

**Corte di Cassazione, Sez. Lavoro,  
Sentenza 26 settembre 2016, n. 18854**

**Svolgimento del processo**

1 - La Corte di Appello di Catania, in riforma della sentenza di prime cure che aveva integralmente respinto il ricorso, ha accolto in parte la domanda proposta da M.G.A. nei confronti del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Gestione Commissariale Governativa Ferrovia Circumetnea - ed ha condannato l'appellato a corrispondere al M., a titolo di risarcimento del danno, 24 mensilità della retribuzione mensile omnicomprensiva spettante all'agente con qualifica di operatore di esercizio, maggiorata del 20%.

2 - La Corte territoriale ha premesso, in punto di fatto, che l'appellante aveva partecipato alla selezione, bandita il 27 luglio 2001, per l'assunzione con contratto di formazione e lavoro della durata di mesi dodici. Il bando prevedeva, fra i requisiti di partecipazione, quello anagrafico e specificava che detto requisito doveva essere posseduto dall'aspirante alla assunzione anche alla data di sottoscrizione del contratto. Aggiungeva, inoltre, che i vincitori dovevano essere convocati entro sette giorni dalla definitiva approvazione della graduatoria.

Il M., dichiarato idoneo ma non vincitore, era stato individuato quale destinatario della proposta di assunzione solo a seguito della decisione commissariale di avvalersi dello scorrimento della graduatoria ed aveva sottoscritto il contratto il 21 maggio 2003; sebbene a quella data avesse già superato il limite massimo di età. i contratto, peraltro, era stato, poi, unilateralmente risolto dalla Gestione Commissariale che solo il 19 giugno 2003 aveva rilevato l'assenza del requisito anagrafico.

3 - In diritto la Corte ha osservato che l'Amministrazione, derogando al principio generale in forza del quale i requisiti devono essere posseduti dall'aspirante all'assunzione al momento della partecipazione al concorso, ne aveva richiesto il possesso anche alla data della stipula del contratto e, per evitare che ricadessero sui vincitori le conseguenze negative di una eventuale inerzia dell'ente, si era vincolata a rispettare per la convocazione il termine di sette giorni, che doveva valere anche rispetto alle successive delibere di scorrimento della graduatoria. Se, quindi, la Gestione Commissariale avesse provveduto a convocare gli idonei entro sette giorni dalla delibera del 12 novembre 2012, con la quale lo scorrimento era stato autorizzato sino al 14 posto, avrebbe tempestivamente potuto accertare la carenza del requisito anagrafico in capo ai due partecipanti che precedevano il M. e convocare, con altrettanta tempestività, quest'ultimo, il quale avrebbe potuto validamente sottoscrivere il contratto.

La Corte territoriale, peraltro, ha escluso, sulla base del precetto inderogabile dettato dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 36, comma 2, che l'appellante potesse vantare un diritto soggettivo alla assunzione con contratto di lavoro a tempo indeterminato, ed ha riconosciuto il solo risarcimento del danno, nella misura sopra indicata, rilevando che il termine era stato poi esteso a 24 mesi e che doveva essere risarcito anche il danno alla professionalità.

4 - Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso il Ministero sulla base di tre motivi. M.G.A. ha resistito con controricorso ed ha proposto ricorso incidentale, illustrato da memoria ex art. 378 c.p.c., per censurare il capo della decisione che aveva respinto la domanda principale di costituzione del rapporto a tempo indeterminato. Alla impugnazione incidentale il Ministero ha replicato con tempestivo controricorso.

### **Motivi della decisione**

1.1 - Con il primo motivo il ricorrente principale denuncia, ex art. 360 c.p.c., n. 3, "violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1362, 1363, 1364, 1366, 1367, 1369, 1370 e 1371 c.c.", rileva che la Corte territoriale avrebbe fornito una interpretazione del bando "del tutto illogica ed avulsa dalla previsione contrattuale"; in quanto non rispettosa delle regole di ermeneutica sopra indicate. Richiama e trascrive nel ricorso la clausola 8 ed evidenzia che quest'ultima si riferiva inequivocabilmente alla sola prima convocazione successiva alla approvazione della graduatoria, con la conseguenza che il termine non poteva essere applicato anche in relazione alla diversa ipotesi dello scorrimento.

1.2 - Il secondo motivo censura la sentenza impugnata per "insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5". Rileva che la Corte territoriale, dopo avere impropriamente esteso ad una diversa fattispecie il termine previsto dalla clausola 8, aveva fatto da ciò discendere, con deduzione illogica e priva di riscontri fattuali, che, ove il termine fosse stato rispettato, il M. sarebbe stato senz'altro convocato entro il 5 febbraio 2003, data del compimento del 32 anno di età. La Corte, però, non avrebbe considerato che i sette giorni riguardavano l'invio della convocazione, non la stipula del contratto; che bisognava concedere ai convocati un congruo arco temporale per rispondere; che il M. non rientrava fra i destinatari del primo scorrimento.

1.3 - Con il terzo motivo, rubricato "violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2043 e 2056 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3", il ricorrente rileva che in ogni caso il risarcimento non poteva coincidere con l'intero ammontare delle retribuzioni, non configurandosi nella specie una responsabilità contrattuale, per cui il pregiudizio doveva essere allegato e provato dall'aspirante all'assunzione.

2 - M.G.A., con l'unico motivo di ricorso incidentale, denuncia "violazione di legge per mancata applicazione del D.L. 30 ottobre 1984, n. 726, art. 3, comma 9, convertito in L. 19 dicembre 1984, n. 863, per erronea applicazione del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 36, comma 2, e per erronea applicazione degli artt. 1362, 1363, 1364, 1366, 1367, 1369, 1370 e 1371 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3 - motivazione contraddittoria su un punto decisivo della controversia in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5". Rileva che la Corte territoriale avrebbe dovuto accogliere la domanda principale ed escludere la nullità del contratto sottoscritto dalle parti il 21 maggio 2003. Detto contratto, infatti, ben poteva determinare la instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato ai sensi della L. n. 608 del 1996, art. 9 bis, sia

perchè il bando non disponeva espressamente la esclusione di coloro che non fossero in possesso del requisito anagrafico alla data della conclusione del contratto, sia in quanto quest'ultimo era stato sottoscritto dalla Amministrazione nella consapevolezza della assenza del requisito medesimo. Aggiunge che, in ogni caso, la clausola del bando che limitava la possibilità di accedere al contratto di formazione e lavoro ai soli partecipanti alla selezione che avessero conservato il requisito sino al momento della conclusione del negozio, doveva essere disapplicata dal giudice ordinario, in quanto lasciava l'amministrazione arbitra di determinare la decadenza di singoli concorrenti.

3 - Ragioni di priorità logica impongono l'esame dell'unico motivo di ricorso incidentale, con il quale il ricorrente ha, sostanzialmente, ribadito che il contratto sottoscritto il 21 maggio 2003, quando già M.G. aveva compiuto 32 anni di età, non poteva essere ritenuto improduttivo di effetti, ben potendo essere qualificato, in assenza dei requisiti richiesti dal D.L. n. 726 del 1984, contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Il motivo è infondato.

Il D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 36, nel testo applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, consentiva alle pubbliche amministrazioni di avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale, previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, e richiamava espressamente, per quel che qui interessa, il D.L. 30 ottobre 1984, n. 726, art. 3, convertito con modificazioni dalla L. 19 dicembre 1984, n. 863.

Detta disposizione prevedeva che potessero essere assunti mediante contratto di formazione e lavoro, per un periodo massimo di 24 mesi, i lavoratori che non avessero compiuto i 29 anni di età, limite elevabile a 32 nei casi previsti dallo stesso art. 3, comma 1 bis.

L'art. 36, inoltre, da un lato richiamava, anche per le tipologie contrattuali flessibili, le forme di reclutamento previste dallo stesso decreto all'art. 35, dall'altro stabiliva che "in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione".

Correttamente, pertanto, la Gestione Commissariale Governativa della Ferrovia Circumetnea ha bandito la procedura selettiva, imposta dall'art. 35 del D.Lgs., ed ha richiesto per la partecipazione alla stessa il possesso del requisito anagrafico, che doveva permanere fino alla data di sottoscrizione del contratto.

Secondo la disciplina all'epoca vigente, infatti, la assunzione mediante contratto di formazione e lavoro poteva riguardare solo "giovani" da formare e da immettere nel mondo lavorativo, sicchè necessariamente la condizione soggettiva doveva sussistere al momento della assunzione, non essendo sufficiente che il requisito fosse in possesso del partecipante alla data di presentazione della domanda.

Il ricorso incidentale, pertanto, nella parte in cui sostiene la illegittimità del bando, anche a voler prescindere dai profili di ammissibilità (il ricorrente, infatti, non ha trascritto nel ricorso il contenuto della clausola asseritamente illegittima), è manifestamente infondato, sia per quanto si è detto sui requisiti che necessariamente condizionavano la valida stipulazione del contratto di formazione e lavoro, sia perchè, in linea più generale, il principio in forza del quale l'aspirante alla selezione deve possedere i requisiti di partecipazione alla data della domanda è solo volto ad escludere che le condizioni per l'accesso all'impiego possano maturare nel corso della procedura concorsuale e lo stesso non implica affatto che detti requisiti possano poi venire meno, atteso che, al contrario, il contratto individuale di lavoro che la pubblica amministrazione stipuli in difetto dei requisiti richiesti per la partecipazione al concorso o alla selezione è affetto da nullità per contrasto con norma imperativa di legge.

3.1 - Da quanto si è detto discende l'infondatezza del ricorso incidentale anche nella parte in cui asserisce che il contratto sottoscritto il 13 maggio 2003, ossia quando già il M. aveva compiuto il 32 anno di età, avrebbe dovuto produrre gli effetti di un contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Questa Corte ha da tempo affermato il principio, ribadito dalla recente sentenza delle Sezioni Unite 15.3.2016 n. 5072, che il divieto posto dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 36, nelle sue diverse formulazioni, trova fondamento nei principi sanciti dalla Carta fondamentale ed in particolare nell'art. 97 Cost., poichè, come avvertito dalla Corte Costituzionale, "il concorso pubblico - quale meccanismo imparziale di selezione tecnica e neutrale dei più capaci sulla base del criterio del merito - costituisce la forma generale e ordinaria di reclutamento per le pubbliche amministrazioni. Esso è posto a presidio delle esigenze di imparzialità e di efficienza dell'azione amministrativa. Le eccezioni a tale regola consentite dall'art. 97 Cost., purchè disposte con legge, debbono rispondere a peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico (sentenza n. 81 del 2006). Altrimenti la deroga si risolverebbe in un privilegio a favore di categorie più o meno ampie di persone (sentenza n. 205 del 2006). Perchè sia assicurata la generalità della regola del concorso pubblico disposta dall'art. 97 Cost., l'area delle eccezioni va, pertanto, delimitata in modo rigoroso". (Corte Cost. 25 aprile 2006 n. 363).

E' evidente, poi, che il concorso richiesto per lo stabile accesso al pubblico impiego è solo quello che sia stato bandito in relazione alla costituzione di contratti di lavoro a tempo indeterminato, con possibilità di partecipazione estesa a tutti gli aspiranti interessati alla assunzione, sicchè la circostanza che anche il contratto di formazione e lavoro fosse stato stipulato all'esito di una procedura selettiva non può essere valorizzata per eludere il divieto posto dal richiamato art. 36.

Ne discende che correttamente la Gestione Commissariale ha ritenuto di dovere risolvere unilateralmente il contratto stipulato il 13 maggio 2003, poichè il superamento della soglia massima di età impediva il ricorso alla particolare tipologia contrattuale e rendeva il contratto stesso nullo per violazione del D.L. n. 726 del 1984, art. 3.

Al riguardo va ribadito che in tema di lavoro pubblico privatizzato, poichè gli atti di gestione del rapporto di lavoro sono adottati con i poteri e le capacità del privato, non opera l'istituto dell'autotutela, che presuppone l'esercizio di poteri autoritativi, ma ciò non impedisce alla Pubblica Amministrazione di sottrarsi alla esecuzione del contratto ove quest'ultimo sia affetto da nullità. In tal caso, infatti, l'unilaterale revoca dell'incarico o dell'assunzione sul presupposto della invalidità dell'atto di conferimento, equivale alla condotta del contraente che legittimamente fa valere l'assenza del vincolo contrattuale, quale conseguenza della nullità del contratto, come tale improduttivo di effetti (Cass. 1.10.2015 n. 19626 e negli stessi termini Cass. 8.4.2010 n. 8328).

Il ricorso incidentale va, pertanto, rigettato.

4 - E' invece fondato il primo motivo del ricorso principale.

La Corte territoriale, infatti, ha ritenuto che dovesse applicarsi allo scorrimento della graduatoria, deliberato con atto commissariale del 1 settembre 2002, l'art. 8, del bando di concorso in forza del quale "i candidati giudicati idonei ed utilmente situati nella graduatoria definitiva, in relazione ai posti disponibili, entro e non oltre sette giorni lavorativi dalla data di pubblicazione della graduatoria medesima, saranno invitati presso la sede legale dell'Azienda, a sottoscrivere, se in possesso dei requisiti richiesti e dichiarati, il contratto di formazione e lavoro della durata di 12 mesi".

Il Ministero ricorrente ha giustamente lamentato la violazione delle regole di ermeneutica contrattuale, applicabili anche agli atti unilaterali quale è il bando di concorso, poichè l'esegesi fatta propria dalla Corte territoriale contrasta con il criterio, richiamato nella rubrica del motivo, imposto dall'art. 1362 c.c., secondo cui l'intento proprio del soggetto al quale l'atto unilaterale si riferisce (si veda sul punto Cass. 6.5.2015 n. 9127 e Cass. 9.4.2014 n. 8361) va individuato a partire dal tenore letterale del testo, sicchè, ove questo sia chiaro e privo di equivocità, l'ulteriore verifica che l'interprete deve compiere è solo quella diretta a valutare se detto significato sia coerente con il tenore complessivo delle clausole che compongono l'atto (Cass. 1.12.2015 n. 24421 e Cass. 9.12.2014 n. 25840).

La sentenza impugnata ha ritenuto applicabile l'art. 8, del bando anche alla fase di scorrimento della graduatoria, superando il tenore letterale della clausola (che si riferisce unicamente alla approvazione della graduatoria e, quindi, alla prima convocazione dei vincitori), senza procedere all'esame complessivo del bando e senza individuare altre disposizioni dalle quali potesse desumersi la volontà della amministrazione di fissare un termine anche per gli adempimenti successivi alla delibera di scorrimento.

La Corte territoriale, inoltre, non ha considerato che nella interpretazione del bando di concorso, *lex specialis* della procedura, la particolare valorizzazione del criterio letterale discende dalla funzione che il bando realizza, che è quella di fissare regole certe e chiare alle quali devono attenersi sia la Amministrazione che i candidati. Proprio in considerazione di dette finalità la giurisprudenza amministrativa ha affermato, ed il principio è condivisibile, che preminenti esigenze di certezza allo svolgimento delle procedure concorsuali

impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di concorso, escludendo ogni discrezionalità nella loro interpretazione (C.d.S. 23.6.2014 n. 3130).

5 - La fondatezza del primo motivo assorbe le ulteriori censure. La sentenza impugnata va cassata con rinvio alla Corte di Appello di Catania, in diversa composizione, che si atterrà al principio di diritto enunciato al punto 4, provvedendo anche sulle spese del giudizio di legittimità.

#### **P.Q.M.**

La Corte accoglie il primo motivo del ricorso principale, assorbiti gli altri, e rigetta il ricorso incidentale. Cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia, anche per le spese, alla Corte di Appello di Catania, in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 5 maggio 2016.

Depositato in Cancelleria il 26 settembre 2016