

UFFICIO STUDI CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau".

Mancata assunzione del vincitore di un concorso: incerti confini tra diritto soggettivo, aspettativa e risarcimento del danno¹.

1. Il fatto

Il presente contributo trae spunto dalla pronuncia del TAR Puglia – Lecce Sez. II n. 22 novembre 2021 n. 1698 che respinge la richiesta di risarcimento del danno per la mancata assunzione del candidato che è risultato vincitore a seguito di un annoso contenzioso instauratosi alla conclusione della procedura comparativa per n. 1 posto da Ricercatore universitario a tempo determinato di tipologia a) ai sensi della Legge n. 240/2010. Il Dott. Candido, con un ricorso presentato *illo tempore* conclusosi in primo grado nel 2017, ha ottenuto la dichiarazione di illegittimità dell'attribuzione del punteggio nella valutazione dei titoli e del *curriculum vitae* e la conseguente variazione della graduatoria, collocandosi al primo posto quale vincitore della procedura. Tale conferma è stata peraltro ottenuta anche con sentenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 3013/2018. Con decreto rettorale del 31 maggio 2019, il Dott. Candido viene nominato vincitore della procedura senza però ottenere la successiva assunzione in servizio. Viene così ad instaurarsi un ulteriore procedimento dinanzi al giudice di primo grado per l'ottenimento del risarcimento per i danni subiti sia dal punto di vista patrimoniale che non patrimoniale.

2. Diritto soggettivo all'assunzione del vincitore di un concorso

Da sempre in giurisprudenza risulta essere dibattuta la questione legata all'insorgenza di un diritto all'assunzione in capo al vincitore di un concorso pubblico. Nella sentenza in esame, il giudice precisa che *“non vi è alcun obbligo di assunzione ricorrente in capo all'Università del Salento, giacché nelle more della riedizione del potere correlato al completamento del procedimento amministrativo concorsuale, sono sopravvenute obiettive circostanze preclusive della possibilità per il Dott. Candido di conseguire il bene della vita oggetto di pretesa risarcitoria: circostanze consistenti nel compimento dell'attività di ricerca oggetto dell'incarico e*

¹ Ha collaborato alla stesura del presente documento Claudia Caprodossi Università di Camerino

nella sopravvenuta mancanza di copertura finanziaria, essendo state in gran parte utilizzate le risorse regionali stanziare per lo specifico progetto.” L'analisi della motivazione del giudice muove dal presupposto che sono venuti meno negli anni la necessità e la convenienza da parte dell'Amministrazione a procedere all'assunzione del ricercatore ed a ricoprire il posto messo a concorso essendo mutate le condizioni relative alla nomina. In capo all'Amministrazione permane sempre un potere decisionale e quindi la possibilità di scegliere se procedere o meno alla contrattualizzazione del rapporto di lavoro. Per tale ragione in capo al vincitore viene a crearsi una aspettativa ma non una posizione soggettiva incondizionata. Ci si trova infatti a parlare di legittimo esercizio della potestà organizzativa² da parte della pubblica amministrazione. Dello stesso avviso è il Consiglio di Stato, sezione V, che, con sentenza 1° febbraio 2021, n. 908, afferma che *il vincitore di un concorso pubblico è titolare non già di un diritto soggettivo pieno e incondizionato all'assunzione, bensì di un interesse legittimo alla stessa, atteso che, qualora nelle more del completamento dell'iter concorsuale sopravvengano circostanze preclusive di natura normativa (blocco generalizzato delle assunzioni), organizzativa (riordino delle dotazioni organiche) o finanziaria (difetto di copertura), l'Amministrazione può paralizzare o annullare la procedura selettiva, fermo restando il sindacato giurisdizionale sulla congruità e sulla correttezza delle relative scelte.*

Alla conclusione della procedura concorsuale con l'atto finale di approvazione della graduatoria, si entra in una nuova fase, quella dell'impiego pubblico contrattualizzato ed in particolare nella sfera degli atti di gestione e della capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche³. Diversa è inoltre la situazione di una assunzione che non sia resa possibile da vincoli finanziari normativamente imposti, laddove sopravvenga una disciplina che dispone, ad esempio per finalità di contenimento della spesa pubblica, il blocco temporaneo delle assunzioni⁴.

Molte sentenze negli anni si sono succedute a supporto dell'autonomia dell'amministrazione in presenza di valide e motivate ragioni, ma la giurisprudenza non è unanime.

La Corte di Cassazione, Sez. Unite, n. 29916 del 13/12/2017, ad esempio, afferma che: *“Il superamento di un concorso pubblico, indipendentemente dalla nomina, invero, consolida nel*

² Cfr Tar Lombardia, Milano, sez. III, 7 giugno 2017, n. 1265, *“L'assunzione di vincitori di concorsi pubblici rientra nella potestà organizzativa della Pubblica Amministrazione, che ben può paralizzare l'assunzione o anche annullare una procedura di reclutamento. Infatti, l'assunzione del vincitore di un concorso a pubblici impieghi, che costituisce una manifestazione della potestà organizzativa della P.A. datrice di lavoro, non costituisce di per sé un obbligo, giacché, se nelle more del completamento del procedimento amministrativo concorsuale sopravvengano circostanze preclusive di natura normativa, la P.A. può paralizzare o, se del caso, anche annullare la procedura stessa, salvo l'ovvio controllo giurisdizionale sulla congruità e la correttezza delle scelte in concreto operate”.*

³ Commi 1 e 4 dell'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001.

⁴ Cfr Cass., n. 8476 del 31 marzo 2017.

patrimonio dell'interessato una situazione giuridica individuale di diritto soggettivo, con la conseguenza che può affermarsi che l'assunzione della ricorrente costituisca un atto dovuto da parte dell'amministrazione che ha pubblicato il bando di concorso".

Nel momento in cui la P.A. ha manifestato la volontà di provvedere alla copertura di posti attraverso il sistema del concorso e per questa finalità ha provveduto ad attivare la procedura concorsuale, riconosce in sé il diritto del vincitore del concorso a ricoprire la posizione di lavoro disponibile, impegnandosi al rispetto delle norme speciali contenute nel bando con la quale ha delimitato la propria discrezionalità, ma anche ad adempiere l'obbligazione secondo correttezza e buona fede. Il superamento di un concorso pubblico, indipendentemente dalla nomina, consolida nel patrimonio dell'interessato una situazione giuridica individuale di diritto soggettivo, con la conseguenza che può affermarsi che l'assunzione della ricorrente costituisca un atto dovuto da parte dell'amministrazione che ha pubblicato il bando di concorso⁵. La graduatoria, infatti, deve intendersi quale provvedimento amministrativo che esclude la possibilità che possa porsi in contraddizione con la delibera di indizione e con il bando (*lex specialis* del concorso), negando addirittura l'interesse pubblico primario perseguito con l'apertura del procedimento e trasformando il concorso indetto per la copertura di posizioni in mera verifica di idoneità professionale di personale da assumere solo in relazione a fabbisogni futuri e incerti⁶.

3. Il risarcimento del danno

Dal quadro finora descritto, ed in particolare dalla complessità dell'eventuale diritto soggettivo all'assunzione, discende un ulteriore aspetto, quello risarcitorio. Nella vicenda in esame, alla richiesta del ricorrente del risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali giustificati dalla perdita di *chance* oltre alle retribuzioni non corrisposte, il giudice di *prima facie* ha respinto la pretesa non esistendo in capo all'Amministrazione una colpa nella mancata assunzione. *"La tutela risarcitoria può essere invocata davanti al giudice amministrativo soltanto qualora il danno sia conseguenza immediata e diretta dell'illegittimità dell'atto impugnato, non costituendo il risarcimento del danno materia di giurisdizione esclusiva ma solo uno strumento di tutela ulteriore e di completamento rispetto a quello demolitorio"*. È il bene della vita che in questo caso non può essere oggetto del richiesto risarcimento in quanto sono

⁵ Cfr Corte di Cassazione Sez. Unite n. 29916 del 13/12/2017.

⁶ Il potere di approvare la graduatoria, infatti, è conferito all'amministrazione dal bando esclusivamente in funzione del controllo della regolarità e della verifica dell'esito della procedura e, diversamente argomentando, l'Amministrazione opererebbe con un difetto assoluto del potere di eliminare sostanzialmente gli effetti tipici del bando e del procedimento, configurando la figura processuale della carenza di potere accolta dal legislatore nell'attuale formulazione della L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 21 - septies, comma 1.

sopravvenute circostanze oggettive non imputabili all'Amministrazione che non hanno consentito di procedere alla contrattualizzazione del rapporto. Per tale ragione non può essere assimilato ad un ritardo ingiustificato da parte dell'Amministrazione per il quale quest'ultima deve essere obbligata al risarcimento del danno ravvisabile nelle retribuzioni perdute a far data dalla domanda di assunzione⁷. Nel caso in cui l'amministrazione decida di non procedere all'assunzione si tratta pertanto di verificare quale posizione può vantare il vincitore rispetto a tale decisione, se cioè l'amministrazione sia tenuta o meno a procedere all'assunzione e, in questo caso, se il vincitore non assunto abbia comunque diritto al risarcimento di eventuali danni. Come analizzato ampiamente per la giurisprudenza amministrativa maggioritaria, la posizione soggettiva del vincitore di concorso pubblico non è ritenuta un diritto soggettivo perfetto, in quanto soggetta alla permanenza delle condizioni soggettive e oggettive sussistenti al momento dell'emanazione del bando. Qualora un ordine dell'autorità, un provvedimento autoritativo oppure normative sopravvenute rendano impossibile l'adempimento di una determinata prestazione, si è in presenza di una causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione stessa, ipotesi che si affianca a quelle di caso fortuito e forza maggiore, della quale il *factum principis* costituirebbe una specificazione.

⁷ Cass. Civile Ordinanza n. 9193 del 13 aprile 2018, dà nuovo vigore all'ormai risalente ma consolidato principio giurisprudenziale che vede il datore di lavoro che ritardi ingiustificatamente l'assunzione del lavoratore - vincitore di un concorso da esso indetto - obbligato al risarcimento del danno da questi subito, ravvisabile nelle retribuzioni perdute a far data dalla domanda di assunzione.