

Civile Sent. Sez. L Num. 17002 Anno 2019

Presidente: NAPOLETANO GIUSEPPE

Relatore: DI PAOLANTONIO ANNALISA

Data pubblicazione: 25/06/2019

PU

SENTENZA

sul ricorso 20043-2018 proposto da:

NICOLOSI SALVATORE, elettivamente
domiciliato in ROMA, VIA VITELLESCHI n.26,
presso lo studio dell'avvocato GIANFRANCO
PASSALACQUA, rappresentato e difeso
dall'avvocato GIUSEPPE DI PIETRO;

- ricorrente -

2019

contro

1956

CONSORZIO AUTOSTRADE SICILIANE, in persona
del legale rappresentante *pro tempore*,

domiciliato ex lege in ROMA presso la
Cancelleria della CORTE DI CASSAZIONE,
rappresentato e difeso dall'avvocato
CARMELO MATAFU';

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 386/2018 della CORTE
D'APPELLO di MESSINA, depositata il
26/04/2018 R.G.N. 79/2018;

udita la relazione della causa svolta nella
pubblica udienza del 23/05/2019 dal
Consigliere Dott. ANNALISA DI PAOLANTONIO;

udito il P.M. in persona del Sostituto
Procuratore Generale Dott. ALESSANDRO
CIMMINO che ha concluso per il rigetto del
ricorso.

FATTI DI CAUSA

1. La Corte d'Appello di Messina ha respinto il reclamo di Salvatore Nicolosi avverso la sentenza del Tribunale della stessa sede che, all'esito del giudizio di opposizione ex art. 1 della legge n. 92/2012, aveva confermato l'ordinanza resa nella fase sommaria e rigettato la domanda, proposta nei confronti del Consorzio per le Autostrade Siciliane, volta ad ottenere la disapplicazione o, comunque, l'accertamento della nullità, invalidità o inefficacia del provvedimento comunicato il 14 novembre 2014, con il quale era stata disposta la cessazione immediata del rapporto di lavoro, e la conseguente condanna del Consorzio alla reintegrazione ed al risarcimento del danno.

2. La Corte territoriale ha premesso in punto di fatto che il Nicolosi aveva concluso il contratto di lavoro in forza della deliberazione del 12 maggio 2005, che prevedeva l'assunzione di 49 agenti tecnici esattori (ATE), individuati secondo l'ordine della graduatoria definitiva formata all'esito delle operazioni concorsuali. Con sentenza n. 301 del 25 gennaio 2008 il Tribunale di Messina aveva riconosciuto il diritto all'assunzione di 24 riservatari, i quali avevano agito in giudizio, promosso anche nei confronti del Nicolosi e di altri controinteressati, lamentando la lesione della quota di riserva prevista in favore degli "articolisti" e degli LSU. Il Consorzio, con delibera del 27 maggio 2008, aveva inizialmente differito al passaggio in giudicato della sentenza ogni decisione sulla sorte dei rapporti già in corso ed aveva mantenuto in servizio i lavoratori originariamente assunti. A seguito della pubblicazione della sentenza della Corte d'Appello di Messina n. 350 del 2012, che aveva rigettato i gravami proposti avverso la decisione di primo grado, l'ente aveva adottato il 13 novembre 2014 una nuova deliberazione, con la quale aveva ritenuto i rapporti affetti da nullità, perché i contratti erano stati stipulati con soggetti privi dei requisiti necessari per l'instaurazione del rapporto di impiego.

3. In punto di diritto la Corte territoriale ha osservato che la sentenza n. 301/2008 non si era limitata a disapplicare la delibera n. 49 del 2005, ma aveva anche riconosciuto il diritto dei riservatari ad essere assunti in luogo dei soggetti dichiarati vincitori e, quindi, aveva in tal modo affermato l'insussistenza di un diritto soggettivo all'assunzione dei lavoratori dichiarati vincitori in violazione delle norme sulla riserva. Ha precisato che la sentenza, nelle more del giudizio, era passata in giudicato, a seguito del rigetto del ricorso per cassazione proposto avverso la decisione d'appello, ed ha aggiunto che, comunque, non era necessario attenderne la definitività, perché, ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001, il giudice ordinario può pronunciare nei confronti della Pubblica Amministrazione sentenze di condanna anche in relazione ad obblighi di *facere* ed in tal caso la decisione è immediatamente esecutiva.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

4. La Corte messinese ha rilevato, inoltre, che nell'impiego pubblico contrattualizzato la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori determina, ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, la nullità del rapporto di lavoro instaurato in contrasto con norme inderogabili, sicché, nella specie, il personale assunto sulla base di graduatoria illegittima, perché stilata senza tener conto della quota di riserva, non poteva essere mantenuto in servizio. La scelta del Consorzio di differire ogni decisione al momento del passaggio in giudicato della sentenza perseguiva la finalità di evitare pretese risarcitorie in caso di riforma della decisione, ma sulla stessa il reclamante non poteva fondare la pretesa di rimanere in servizio, in quanto l'assunzione riguardava solo 49 unità lavorative e la natura pubblica dell'ente impediva di procedere all'instaurazione di ulteriori rapporti, senza un apposito provvedimento dell'organo competente, debitamente autorizzato con il correlativo impegno di spesa.

5. Infine il giudice d'appello ha osservato che la cessazione del rapporto era stata correttamente disposta dal Direttore Generale, trattandosi di un atto di gestione di competenza del dirigente, ed ha evidenziato che il reclamante a torto aveva invocato le disposizioni del regolamento interno del Consorzio, sia perché la fonte regolamentare aveva attribuito al Consiglio Direttivo la sola competenza a stabilire "le direttive per l'assunzione del personale", sia perché, in ogni caso, occorreva dare prevalenza alle regole dettate dal legislatore nazionale e regionale.

6. Per la cassazione della sentenza Salvatore Nicolosi sulla base di sette motivi, illustrati da memoria, ai quali ha opposto difese il Consorzio Autostrade Siciliane, che ha notificato controricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo il ricorrente denuncia «violazione e falsa applicazione dell'art. 2908 cod.civ. e dell'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001» e rileva, in sintesi, che il Consorzio non poteva dare esecuzione alla sentenza n. 301/2008 prima del suo passaggio in giudicato, in quanto l'anticipazione in via provvisoria non è consentita rispetto a pronunce costitutive, le quali possono produrre effetto stabile solo dopo aver acquisito definitività.

2. La seconda censura, formulata sempre ai sensi dell'art. 360 n. 3 cod. proc. civ., addebita alla sentenza gravata la «violazione e falsa applicazione degli artt. 36 e 63 del d.lgs. n. 165/2001 e dell'art. 112 c.p.c.». Sostiene il Nicolosi che l'effetto estintivo del rapporto di lavoro si può produrre solo a seguito di una pronuncia giudiziale che accerti la violazione delle regole sostanziali o procedurali sulle assunzioni e che conseguentemente annulli il contratto

stipulato in violazione di legge. Nel caso di specie, invece, le domande proposte nel giudizio concluso con la sentenza n. 301/2008 avevano ad oggetto il solo diritto all'assunzione dei riservatari e non riguardavano i contratti in corso con i lavoratori assunti nel 2005.

3. Con la terza critica il ricorrente si duole della «violazione e falsa applicazione degli artt. 113 Cost., 101 e 112 c.p.c., degli artt. 4 e 5 l. 2248/1865» e sostiene che la domanda di disapplicazione dell'atto amministrativo produce effetti solo nei confronti di chi l'ha proposta con la conseguenza che l'atto, se non revocato o modificato dall'autorità amministrativa, continua ad essere esistente ed efficace. Nel caso di specie, pertanto, non avendo il Consorzio annullato la graduatoria, nessun effetto sfavorevole poteva discendere in capo al Nicolosi dalla sentenza del Tribunale di Messina, sia perché quest'ultima non era passata in giudicato, sia in quanto in quel giudizio si discuteva solo dell'assunzione dei riservisti e non anche della nullità del rapporto di lavoro.

4. Con il quarto motivo è denunciata la violazione e falsa applicazione degli artt. 2908 e 2909 cod. civ. nonché dell'art. 282 cod. proc. civ.. Il ricorrente insiste nel sostenere che solo al momento del passaggio in giudicato la sentenza fa stato tra le parti ed i loro aventi causa. Ribadisce, poi, che il contratto di lavoro, stipulato nel rispetto dei criteri stabiliti per l'accesso al pubblico impiego, deve essere annullato, eventualmente, dall'autorità giudiziaria e ciò anche nel caso in cui venga in rilievo la violazione di una norma imperativa.

5. La quinta critica addebita alla sentenza impugnata la «violazione e falsa applicazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990 e dell'art. 8 della L.R. 10/1991» perché il recesso andava qualificato atto di autotutela e, pertanto, poteva essere esercitato solo nel rispetto della procedura disciplinata dalle leggi richiamate in rubrica.

6. Il sesto motivo, nel denunciare ex art. 360 n. 5 cod. proc. civ. la violazione e falsa applicazione degli artt. 7 l. 604/1966, 4 l. 223/1991 e 37 CCNL per il personale dipendente delle società e consorzi concessionari di autostrade e trafori, addebita alla Corte territoriale di non avere pronunciato sul motivo di reclamo con il quale era stato dedotto che il recesso può attuarsi unicamente nella duplice forma del licenziamento intimato dal datore di lavoro ovvero delle dimissioni rassegnate dal lavoratore e, pertanto, nessun effetto poteva spiegare la violazione della norma imperativa.

7. Infine con l'ultima censura il ricorrente si duole della violazione e falsa applicazione degli artt. 2118, 1372 e 1373 cod. civ. e rileva che il Consorzio aveva mostrato un preciso interesse al mantenimento in servizio dei 24 assunti nell'anno 2005 disposto al fine di sopperire alla carenza di personale. Aggiunge che la Corte territoriale, nel sostenere che il rapporto di pubblico impiego non si può costituire in forza di un comportamento concludente, non ha considerato che il principio non è applicabile nella fattispecie, nella quale la prestazione

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



è stata resa sulla base di un contratto di lavoro di diritto privato stipulato all'esito dell'approvazione di una graduatoria mai annullata.

8. Il ricorso non può trovare accoglimento.

Dalla sintesi dei motivi riportata nei punti che precedono si desume che tutte le censure fanno leva, da un lato, sull'interpretazione della sentenza del Tribunale di Messina n. 301 del 25 gennaio 2008 che, a detta del ricorrente, si sarebbe limitata a riconoscere il diritto all'assunzione dei riservisti, senza statuire sulla sorte dei rapporti di lavoro instaurati con i soggetti dichiarati vincitori; dall'altro sulla natura del vizio contrattuale che deriva dall'illegittimità delle operazioni concorsuali, non sufficiente, ad avviso del Nicolosi, a determinare l'estinzione del rapporto, in assenza di una pronuncia giudiziale di annullamento del contratto.

8.1. Le doglianze con le quali si addebita al giudice d'appello di non avere colto i limiti oggettivi e soggettivi del precedente giudicato non possono essere scrutinate nel merito, perché formulate senza il necessario rispetto degli oneri di specificazione e di allegazione di cui agli artt. 366 n. 6 e 369 n. 4 cod. proc. civ..

La giurisprudenza di questa Corte è consolidata nel ritenere che il potere del giudice di legittimità d'interpretare il giudicato esterno, direttamente e con cognizione piena, può essere esercitato solo qualora il ricorso per cassazione riporti il contenuto della decisione, con richiamo congiunto della motivazione e del dispositivo, atteso che il solo dispositivo non può essere sufficiente alla comprensione del comando giudiziale (Cass. n. 5508/2018; Cass. n. 10537/2010; Cass. n. 6184/2009).

E' stato anche affermato, ed al principio il Collegio intende dare continuità, che allorquando, come nella fattispecie, si controverta dell'esistenza, della negazione o dell'interpretazione di un giudicato esterno, la sentenza prodotta per dimostrare o per negare l'esistenza del giudicato stesso, rilevante ai fini della decisione, assume rispetto al giudizio la natura di una produzione documentale ed alla stessa, quindi, si estendono i requisiti di ammissibilità e di procedibilità imposti dalle norme sopra richiamate (Cass. n. 21560/2011).

Nel caso di specie il ricorrente ha ommesso di trascrivere, quantomeno nelle parti essenziali, il contenuto della sentenza n. 301/2008, a suo dire erroneamente interpretata dalla Corte territoriale, ed ha anche ommesso di fornire indicazioni in merito ai tempi ed ai modi della produzione del documento, non depositato unitamente al ricorso.

Sono pertanto inammissibili i primi quattro motivi.

9. Le ulteriori censure, da esaminare congiuntamente in considerazione della loro connessione logico-giuridica, sono infondate per le ragioni già esposte da questa Corte con l'ordinanza n. 11951/2019, pronunciata in fattispecie sovrapponibile a quella oggetto di causa, con la quale si è affermato che «nell'impiego pubblico contrattualizzato, poiché alla stipula del

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



contratto di lavoro si può pervenire solo a seguito del corretto espletamento delle procedure concorsuali previste dall'art. 35, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 165/2001 o, per le qualifiche meno elevate, nel rispetto delle modalità di avviamento di cui al combinato disposto del richiamato art. 35, comma 1, lett. b) e degli artt. 23 e seguenti del d.P.R. n. 487/1994, la mancanza o l'illegittimità delle richiamate procedure si traduce in un vizio genetico del contratto, affetto, pertanto, da nullità, che l'amministrazione, in quanto tenuta a conformare il proprio comportamento al rispetto delle norme inderogabili di legge, può fare unilateralmente valere, perché anche nei rapporti di diritto privato il contraente può rifiutare l'esecuzione del contratto nei casi in cui il vizio renda il negozio assolutamente improduttivo di effetti giuridici. Il mancato rispetto delle quote di riserva, imposte per legge, rende invalida la graduatoria dei vincitori che di dette quote non abbia tenuto conto e determina la nullità del contratto di lavoro stipulato con un aspirante all'assunzione non ricompreso nella categoria protetta nei casi in cui il posto di lavoro doveva essere assegnato ad un riservatario».

9.1. Il principio di diritto è stato affermato in continuità con un orientamento già espresso da questa Corte, la quale da tempo ha evidenziato che l'atto con il quale l'amministrazione revoca un'assunzione o un incarico a seguito dell'annullamento della procedura concorsuale o dell'inosservanza dell'ordine di graduatoria «equivale alla condotta del contraente che non osservi il contratto stipulato ritenendolo inefficace perché affetto da nullità, trattandosi di un comportamento con cui si fa valere l'assenza di un vincolo contrattuale» (Cass. nn. 8328/2010, 19626/2015, 13800/2017, 7054/2018, 194/2019).

9.2. In ordine al rapporto fra procedura concorsuale e contratto di impiego si è evidenziato che gli atti principali della procedura presentano una duplicità di natura giuridica, poiché il bando e la graduatoria finale, pur inserendosi nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, hanno anche la natura sostanziale, rispettivamente, di proposta al pubblico e di atto di individuazione del futuro contraente (Cass. S.U. 16 aprile 2007 n. 8951, Cass. S.U. 26.2.2010 n. 4648, Cass. S.U. 2.10.2012 n. 16728). Da ciò si è tratta la conseguenza che la procedura concorsuale costituisce l'atto presupposto del contratto individuale, del quale condiziona la validità, sicché, sia l'assenza sia l'illegittimità delle operazioni concorsuali si risolvono nella violazione della norma inderogabile dettata dall'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001, attuativo del principio costituzionale affermato dall'art. 97, comma 4, della Carta fondamentale (Cass. n. 13884/2016).

9.3. L'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 ha sempre previsto, nelle diverse versioni succedutesi nel tempo, 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 » e la norma, per come formulata, ha una portata generale che va oltre il più

ristretto ambito di applicazione indicato dalla rubrica dell'articolo ed è idonea ad attrarre nella sfera della nullità anche il mancato rispetto delle procedure imposte per le assunzioni a tempo indeterminato dall'art. 35 del decreto. Non a caso la disposizione ricalca esattamente la formulazione del comma 8 dell'art. 36 del d.lgs. n. 29/1993, come modificato dall'art. 22 del d.lgs. n. 80/1998, che disciplinava tutte le forme di reclutamento del personale, anche le assunzioni a tempo indeterminato, e non a caso il legislatore, ogniqualvolta ha qualificato il vizio del rapporto di impiego derivato dalla violazione delle norme inderogabili che disciplinano forme e requisiti per l'assunzione, si è espresso per la nullità della nomina o del vincolo contrattuale (art. 3 d.p.r. n. 3/1957; art. 19 l. n. 448/2001, art. 15 l. 111/2011), nullità che è stata ravvisata anche in presenza di operazioni concorsuali espletate in forza di norma di legge dichiarata poi incostituzionale (art. 16 l. n. 111/2011).

9.4. Quanto alla qualificazione del vizio assume, poi, specifico rilievo il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite di questa Corte le quali, nell'individuare i casi in cui la violazione di norme inderogabili rende nullo il contratto ai sensi dell'art. 1418, 1° comma, cod. civ., pur ribadendo la tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto, hanno precisato che a quest'ultima tipologia vanno attratte non solo quelle disposizioni che si riferiscono alla struttura ed al contenuto del regolamento negoziale ma anche quelle che «in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto: come è il caso dei contratti conclusi in assenza di una particolare autorizzazione al riguardo richiesta dalla legge, o in mancanza dell'iscrizione di uno dei contraenti in albi o registri cui la legge eventualmente condiziona la loro legittimazione a stipulare quel genere di contratto, e simili. Se il legislatore vieta, in determinate circostanze, di stipulare il contratto e, nondimeno, il contratto viene stipulato, è la sua stessa esistenza a porsi in contrasto con la norma imperativa; e non par dubbio che ne discenda la nullità dell'atto per ragioni - se così può dirsi - ancor più radicali di quelle dipendenti dalla contrarietà a norma imperativa del contenuto dell'atto medesimo.» (Cass. S.U. n. 26724/2007).

La regola che impone l'individuazione del contraente sulla base di una graduatoria formulata all'esito della procedura concorsuale nel rispetto dei criteri imposti dalla legge e dal bando, seppure non direttamente attinente al contenuto delle obbligazioni contrattuali, si riflette necessariamente, per quanto sopra detto, sulla validità del negozio, perché individua un requisito che deve imprescindibilmente sussistere in capo al contraente, di tal ché, ove si consentisse lo svolgimento del rapporto con soggetto privo del requisito in parola, si finirebbe per porre nel nulla la norma inderogabile, posta a tutela di interessi pubblici alla cui realizzazione, secondo il Costituente, deve essere costantemente orientata l'azione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



9.5. A fronte di detti plurimi argomenti, testuali e sistematici, si deve ritenere infondata la tesi, qui sostenuta dal ricorrente, che riconduce il vizio all'annullabilità e non alla nullità e che fa leva sul tenore letterale del comma 2, seconda parte, dell'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001, secondo cui le sentenze con le quali il giudice riconosce « il diritto all'assunzione, ovvero accerta che l'assunzione è avvenuta in violazione di norme sostanziali o procedurali, hanno anche effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro».

L'art. 63, comma 2, prima parte, prevede, in via generale, il potere del giudice ordinario di adottare tutti i provvedimenti richiesti dalla natura dei diritti tutelati e tale principio non è certamente derogato, ma soltanto esplicitato, dalla seconda parte di esso, sicché, per quanto la norma sembri evocare un effetto costitutivo della pronuncia, come tale incompatibile con la natura dichiarativa dell'accertamento della nullità, tuttavia è proprio l'automatica derivazione della "estinzione" dall'accertamento della violazione delle norme inerenti l'assunzione che finisce per smentire la riconducibilità del vizio all'azione di annullamento, confermando che appunto di nullità si tratta, perché solo quest'ultima può operare d'ufficio e per il solo fatto dell'accertata violazione della norma inderogabile, richiedendo l'annullamento per errore ulteriori presupposti (la domanda della parte legittimata e, soprattutto, la riconoscibilità dell'errore), dai quali, invece, il legislatore ha voluto prescindere nel prevedere un'automatica incidenza della pronuncia sulle sorti del rapporto. Si deve, poi, aggiungere che la disposizione, per il suo carattere generale, si riferisce a tutte le assunzioni, anche a quelle per le quali il d.lgs. n. 165/2001 o le norme speciali prevedono nullità testuali, sicché della stessa deve essere fornita un'interpretazione che la renda coerente con i principi generali richiamati nei punti che precedono.

9.6. Correttamente, pertanto, la Corte territoriale ha ritenuto affetto da nullità il contratto di lavoro stipulato con il ricorrente, atteso che il mancato rispetto della quota di riserva incide sulla legittimità della graduatoria formata all'esito della procedura concorsuale al pari delle disposizioni che attengono alla valutazione dei candidati, perché induce quale effetto l'individuazione di un "vincitore" che tale non poteva essere, essendo il posto allo stesso assegnato destinato ad essere ricoperto da un riservatario.

9.7. La sentenza impugnata non merita censura anche nella parte in cui ha escluso che il diritto del ricorrente ad essere mantenuto in servizio potesse fondarsi sulla condotta tenuta dal Consorzio nell'arco temporale 2008/2014, giacché valgono al riguardo le considerazioni già espresse sull'inderogabilità dell'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001 e sulle conseguenze della sua violazione.

10. In via conclusiva il ricorso deve essere rigettato con conseguente condanna del ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate come da dispositivo. Non ricorrono i presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1 bis dell'art. 13, comma 1 quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, come modificato dalla l. 24.12.2012 n. 228, giacché Salvatore Nicolosi risulta essere stato ammesso a patrocinio a spese dell'erario con delibera n. 937/2018 del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Messina (Cass. nn. 13892 e 25462 del 2016; nn. 14289, 15662, 16524 del 2015).

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate in € 200,00 per esborsi ed € 4.500,00 per competenze professionali, oltre rimborso spese generali del 15% e accessori di legge.

Roma, così deciso nella camera di consiglio del 23 maggio 2019