

Svolgimento del processo

1. E' domandata la cassazione delle sentenze della Corte di appello di Campobasso, non definitiva in datae definitiva in data....., con le quali: a) si confermano, rigettando i relativi motivi di impugnazione, le statuizioni della decisione del Tribunale di Campobasso n. 85/2002 relative all'accertamento del diritto di T.M. all'assunzione con qualifica dirigenziale alle dipendenze della Comunità montana (OMISSIS) con decorrenza 7.2.1997 e alla costituzione del relativo rapporto di lavoro; b) si accoglie in parte il motivo di appello relativo all'ammontare del risarcimento del danno, condannando la Comunità montana al risarcimento commisurato al 100% delle retribuzioni non percepite con sottrazione dell'aliunde percepiti.

2. Il T., professionista ingegnere, era risultato vincitore del concorso bandito dalla Comunità montana per il posto di responsabile dei servizi urbanistici, ma l'assunzione era stata negata con Delib. di giunta n..... La Corte di Campobasso ritiene approvata la graduatoria del concorso con la Delib....., (annullata dal Comitato regionale di controllo solo nella parte in cui disponeva l'assunzione senza accertare i requisiti soggettivi previsti dal bando) e sorto, di conseguenza, il diritto all'assunzione; insussistente l'impossibilità assoluta dell'adempimento, non riscontrabile nelle allegate difficoltà di bilancio, del resto già esistenti nei termini indicati dalla Comunità al tempo del bando e contraddette dai successivi comportamenti dell'Ente (nuove assunzioni e affidamenti di incarichi a professionisti esterni); posseduto dall'ing. T. il requisito prescritto dal bando per l'ammissione al concorso, di "non aver riportato condanne penali", siccome la sentenza penale di "patteggiamento" era intervenuta successivamente e non era comunque equiparabile a sentenza di condanna.

4. In ordine all'ammontare del risarcimento del danno, la sentenza ritiene, tra l'altro, che dovessero essere detratti i guadagni professionali realizzati dal T. nel periodo di inadempimento imputabile alla Comunità, e, sulla base della disposta consulenza tecnica, li determina in relazione al reddito netto ricavato dai soli incarichi professionali espletati nel periodo successivo al 7.2.1997.

5. Il ricorso della Comunità montana è articolato in quattro motivi; resiste con controricorso T.M.. Entrambe le parti depositano memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo di ricorso si denuncia vizio di motivazione in ordine alla ritenuta approvazione della graduatoria del concorso, quale fonte del diritto azionato dal T.. La Corte di Campobasso, ad avviso della ricorrente, non avrebbe considerato che la Delib. di giunta....., si era limitata a prendere atto del risultato del concorso, dando mandato al segretario generale di verificare la situazione dell'ing. T. in relazione all'esito dei procedimenti penali, verifica necessaria per procedere alla nomina, omettendo altresì di valutare adeguatamente l'annullamento da parte del Coreco del punto 4 della Delib., annullamento pronunciato proprio perchè la delibera disponeva di assumere in servizio il vincitore in contrasto con l'esigenza di procedere prima dell'assunzione alla verifica indicata.

1.1. Il motivo non è ammissibile. L'esistenza ed efficacia del provvedimento di approvazione della graduatoria è stata accertata dalle Sezioni unite della Corte con decisione 22.5.2003, n. 10899, emanata in sede di verifica della giurisdizione a definizione del regolamento preventivo proposto dalla Comunità montana, quale fatto determinante il presupposto della giurisdizione ordinaria e acclarato nell'ambito dell'esercizio dei poteri di indagine diretta di cui la Cassazione è titolare ai fini della decisione sulla questione processuale della giurisdizione. Sussiste perciò la preclusione da giudicato interno in ordine alle contestazioni mosse dal motivo di ricorso.

2. Con il secondo motivo si denuncia violazione dell'art. 444 c.p.p., e vizio di motivazione in relazione ai contenuti del bando di concorso, nonché violazione dell'art. 13, comma 1, lett. g), del regolamento organico della Comunità montana, approvato con Delib. consiliare 9 dicembre 1994, n. 36. Si sostiene l'equiparazione della sentenza c.d. "patteggiata" a quella di condanna e l'effetto di preclusione, non solo in ordine all'ammissione al concorso ma anche per l'assunzione, derivante da una condanna per reati contro la pubblica amministrazione.

2.1. Il motivo non è fondato.

Non sono rivolte critiche ammissibili in questa sede all'accertamento di fatto secondo cui il bando di concorso contemplava la non ammissione solo per i candidati che, alla data di scadenza del termine fissato per la domanda di partecipazione, fossero stati condannati in sede penale, mentre, nei confronti del T., la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti era intervenuta in periodo successivo.

2.2. La sentenza impugnata reca certamente un'affermazione erronea in diritto nella parte in cui ritiene che l'accertata responsabilità penale non avrebbe in nessun caso consentito all'amministrazione di non dare corso all'assunzione, spettandole soltanto il potere, dopo la costituzione del rapporto di lavoro, di avviare l'eventuale procedimento disciplinare a carico del dipendente. Vero è invece che l'incompatibilità con la permanenza di un rapporto di impiego pubblico, per fatti tali da legittimare la destituzione, o il licenziamento, avrebbe determinato l'impossibilità di adempiere l'obbligo di costituire il rapporto di lavoro assunto con il bando di concorso.

E tuttavia il rilevato errore di diritto non ha avuto incidenza sulla conformità al diritto del dispositivo, che la Corte si limita a correggere ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 2. 2.3. Va richiamata la posizione assunta dalla giurisprudenza costituzionale, secondo la quale il rito speciale regolato dall'art. 444 c.p.p. e ss., pur in presenza di autonomi e consistenti poteri del giudice, trova il suo fondamento nell'accordo tra pubblico ministero e imputato sul merito dell'imputazione. Nel patteggiamento, infatti, l'imputato è posto di fronte a una alternativa che investe principalmente il suo diritto di difesa: concordare la pena e uscire rapidamente dal processo, ovvero esercitare la facoltà di contestare l'accusa.

Cosicché, il sistema è costruito in modo che l'imputato possa determinarsi alla sua scelta con piena consapevolezza delle conseguenze giuridiche derivanti dall'applicazione della pena su richiesta, così da poterne adeguatamente ponderare i benefici e gli svantaggi. Tra i benefici, in primo luogo, l'applicazione di una pena, diminuita fino a un terzo, che, se detentiva, non può essere superiore a due anni; quindi l'esonero dal pagamento delle spese del procedimento, la non applicazione di pene accessorie e di misure di sicurezza, l'estinzione del reato e di ogni effetto penale alle

condizioni previste dall'art. 445 c.p.p., comma 2, e, infine, alla stregua della disciplina anteriore all'entrata in vigore della L. 27 marzo 2001, n. 97, la previsione dell'inefficacia della sentenza di patteggiamento nei giudizi civili o amministrativi (art. 445 c.p.p., comma 1). In particolare, per quanto riguarda quest'ultimo beneficio, era ampiamente consolidato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo il quale la sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 444 c.p.p., non aveva efficacia di giudicato nel giudizio disciplinare, nell'ambito del quale l'accertamento dei fatti e la loro riferibilità all'incolpato doveva avvenire in modo autonomo. Sulla base di queste premesse e dando rilievo alla componente negoziale propria dell'istituto del patteggiamento, resa evidente anche dalla facoltà concessa al Giudice di verificare la volontarietà della richiesta o del consenso (art. 446, comma 5), la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. la L. 27 marzo 2001, n. 97, art. 10, comma 1, nella parte in cui dispone l'applicabilità della cit. L. artt. 1 e 2, (concernenti gli effetti della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti nel giudizio disciplinare) ai patteggiamenti perfezionatisi anteriormente alla sua entrata in vigore, siccome l'efficacia retroattiva non era rispettosa del presupposto della scelta compiuta dall'imputato costituito dal quadro normativo che gli garantiva l'integrità del diritto di difesa in tutti i successivi giudizi civili, amministrativi e disciplinari nei quali il medesimo fatto avesse avuto rilievo (Corte costituzionale, 25 luglio 2002, n. 394).

2.4. Pertanto, in fattispecie cui non è applicabile *ratione temporis* la L. n. 97 del 2001, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale, sarebbe stato onere della Comunità montana allegare e provare (sia pure a mezzo della presunzione derivante dalla sentenza "patteggiata") che i fatti di rilevanza penale commessi dal T. erano di natura e gravità tali da risultare incompatibili con la costituzione del rapporto di impiego pubblico.

Nulla di tutto ciò è avvenuto nella controversia: non solo l'Ente ha motivato, con la Delib. di giunta n. 65 del 1999, la decisione di rifiuto dell'assunzione esclusivamente con le sopravvenute difficoltà finanziarie, ma anche nel giudizio ha ommesso qualsiasi precisazione in ordine al procedimento penale ed ai fatti commessi dal T.. Cosicché è mancata del tutto la valutazione, spettante all'amministrazione salvo il controllo giudiziale, dei fatti posti a base della sentenza del Giudice penale, ai fini della verifica dei requisiti di idoneità morale ed attitudine ad espletare l'attività di pubblico impiegato.

3. Con il terzo motivo di ricorso è denunciata violazione e falsa applicazione dell'art. 1463 c.c., unitamente a vizio di motivazione, per avere il Giudice del merito escluso che la mancata assunzione fosse stata determinata dalla sopravvenuta situazione finanziaria dell'Ente, che aveva reso impossibile la costituzione del rapporto di lavoro.

3.1. Il motivo non può trovare accoglimento.

Nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato al bando di concorso per l'assunzione, diretto a dare attuazione alla decisione (di per sé non impegnativa nei confronti dei terzi) di far fronte al fabbisogno attuale di personale dipendente, va riconosciuta duplice natura giuridica: di provvedimento amministrativo nella parte cui concreta un atto del procedimento di evidenza pubblica, del quale regola il successivo svolgimento; di atto negoziale negli aspetti sostanziali, in quanto concreta proposta al pubblico, condizionata negli effetti all'espletamento del procedimento concorsuale e all'approvazione della

graduatoria. Anche l'approvazione della graduatoria presenta questa duplicità di natura giuridica:

provvedimento terminale del procedimento concorsuale e atto negoziale di individuazione del futuro contraente. Dall'approvazione della graduatoria discende, quindi, il diritto all'assunzione del partecipante collocato in posizione utile della graduatoria, cui corrisponde l'obbligo di adempimento dell'amministrazione assoggettato al regime di cui all'art 1218 c.c.(vedi Cass. S.U. 16 aprile 2007, n. 8951).

3.2. L'applicazione alla fattispecie dell'enunciato principio di diritto rende il motivo di ricorso palesemente infondato perchè, secondo i principi generali, le difficoltà finanziarie non sono idonee a produrre l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta, essendo pur sempre nella disponibilità del debitore l'adozione dei mezzi adeguati per farvi fronte, nè, comunque, ai fini del risarcimento del danno, è stata offerta la prova della non imputabilità del ritardo nell'adempimento, considerato altresì che non risulta neppure contestato l'accertamento di merito secondo cui nel periodo vi sono state altre assunzioni, nonchè il ricorso a consulenze esterne.

4. Con il quarto e ultimo motivo di ricorso si censura la sentenza impugnata in tema di determinazione del risarcimento del danno. Si deduce che l'aliunde perceptum, relativamente al periodo intercorso dal 7.2.1997 al deposito della consulenza tecnica di ufficio, sarebbe stato erroneamente determinato sulla base delle somme irrisorie risultanti dalla documentazione, senza considerare gli elementi presuntivi desumibili dalla concreta capacità professionale del T. alla produzione di reddito, nè l'obbligo di diligenza del creditore di attivarsi per non aggravare il danno.

4.1. Il motivo è per una parte infondato, per altra parte inammissibile.

E' infondato relativamente alla determinazione dell'aliunde perceptum, siccome l'onere di provare il nesso causale tra l'inadempimento e la realizzazione di concreti vantaggi spetta al debitore (vedi Cass. 19 gennaio 2006, n. 945), mentre la ricorrente non precisa quali elementi specifici, sottoposti al vaglio del giudice del merito e non considerati, avrebbero potuto indurre a presumere la realizzazione di guadagni di importo maggiore.

E' inammissibile nella parte in cui invoca il disposto dell'art. 1227 c.c., comma 2, siccome il mancato uso della dovuta diligenza del T. per ridurre il danno è questione che non risulta sottoposta al Giudice del merito e pertanto non è proponibile in questa sede.

5. Al rigetto del ricorso segue la condanna della parte ricorrente al rimborso delle spese e degli onorari del giudizio di cassazione, determinati nella misura di cui in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso; condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio di cassazione, liquidate le prime in Euro 38,00, oltre spese generali, iva e cpa, e i secondi in complessivi Euro 4.000,00, (quattromila/00).

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Lavoro, il 25 novembre 2008.

Depositato in cancelleria il 20 gennaio 2009