarcimento per lesione di affidamento generato nel privato dalla legittimità di atti amministrativi di cui quest'ultimo sia beneficiario e che poi sono annullati, in sede giurisdizionale o anche in autotutela, ha statuito che tale domanda appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto tale giudizio si incentra sulla violazione del dovere del "neminem laedere", che prescinde dalla natura pubblica o privata dell'agente e della sua attività, e per questo non giustifica la concentrazione della tutela risarcitoria di fronte al giudice dell'annullamento^[22].

Nel dettaglio, le pronunce della Cassazione hanno preso in esame la fattispecie nella quale un proprietario di suolo, ottenuto il permesso di costruire, ne subiva l'annullamento (in sede giurisdizionale o in via di autotutela) per delle illegittimità sue proprie, che hanno leso il suo (incolpevole) affidamento.

Si è trattato, in tale ipotesi, di una fattispecie ricadente nella giurisdizione esclusiva del g.a. e, ciononostante, le Sezioni Unite hanno egualmente ritenuto che la domanda risarcitoria per lesione dell'aspettativa legittima dovesse essere sottoposta al giudice ordinario.

Le Sezioni Unite hanno premesso che "Il proprietario del suolo o il titolare di altro diritto reale, che legittimi a costruire, hanno, quindi, un interesse pretensivo al rilascio della concessione edilizia; se il richiedente che si trova nelle condizioni previste dalla legge per il rilascio di detta concessione, se la veda ingiustamente negare, può insorgere contro l'illegittimo provvedimento di diniego chiedendo al giudice amministrativo sia il controllo della legittimità dell'atto sia il conseguente risarcimento del danno. In questo caso è ammissibile la concentrazione di entrambe le tutele dinanzi allo stesso giudice, potendo l'avente diritto al rilascio della licenza invocare entrambe le tutele"; indi hanno chiarito che "diversa è la situazione del proprietario o di altro titolare dello ius aedificandi che ottenuta la concessione edilizia ed iniziata l'attività di edificazione sul fondo facendo affidamento (incolpevole) sulla (apparente) legittimità dell'atto, venga successivamente privato del diritto ad edificare a seguito di annullamento di ufficio della concessione o di annullamento giurisdizionale della stessa su ricorso di un soggetto (in tal caso titolare di un interesse oppositivo), che assuma la intervenuta lesione di un suo diritto da parte del provvedimento impugnato. In questo caso, intervenuto l'annullamento d'ufficio o giurisdizionale per la riscontrata illegittimità della concessione, il proprietario ed il titolare di altro diritto che lo legittima ad edificare, venendo giustamente privati del diritto ad edificare, non possono invocare, adducendo la perdita di tale facoltà, il risarcimento del danno. Sulla base di questa situazione non possono invocare né la tutela demolitoria di un qualche atto ...né quella risarcitoria alla possibilità di quel tipo di tutela strettamente collegata. La legittima privazione del diritto ad edificare non autorizza nessuna delle due tutele e non consente, quindi, (non costituendo la tutela risarcitoria una autonoma ipotesi di giurisdizione esclusiva) che possa essere invocata dinanzi al giudice amministrativo la tutela risarcitoria".

Sulla scorta del principio di diritto posto dalla Giurisprudenza della Cassazione, i Giudici amministrativi hanno affermato che non può agire in via risarcitoria avanti al giudice amministrativo il soggetto che, avendo conseguito l'assunzione ai pubblici impieghi presso una PA in forza di un concorso cui ha partecipato, subisca la perdita del bene della vita così conseguito in ragione dell'avvenuto annullamento in sede giurisdizionale (o in

sede di autotutela) della graduatoria che gli attribuiva la posizione di vantaggio, in quanto con tale annullamento l'attività dell'Amministrazione, originariamente illegittima, è stata ricondotta nell'ambito del diritto^[23]

Più precisamente, la situazione di colui che, in forza di un interesse pretensivo (come quello inerente la partecipazione ad un concorso pubblico) consegua, tramite il necessario provvedimento amministrativo, il bene della vita cui aspirava, e poi, a causa dell'illegittimità del medesimo provvedimento amministrativo, perde tale disponibilità, non ha tutela giuridica nei termini di risarcimento del danno dell'interesse legittimo di fronte al giudice amministrativo, perché la posizione di vantaggio che viene a mancare era scaturita da un'azione amministrativa inidonea a produrla.

Invece, sotto il profilo dell'ingiusta lesione dell'aspettativa, il provvedimento illegittimo, mentre (essendo stato posto nel nulla) non ha più effetto ampliativo, continua a rilevare esclusivamente quale mero comportamento degli organi che lo hanno adottato, integrando così, ex art. 2043 c.c., gli estremi di un atto illecito, per violazione del principio del *neminem laedere*, imputabile alla pubblica amministrazione in virtù del principio di immedesimazione organica, per avere tale atto con la sua apparente legittimità ingenerato nel suo destinatario l'incolpevole convincimento (avendo questo il diritto di fare affidamento sulla legittimità dell'atto amministrativo e, quindi, sulla correttezza dell'azione amministrativa) di poter legittimamente fruire del bene della vita che ne formava oggetto (nel caso esaminato dalla Cassazione alla edificazione del fondo; nel caso sottoposto al G.A. l'assunzione presso un'amministrazione pubblica).

Tuttavia, la tutela dell'affidamento viene ricondotta al paradigma generale dell'art. 2043 cod.civ. anche in punto di giurisdizione: viene infatti in considerazione un danno che oggettivamente prescinde da valutazioni dirette sull'esercizio del potere pubblico, fondandosi su doveri di comportamento universali, il cui contenuto non dipende dalla natura privatistica o pubblicistica del soggetto che ne è responsabile, atteso che anche la pubblica amministrazione, come qualsiasi privato, è tenuta a rispettare nell'esercizio della attività amministrativa i principi generali di comportamento, quali la perizia, la prudenza, la diligenza, la correttezza.

In altri termini, il collegamento tra l'esercizio del potere ed il risarcimento dei danni conseguenti, che giustificherebbe l'attrazione della cognizione sia della domanda di annullamento che di risarcimento nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, si interrompe perché - una volta annullato il provvedimento - non sussistono più interessi legittimi: il danno all'affidamento è lesione di diritto soggettivo pieno.

Tale tipo di domanda risarcitoria, secondo le pronunce in esame, spetta al giudice dei diritti, ossia al giudice ordinario, dal momento che il collegamento con l'esercizio del potere non esprime un nesso causale di tipo funzionale (danno come conseguenza diretta dell'esercizio del potere, che incide su una posizione di interesse legittimo, pretensivo od oppositivo che sia), ma è un mero fatto storico di natura comportamentale, che rientra nel paradigma di cui all'art. 2043 cod.civ., al pari di qualsiasi altra azione contra ius, che causa un'ingiusta diminuzione patrimoniale.

[1] DE MARINIS, Sub art. 63 ,in AMOROSO ,DICERBO,FIORILLO ,MARESCA, Diritto del lavoro. Il lavoro pubblico, Vol. III, Giuffrè, 2011, 1108 e ss.; D. BORGHESI ,La giurisdizione del giudice ordinario, in F. Carinci (diretto da) Diritto del lavoro , vol. V, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni , UTET, Torino, 2004, 1234 e ss.

[2] Cass. sez. un. 28 giugno 2005, n. 13831; Cass. 5 giugno 2006, n. 13150; Cons. Stato 13 novembre 2012, n. 6281; Cons. Stato, 5 maggio 2003, n. 2332. Nella poca dottrina lavorista che si è occupata del tema la tesi è sostenuta da BELLOCCHI , Il contratto individuale di lavoro , in F. Carinci (diretto da), Diritto del lavoro , vol. V, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni , Utet, Torino, 2004, 541 ed è condivisa da GIACONI , La sorte del contratto di lavoro del direttore generale dell'A.S.L. a seguito dell'annullamento del presupposto atto di nomina ,in ADL , 2009, 841 e ss.; MONTINI,Il residuo ambito della giurisdizione amministrativa nel pubblico impiego privatizzato e gli effetti dell'annullamento dell'atto amministrativo presupposto sul rapporto di lavoro,in FA CDS , 2006, 897 e ss.. Invece BARBIERI (Sulla sorte del contratto di lavoro ...cit..163 e ss.) è dell'avviso che il contratto sia inefficace.

Nella materia dei contratti pubblici, quindi nell'area coperta dal d.lgs. 163/2006, la tesi della nullità per contrarietà a norma imperativa è fatta propria da SATTA ,L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto ,in DA, 2003, 669. CERULLI IRELLI L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto, in GDA, 2002, 1197 e ss.

[3] Cfr. Cons. Stato, 27 aprile 2012, n. 2447.

[4] Cfr. Cass. 7 agosto 2003, n. 11934.

[5] Cfr. Cass. sez.un., 28 dicembre 2007, n. 27169

[6] Cons. Stato, sez. V, ord. 28 marzo 2008, n. 1328; Cons. Stato, Ad. plen., 21 novembre 2008, n. 12.

[7] Cfr. Cass. 28 novembre 2008, n. 28456; si veda anche T.A.R.Veneto — Venezia, 7 ottobre 2010, n. 5285

[8] Cfr. T.A.R. Veneto, sez. II, 5 ottobre 2010, n. 5285.

[9] cfr. T.A.R. Sardegna 17 aprile 2013, n. 354

[10] Cfr. SATTA, L'annullamento dell'aggiudicazione ...,cit., spec. 678 e ss.

[11] cfr. Cass. sez.un., 28 gennaio 2003, n. 1238.

[12] SATTA, L'annullamento dell'aggiudicazione ...,cit., 771.

[13] In questi termini esattamente, Cass. 24 marzo 2004, n. 5941

[14] Cfr. Cons. Stato 26 novembre 2008, n. 5822; Cons. Stato 11 gennaio 2010, n. 16; Cons. Stato 22 marzo 2010, n. 1759

[15] Cfr. da ultimo Cass. 30 dicembre 2009, n. 27841.

[16] Cfr., ad es., Cass. 22 luglio 2002, n. 10705.

[17] CARINGELLA, Corso di diritto amministrativo ,II, Giuffrè, Milano, 2003, 2039.

[18] Cass. 18 novembre 2003, n. 17464, in vicenda concernente l'annullamento dell'atto di nomina di direttore generale di ASL, ma contra ,in vicenda analoga, cfr. Cass. 24 marzo 2004, n. 5941.

[19] Pilati Andrea, Difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di annullamento del contratto di lavoro del vincitore della procedura concorsuale, Nota a sentenza T.A.R. Bari, 01 febbraio 2013, n.136, sez. II, in Lavoro nelle p.a., fasc.1, 2013, pag. 157.

[20] Cass. civ.. sez. un.. 23-09-2013. n. 21671; TAR Reggio Calabria. 7 settembre 2012. nr.

560

[21] T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 28-03-2013, n. 179.

[22] Cass SSUU 23 marzo 2011, n. 6594 e 6595

[23] T.A.R. Calabria Reggio Calabria, n. 179/2013, cit.
