



**CONSULTA ONLINE**

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2023 FASC. II

(ESTRATTO)

**VALENTINA MILANESE**

**LAVORO PUBBLICO "CONTRATTUALIZZATO":  
RESPONSABILITÀ PER RITARDATA ASSUNZIONE**

8 LUGLIO 2023

**IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO**

Valentina Milanese

## Lavoro pubblico “contrattualizzato”: responsabilità per ritardata assunzione\*

**ABSTRACT:** *The purpose of this essay is to address the issue of damage from delay in hiring of a public employee. The delay may be due to the adoption of unlawful administrative measures in the course of the procedure or to the lack of funds to be able to proceed with recruitment.*

*The majority jurisprudence qualifies the liability of the public administration for delayed hiring of public employee as non-contractual liability, to which, however, it applies the schemes of pre-contractual liability, since, generally, in the terms that will be illustrated, it grants compensation for negative interest only. It should be kept in mind that delayed recruitment of a public employee does not only result in harm to the candidate placed in service with delay. In fact, this particular case involves the onset of additional problems, such as the possible violation of the articles 3 and 51 of the Constitution and increased workload for other public employees working at the same public entity that has delayed hiring a new employee, with the possibility that, due to the failure to achieve the objectives ascertained by the performance evaluation procedure, managerial liability also arises.*

SOMMARIO: 1. Il danno da ritardata assunzione dei dipendenti pubblici. – 2. Danno da ritardata assunzione: diritto soggettivo o interesse legittimo? – 3. La ritardata assunzione cagionata da illegittimità poste in essere dall'amministrazione nel corso della procedura concorsuale pubblica. – 4. (Segue): l'assunzione del candidato vincitore del concorso. – 5. Problematiche del danno da ritardo nell'assunzione del pubblico dipendente.

### 1. Il danno da ritardata assunzione dei dipendenti pubblici

Nell'ambito delle procedure concorsuali<sup>1</sup> volte al reclutamento dei pubblici dipendenti, laddove si verifichi un ritardo nell'assunzione, dovuto all'adozione di atti o provvedimenti amministrativi illegittimi, la dottrina e la giurisprudenza ritengono che l'amministrazione pubblica incorra in responsabilità extracontrattuale<sup>2</sup> ex art. 2043 cod. civ., a causa della violazione del principio generale del *neminem laedere*<sup>3</sup>.

---

\* 

<sup>1</sup> L'accesso al pubblico impiego mediante concorso costituisce il sistema normale di reclutamento degli impiegati, in quanto consente l'assunzione dei soggetti più capaci e meritevoli, nel rispetto dei principi di uguaglianza e di imparzialità. Fatta salva l'eventualità che vengano banditi concorsi interni, il pubblico concorso è aperto a tutti e può essere svolto per esami, per titoli o per titoli ed esami. Sul pubblico concorso si vedano: AA.VV., *Concorsi pubblici. Procedure di assunzione e costituzione del rapporto di impiego pubblico*, Milano, 2021; AA.VV., *Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni: profili problematici*, in *Atti dell'incontro di studio svoltosi nell'Aula magna del Palazzo dell'Università degli Studi di Genova*, 2020, in [Giustamm](#); G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, II, Milano, 2020, 3337 ss.; P.M. VIPIANA, *L'organizzazione amministrativa e i suoi mezzi*, Milano, 2019; P. VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, 2002.

<sup>2</sup> La giurisprudenza qualifica la responsabilità della pubblica amministrazione per ritardata assunzione di un proprio pubblico dipendente come responsabilità extracontrattuale alla quale applica gli schemi della responsabilità precontrattuale, accordando, generalmente, la sola risarcibilità dell'interesse negativo. In questo senso S. TORTINI, *I pubblici concorsi: vincitori e vinti*, in *Lav. giur.*, 2012, 1038. L'Autore osserva che, con riguardo, in particolare, alla ritardata costituzione del rapporto di pubblico impiego dovuta all'emanazione di atti o provvedimenti illegittimi, l'orientamento prevalente sostiene che si configuri in capo alla Pubblica Amministrazione una responsabilità di natura extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c., derivante dalla violazione del principio generale del *neminem laedere*, a cui consegue l'obbligo dell'Amministrazione di risarcire i danni patiti dai soggetti assunti in ritardo. Prosegue, poi, ricordando che la giurisprudenza riconduce la determinazione del danno risarcibile per violazione del diritto soggettivo all'assunzione al risarcimento dell'*id quod interest contractus initium non fuisse*, ovvero al risarcimento del mero interesse negativo, analogamente a quanto la giurisprudenza prevede in generale in tema di responsabilità precontrattuale. Cfr. S. BAIONA, *La responsabilità della P.A. per il ritardo nell'assunzione in servizio: presupposti dell'azione e i criteri di quantificazione del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2103; in questo senso anche Cons. Stato, Sez. IV, 12 settembre 2009, n. 5350, in [Giustizia Amministrativa](#); Cons. Stato, Sez. III, 25 gennaio 2018, n. 510, ivi;

Ne consegue che l'onere di provare la sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano grava sul privato che, avendo partecipato al concorso, ritenga di essere stato ingiustamente pregiudicato dall'ente pubblico precedente.

Prima di affrontare le questioni connesse al risarcimento del danno e all'onere della prova, è opportuno spendere alcune parole sulle circostanze al ricorrere delle quali si possa effettivamente parlare di danno da ritardata assunzione di un dipendente pubblico.

In primo luogo, il procrastinarsi dell'assunzione può dipendere dall'illegittimità, accertata in sede giurisdizionale, degli atti posti in essere dall'amministrazione nello svolgimento della procedura selettiva. Tale eventualità può consistere, a titolo esemplificativo, in una valutazione scorretta, da parte dell'ente pubblico precedente, dei requisiti o dei titoli necessari per partecipare al concorso, la quale non sia riconducibile ad un errore scusabile dell'amministrazione, oppure nell'illegittima esclusione dalla partecipazione alla procedura concorsuale di uno dei candidati in possesso dei requisiti richiesti.

In secondo luogo, il suddetto danno può ricorrere al manifestarsi di una peculiare ipotesi, nella quale si profila con particolare evidenza l'inerzia della pubblica amministrazione nel procedere all'assunzione. Il riferimento è al caso in cui il candidato, nonostante sia risultato vincitore in seguito all'approvazione, da parte dell'amministrazione, della graduatoria definitiva, venga assunto dall'ente pubblico datore di lavoro soltanto a distanza di tempo. Si tratta di un'eventualità che, nella pratica, si verifica principalmente a causa di una mancanza di fondi pubblici per poter procedere all'assunzione.

Sul punto, occorre rilevare che le pubbliche amministrazioni, prima di bandire un concorso, dovrebbero verificare, sulla base delle risultanze del Piano integrato di attività e organizzazione (di seguito anche denominato PIAO)<sup>4</sup>, di disporre delle risorse economiche necessarie per procedere all'assunzione di nuovi pubblici dipendenti.

Infatti, il PIAO, oltre ad indicare gli obiettivi programmatici e strategici della performance, le strategie di gestione del capitale umano, gli strumenti per giungere alla piena trasparenza dell'attività amministrativa, le procedure da semplificare e le modalità per realizzare la piena accessibilità alle amministrazioni, contiene anche la programmazione del fabbisogno di personale<sup>5</sup>.

Ciò che concretamente accade è che le pubbliche amministrazioni, talvolta, bandiscano concorsi per assumere nuovi pubblici dipendenti o non tenendo in considerazione i dati che emergono dal PIAO o, addirittura, senza aver prima adottato quest'ultimo. In tal caso, il rischio è quello che gli

---

Cons. Stato, Sez. III, 9 dicembre 2015, n. 5608, *ivi*; Cons. Stato, Sez. III, 2 marzo 2015, n. 1029, *ivi*. Mette conto, infine, di rammentare il diverso regime della responsabilità contrattuale della Pubblica Amministrazione generata dalla violazione di un rapporto obbligatorio già sorto tra le parti in base, appunto, ad un contratto, od anche per atto unilaterale o *ex lege*, trovandovi applicazione le regole previste dal codice civile: sul tema, cfr. G.M. RACCA, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione*, in R. GAROFOLI, G. M. RACCA, M. DE PALMA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno dinanzi al giudice amministrativo*, Milano 2003, 194; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 203; C. CASTRONOVO, *La "civilizzazione" della pubblica amministrazione*, in *Europa e diritto privato*, 2013, 637 ss.; A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in AA.VV., *Colloquio sull'interesse legittimo*, a cura di Travi, Milano 2014; V. LOPILATO, *Modelli di responsabilità della pubblica amministrazione e riparto di giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 2021/1.

<sup>3</sup> Nota in tema di responsabilità per ritardata assunzione, nota a TAR Veneto, Venezia, Sez. II, 12 maggio 2010, n. 1941, in *Giur. it.*, 2020, 2439; P. COSMAI, *Il danno da ritardo: tra risarcimento ed indennizzo*, nota a Cons. Stato, Sez. IV, 7 marzo 2013, in *Corr. merito*, 2013, 1200; S. BAIONA, *La responsabilità della P.A.*, cit.; ID., *Nota sulla responsabilità della P.A. per i danni cagionati dal ritardo nell'assunzione in servizio per l'illegittimità della graduatoria*, nota a Cons. giust. amm. Sicilia, 20 aprile 2007, n. 361, in *Giur. it.*, 2007, n. 2334.

<sup>4</sup> Il PIAO è stato recentemente introdotto dall'art.6, d.l. n. 80/2021, conv., con modif., nella l. n. 113/2021. Come si avrà modo di approfondire *infra* al §5, il legislatore ha previsto che le amministrazioni con più di cinquanta dipendenti - esclusi gli istituti scolastici - debbano riunire nel PIAO tutta la programmazione relativa alla gestione delle risorse umane, all'organizzazione dei dipendenti nei vari uffici e alla formazione e alle modalità di prevenzione della corruzione, prima contenuta in diversi documenti.

<sup>5</sup> F. BRUNO, *Enti locali: gestione e bilancio*, in *Azienditalia*, 2023, 198.

enti pubblici che hanno bandito il concorso non dispongano dei fondi necessari per procedere all'assunzione dei candidati che abbiano superato la selezione. Quando tale eventualità si verifica, l'amministrazione interessata si trova nella condizione di non poter procedere alla tempestiva assunzione dei vincitori del concorso, con la conseguenza di arrecare loro un danno risarcibile.

La differenza sostanziale tra le due circostanze che sono poco sopra state descritte riguarda la tipologia di situazione giuridica soggettiva facente capo all'aspirante pubblico dipendente. Nel secondo caso, quest'ultimo, in quanto vincitore del concorso, vanta un vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione, che può essere fatto valere dinanzi al giudice ordinario. Nel primo caso, di converso, il candidato è, generalmente, ritenuto titolare di un interesse legittimo pretensivo a che l'amministrazione si comporti correttamente nel corso della fase improntata alla selezione dei partecipanti.

Infatti, nell'eventualità in cui l'amministrazione abbia indicato come vincitore del concorso un soggetto diverso da quello che avrebbe dovuto selezionare se avesse agito legittimamente, al candidato escluso è riconosciuta la possibilità di impugnare la graduatoria dinanzi al giudice amministrativo e farne accertare l'illegittimità. Laddove la pronuncia del giudice accolga il ricorso<sup>6</sup>, verrà annullata la graduatoria definitiva e l'amministrazione, in esecuzione del giudicato, sarà tenuta ad assumere, anche se con ritardo, il candidato ricorrente che abbia allegato prove sufficienti a dimostrare che, in una procedura correttamente svoltasi, avrebbe dovuto risultare vincitore del concorso.

In entrambe le ipotesi, di fronte al ritardo con il quale l'amministrazione ha proceduto ad assumere un proprio dipendente, si configura un danno, risarcibile a titolo di responsabilità extracontrattuale, il quale, stando a quanto affermato dall'orientamento giurisprudenziale maggioritario<sup>7</sup>, dovrebbe ricomprendere, oltre alla retrodatazione degli effetti giuridici

---

<sup>6</sup> Come previsto dall'art. 34, lett. e), d.lgs. n. 104/2010, il giudice dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese. Si tratta di misure che vengono adottate pur sempre dal giudice della cognizione e che risultano necessarie al fine dell'attuazione del giudicato. Come è stato recentemente ricordato da Cons. Stato, Sez. II, 12 maggio 2023, n. 4800, la "cognizione ad esecuzione integrata", di cui all'art. 34, lett. e), d.lgs. n. 104/2010, costituisce uno degli elementi più innovativi del codice del processo amministrativo. Sul punto, il Consiglio di Stato, con la pronuncia sopra citata, ha affermato che «è ben possibile che la tutela giurisdizionale si sviluppi attraverso una successione continua di attività che vanno dall'accertamento della pretesa sino alla soddisfazione della stessa, dove il giudice non si "spoglia" dell'affare all'esito della cognizione, bensì sovrintende alla definizione anche materia della lite. A fini di accelerazione e di effettività della tutela, le misure sollecitorie e surrogatorie delle sentenze esecutive e del giudicato possono essere disposte già con la sentenza che definisce la fase di cognizione. Quando il giudice amministrativo si avvale di questa facoltà, la tutela giurisdizionale esecutiva non deve essere introdotta da una ulteriore domanda, specifica e autonoma (la verifica dell'interesse ad agire e della legittimazione, del resto, sono impliciti nel fatto che la pretesa è stata già accertata come eseguibile). Un'autonoma domanda sarà necessaria soltanto per la dichiarazione di nullità e inefficacia di atti sopravvenuti adottati in violazione o elusione del provvedimento amministrativo satisfattivo che non sia stato possibile definire già in sede di cognizione: a differenza che nell'esecuzione forzata civile (in cui, presupponendosi il già avvenuto accertamento del diritto, il titolo esecutivo costituisce la condizione necessaria e sufficiente per procedere alla stessa), nel sistema della giustizia amministrativa può accadere che la sentenza di annullamento non possa dettare una compiuta disciplina del rapporto tra amministrazione e cittadino "sostitutiva" dell'atto annullato (ad esempio, quando il vizio accertato consiste nella violazione di una norma che assicura all'istante soltanto la possibilità di conseguire il bene finale); in questi casi, il giudizio di ottemperanza, ricorrendone i presupposti, è chiamato a "completare" la cognizione mediante l'individuazione del contenuto della prestazione o attività cui è tenuta l'amministrazione, in sostanza qui è l'esecuzione ad essere "a cognizione integrata" (nel processo civile, invece, la contestazione del diritto a procedere ad esecuzione forzata richiede sempre l'instaurazione di un autonomo giudizio di cognizione, che costituisce un incidente di esecuzione)».

<sup>7</sup> S. TORTINI, *I pubblici concorsi*, cit.; P. COSMAI, *Il danno da ritardo*, cit., 1200; Cons. Stato, Sez. V, 14 febbraio 2022, n. 1058, in [Giustizia Amministrativa](#); TAR Lazio, Roma, Sez. I bis, 4 gennaio 2021, n. 9, in [One LEGALE](#); Cass. civ., Sez. lav., 4 agosto 2020, n. 16665, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1212 (quest'ultima pronuncia, peraltro, resa con riferimento alla responsabilità della p.a. in chiave contrattuale); Cons. Stato, Sez. VI, 2 dicembre 2021, n. 8042, in [Giustizia Amministrativa](#); Cons. Stato, Sez. IV, 8 ottobre 2018, n. 5762, *ivi*.

dell'assunzione, il solo interesse negativo e non anche le somme che il dipendente pubblico avrebbe percepito a titolo di retribuzione se fosse stato tempestivamente assunto<sup>8</sup>.

Com'è già stato accennato, l'onere di fornire la prova dell'esistenza degli elementi costitutivi del fatto illecito incombe sul candidato che assuma di essere stato ingiustamente danneggiato dall'amministrazione, autrice di una tardiva assunzione. In particolare, il privato è tenuto a dimostrare l'esistenza tanto di un danno ingiusto quanto del nesso di causalità tra la condotta dell'amministrazione e il pregiudizio subito. Per quanto, invece, riguarda l'elemento soggettivo della colpa attribuibile all'ente pubblico, occorre precisare che, secondo l'orientamento giurisprudenziale oggi prevalente<sup>9</sup>, laddove la responsabilità della pubblica amministrazione derivi dall'adozione di un provvedimento illegittimo, il privato può giovare di una presunzione semplice di colpevolezza. Quanto da ultimo scritto significa che è sufficiente che venga fornita la prova dell'illegittimità dell'atto amministrativo affinché si ritenga sussistente anche la colpa dell'amministrazione. In altre parole, si verifica un'inversione dell'onere della prova: non è più il privato a dover dimostrare la negligenza o l'imperizia della pubblica amministrazione, ma è quest'ultima che, per evitare di essere ritenuta responsabile a causa dell'adozione di un provvedimento asseritamente illegittimo, è tenuta a fornire la prova di essere incorsa in un errore scusabile<sup>10</sup>. Siffatto errore si configura a fronte di un'erronea interpretazione, da parte dell'amministrazione, delle norme giuridiche, la quale sia, in un certo senso, giustificata. Ipotesi generalmente riconosciuta di errore scusabile si riscontra allorché sussista un contrasto giurisprudenziale sul significato attribuibile alle disposizioni interpretate dall'ente pubblico o laddove si tratti di enunciati normativi dalla formulazione incerta o da poco entrati in vigore<sup>11</sup>.

## 2. *Danno da ritardata assunzione: diritto soggettivo o interesse legittimo?*

In relazione al danno da ritardata assunzione di un pubblico dipendente, uno dei problemi che si sono posti è quello relativo all'individuazione del giudice munito di giurisdizione<sup>12</sup>.

Con il d.lgs. n. 165/2001, il legislatore ha operato una devoluzione al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, di tutte le controversie concernenti i rapporti di impiego alle dipendenze di una pubblica amministrazione<sup>13</sup>, fatta eccezione per quelle relative a particolari

---

<sup>8</sup> L'integrale ricostruzione della carriera, sia sotto il profilo economico sia sotto quello giuridico, è possibile solo nei casi di illegittima sospensione o interruzione di un rapporto di impiego già in corso presso una pubblica amministrazione.

<sup>9</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 19 marzo 2019, n. 1815, in [Giustizia Amministrativa](#); Cons. Stato, Sez. III, 23 dicembre 2019, n. 8668, ivi; Cons. Stato, Sez. VI, 28 giugno 2019, n. 4454, ivi.

<sup>10</sup> Come affermato da Cons. Stato, n. 1815/2018, cit., in caso di acclarata illegittimità di un atto amministrativo asseritamente foriero di danno, al privato non è richiesto un particolare sforzo probatorio in relazione al profilo dell'elemento soggettivo della colpa; ciò perché egli può limitarsi a dimostrare l'illegittimità dell'atto, mentre, per quanto riguarda la prova della colpa dell'amministrazione, si deve fare rinvio alle regole della comune esperienza e della presunzione semplice di cui all'art. 2727 cod. civ., spettando all'ente pubblico provare di essere incorso in un errore scusabile.

<sup>11</sup> G. GIOIA, *Osservatorio sulla giustizia amministrativa – Danni da ritardata assunzione*, nota a Cons. Stato, Sez. VI, 28 agosto 2013, n. 4210, in *Danno e resp.*, 2014, 104.

<sup>12</sup> L. OLIVIERI, *La giurisdizione relativa alle assunzioni alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in [Giustamm.](#), 2021, 7.

<sup>13</sup> Art. 63, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165: «[1] Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi. L'impaginazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo. [...] [3] Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le

categorie di dipendenti pubblici, indicate dall'art. 3 del suddetto decreto legislativo<sup>14</sup>, nonché per quelle in materia di procedure concorsuali<sup>15</sup> per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni<sup>16</sup>.

La ragione sottostante la devoluzione al giudice amministrativo delle controversie concernenti le procedure concorsuali pubbliche risiederebbe nel fatto che le contestazioni sorte in tale ambito avrebbero a che fare con situazioni giuridiche soggettive aventi la consistenza di interesse legittimo, in relazione al quale, generalmente, il giudice munito di giurisdizione è, appunto, quello amministrativo. Questo perché, nel corso della procedura di selezione del personale pubblico, l'amministrazione agisce non *iure privatorum*, ma esercitando i propri poteri autoritativi, idonei ad incidere sull'interesse legittimo pretensivo dei candidati al corretto esercizio del potere medesimo.

Il momento a partire dal quale la situazione giuridica soggettiva facente capo agli aspiranti pubblici dipendenti da interesse legittimo si tramuta in un vero e proprio diritto all'assunzione è individuato, tanto dalla dottrina<sup>17</sup> quanto dalla giurisprudenza<sup>18</sup> nell'approvazione della graduatoria da parte dell'amministrazione. A partire da quel momento il candidato, collocatosi in graduatoria in una posizione utile per essere assunto, vanta, nei confronti dell'amministrazione procedente, un diritto soggettivo all'assunzione, rispetto al quale, quindi, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro.

Per queste ragioni, come si avrà modo di scrivere nel prosieguo, laddove il candidato risultato vincitore in seguito all'approvazione della graduatoria, non venga tempestivamente assunto dall'amministrazione, il giudice competente per un'eventuale controversia sorta tra il lavoratore e l'ente pubblico suo datore di lavoro che abbia tardato ad assumerlo dovrà essere instaurata innanzi al giudice ordinario, in quanto si rientra nell'ambito di quelle controversie che l'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001 devolve a tale giurisdizione<sup>19</sup>.

Laddove, invece, la ritardata assunzione di un lavoratore sia dovuta ad illegittimità insorte nel corso della fase pubblicistica ed il lavoratore venga assunto in quanto, in sede giurisdizionale, sia stato riconosciuto che, se l'ente pubblico avesse agito correttamente, egli avrebbe dovuto superare il

---

controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi».

<sup>14</sup> L'art. 3, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 statuisce che restano disciplinati dai rispettivi ordinamenti i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, nonché i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate dall'art. 1 del d.lgs. del C. provv. St. 17 luglio 1947, n. 691, e dalle leggi 4 giugno 1985, n. 281 e 10 ottobre 1990, n. 287.

<sup>15</sup> L. LEVA, *La giurisdizione del giudice amministrativo sulle procedure concorsuali interne nel pubblico impiego contrattualizzato*, in *Foro amm.*, 2004, fasc. 1, 243 ss. L'Autore osserva che la dicitura "procedure concorsuali", utilizzata dall'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165/2001, farebbe riferimento a qualsiasi tipo di procedura selettiva che possa comportare una nuova assunzione, un avanzamento di carriera o, più in generale, la conclusione di un contratto di lavoro al quale corrisponda un trattamento economico diverso e l'attribuzione di mansioni e funzioni superiori.

<sup>16</sup> G. ASTEGIANO - S. PETRELLI, *Osservatorio giurisprudenziale - Principi generali per le controversie relative al pubblico impiego privatizzato*, in *Azienditalia*, 2022, 1795; A. MURATORIO, *Le controversie nel pubblico impiego ed il riparto di giurisdizione - Commento*, in *Lav. giur.*, 2006, 568; A. MURATORIO, *La qualificazione del lavoro pubblico e privato ai fini della giurisdizione*, in *Lav. giur.*, 2006, 954; D. BORGHESI, *La giurisdizione del giudice ordinario*, in *AA.VV., Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commentario*, a cura di F. Carinci e L. Zoppoli, Milano, 2004, 1215; M. ROSSETTI, *Pubblico impiego e giurisdizione del giudice ordinario: il regime transitorio*, in *Lav. giur.*, 2001, 623.

<sup>17</sup> G. PENDOLINO, *Ancora dubbi sulla giurisdizione nel pubblico impiego: il caso paradigmatico delle graduatorie del personale della scuola*, in *Lav. giur.*, 2010, 447; L. ZAPPALÀ, *Le trasformazioni del lavoro pubblico nel prisma delle politiche di reclutamento. Il caso del "diritto all'assunzione"*, in *Lav. pub. amm.*, 2000, 279.

<sup>17</sup> Cons. Stato, Sez. V, 29 novembre 2018, n. 6779, in *Guida al diritto*, 2019, 90

<sup>18</sup> Cons. Stato, n. 6779/2018, cit.

<sup>19</sup> S. TORTINI, *I pubblici concorsi*, cit., 1038. L'Autore osserva come, nel quadro normativo attuale, il risarcimento del danno per ritardata assunzione può essere richiesto innanzi al giudice ordinario per la lesione del diritto soggettivo all'assunzione, laddove, dopo l'approvazione della graduatoria da parte dell'amministrazione, quest'ultima abbia ritardato la conclusione del contratto di lavoro con il vincitore.

concorso, il danno da ritardo potrà essere fatto valere innanzi al giudice amministrativo<sup>20</sup>. Siffatta soluzione trova giustificazione sia perché si versa nell'ambito di quelle controversie concernenti le procedure concorsuali, le quali sono sottratte alla regola generale in materia di giurisdizione nel lavoro pubblico "contrattualizzato"<sup>21</sup>, sia perché, in tal caso, ad avviso della giurisprudenza, non è configurabile un diritto soggettivo all'assunzione, ma solo un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri pubblicistici spettanti all'amministrazione<sup>22</sup>.

### *3. La ritardata assunzione cagionata da illegittimità poste in essere dall'amministrazione nel corso della procedura concorsuale pubblica*

Terminate le necessarie premesse in ordine al tipo di situazione giuridica soggettiva facente capo al pubblico dipendente assunto con ritardo dall'ente pubblico datore di lavoro e all'individuazione del giudice munito di giurisdizione, occorre, in questa sede, affrontare più approfonditamente il caso relativo al ritardo nell'assunzione di un pubblico dipendente, intervenuto a causa di atti illegittimi posti in essere dall'amministrazione procedente nel corso della fase pubblicistica.

A fronte dell'adozione di atti amministrativi illegittimi, durante lo svolgimento della fase di valutazione delle domande presentate dai candidati e dei titoli in loro possesso, l'aspirante pubblico dipendente, che ritenga di essere stato ingiustamente scartato dall'amministrazione, può impugnare, dinanzi al giudice amministrativo, la graduatoria finale e chiederne l'annullamento. Nell'eventualità in cui l'autorità giurisdizionale accolga il ricorso e riconosca che, se l'ente pubblico avesse agito correttamente, il candidato ricorrente avrebbe dovuto essere indicato quale vincitore del concorso, l'amministrazione, in esecuzione del giudicato, normalmente adotta un provvedimento costitutivo del rapporto di lavoro, avente efficacia retroattiva limitatamente agli effetti giuridici<sup>23</sup>. Dal momento che l'aspirante pubblico dipendente viene assunto soltanto in seguito all'annullamento in sede giurisdizionale della graduatoria stilata dall'amministrazione, si può sostenere che la sua immissione in servizio sia intervenuta con ritardo rispetto a quanto sarebbe accaduto a fronte di un andamento regolare della procedura selettiva.

In circostanze siffatte, la giurisprudenza<sup>24</sup> ritiene che il danno subito dal candidato consista nel pregiudizio arrecato al suo interesse legittimo al corretto svolgimento della procedura concorsuale. Infatti, se quest'ultima non fosse stata affetta da illegittimità, il ritardo nell'assunzione non si sarebbe verificato.

Accolta, nei termini indicati nel paragrafo precedente, la tesi che qualifica come interesse legittimo la situazione giuridica soggettiva facente capo al candidato che, nelle circostanze sopra

---

<sup>20</sup> Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2002, n. 5174, ha osservato che laddove l'assunzione del candidato avvenga solo in seguito all'annullamento in sede giurisdizionale della graduatoria e, in esecuzione del giudicato, alla successiva adozione, da parte dell'amministrazione, di un provvedimento costitutivo del rapporto di lavoro, il danno subito dal candidato non è costituito dalla lesione di un diritto soggettivo all'assunzione, ma dal pregiudizio arrecato al suo interesse legittimo al corretto svolgimento della procedura concorsuale, la quale, se avesse avuto un andamento regolare, non avrebbe comportato il ritardo nell'assunzione.

<sup>21</sup> M. P. VIPIANA - V. FANTI - M. TRIMARCHI, *Giustizia amministrativa*, Milano, 2019; G.P. CIRILLO, *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2017, 121; D. BORGHESI - L. DE ANGELIS, *Il processo del lavoro e della previdenza*, Milano, 2013, 65 ss.; A. TRAVI, *La giurisdizione nelle controversie di pubblico impiego, Relazione alla Giornata di studio sulle controversie del pubblico impiego dedicate a Massimo D'Antona*, 1999, 16.

<sup>22</sup> V. CARBONE, *Osservatorio - Corte di Cassazione - Sezioni Unite e Sezioni Semplici - Danni da ritardata assunzione nella P.A.*, nota a Cass. civ., Sez. Un., 14 ottobre 2008, n. 25117, in *Corr. giur.*, 2009, 22; Cass. civ., Sez. lav., 4 agosto 2008, n. 16665, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1212; nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. IV, 9 novembre 2020, n. 6892, in *Giustizia Amministrativa*, Cons. Stato, Sez. II, 24 aprile 2020, n. 4042, *ivi*.

<sup>23</sup> Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2002, n. 5174, in *Foro amm.*, 2002, 3227; Cons. Stato, Sez. V, 31 marzo 2017, n. 1497, in *Foro amm.*, 2017, 585; Cons. Stato, Ad. Plen., 12 dicembre 1991, n. 10, in *Giustizia Amministrativa*; Cons. Stato, Sez. IV, 3 luglio 2001, n. 3669, *ivi*.

<sup>24</sup> Cons. Stato, 5174/2002, *cit.*; TAR Campania, Napoli, Sez. II, 28 febbraio 2006, n. 2476, in *Foro amm.*, 2006, 676.

descritte, viene assunto con ritardo dalla pubblica amministrazione, occorre chiarire in cosa consista il danno arrecato al pubblico dipendente e come questo possa essere ristorato.

Innanzitutto, va preliminarmente evidenziato che la retrodatazione degli effetti giuridici dell'assunzione, di per sé, costituisce una reintegrazione in forma specifica dell'interesse legittimo pregiudicato<sup>25</sup>. Per quanto, invece, riguarda il risarcimento per equivalente<sup>26</sup> del danno patito dal dipendente pubblico assunto con ritardo, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario sostiene che non sia possibile conferire al danneggiato le retribuzioni che egli avrebbe percepito se fosse stato assunto tempestivamente, in quanto è solo dalla concreta attuazione del rapporto di lavoro che può derivare l'obbligo della pubblica amministrazione di corrispondere il relativo trattamento economico<sup>27</sup>.

Recentemente il Consiglio di Stato<sup>28</sup> ha, però, osservato che, in caso di ritardo nell'assunzione di un pubblico dipendente dovuta all'adozione di provvedimenti amministrativi illegittimi, la pretesa relativa alla corresponsione delle retribuzioni non percepite va scomposta a seconda che si riferisca al periodo precedente ovvero successivo rispetto al giudicato che abbia accertato l'illegittimità dell'atto amministrativo.

Per quanto riguarda il periodo posteriore alla declaratoria giudiziale di illegittimità del provvedimento, le somme spettanti al lavoratore avrebbero natura retributiva e non risarcitoria. Ciò in quanto dal rapporto di lavoro – il ripristino della cui funzionalità è imposto dalla pronuncia giudiziale – discende l'obbligo per il datore di lavoro di pagare la retribuzione, e ciò anche in caso di mancanza della prestazione lavorativa per rifiuto di riceverla.

Pertanto, in relazione al periodo successivo al giudicato, il candidato ricorrente non chiederebbe il risarcimento di un "danno" quanto piuttosto l'adempimento dell'obbligazione retributiva che gli spetta<sup>29</sup>.

Con riferimento al periodo anteriore alla pronuncia del giudice amministrativo, la pretesa al pagamento delle retribuzioni avrebbe, invece, natura risarcitoria, in quanto prima del giudicato le reciproche prestazioni, sia retributive sia lavorative, non erano esigibili<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/1991, cit.; Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 517, in *Foro amm.*, 2007, 601; TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 27 aprile 2016, n. 697, in [Giustizia Amministrativa](#).

<sup>26</sup> F. MERUSI, *La tutela risarcitoria come strumento di piena giurisdizione*, Napoli, 2021.

<sup>27</sup> Cons. Stato, n. 517/2007, cit.; Cons. Stato, n. 1497/2017, cit. Come osservato dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 1497 del 2017 la ricostruzione della carriera anche agli effetti economici esula dalla stretta esecuzione della sentenza che abbia annullato la graduatoria stilata dall'amministrazione e riconosciuto che il candidato ricorrente avrebbe dovuto essere indicato quale vincitore del concorso; ciò perché, in mancanza della prestazione lavorativa, non matura il diritto retribuzione.

<sup>28</sup> Cons. Stato, n. 4800/2023, cit., in [Giustizia Amministrativa](#).

<sup>29</sup> Cons. Stato, n. 4800/2023, cit., punto 4: «La pretesa alle retribuzioni non percepite a causa degli atti illegittimi va scomposta a seconda che si riferisca al periodo precedente ovvero successivo al giudicato. In definitiva, le somme spettanti al lavoratore – il quale, dopo la declaratoria giudiziale dell'illegittimità dell'atto che ha inciso sulla funzionalità del rapporto di lavoro, abbia offerto le proprie energie lavorative ma non sia stato riammesso in servizio – ha natura retributiva e non risarcitoria. Dal rapporto di lavoro – il ripristino della cui funzionalità è imposto dalla pronuncia giudiziale – discendono gli ordinari obblighi a carico di entrambe le parti e, in particolare, con riguardo al datore di lavoro, quello di pagare la retribuzione, e ciò anche nel caso di *mora credendi* e, quindi, di mancanza della prestazione lavorativa per rifiuto di riceverla (in tal senso la giurisprudenza del lavoro, a partire dalla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione 7 febbraio 2018, n. 2990, secondo cui, ai fini che qui rilevano, non può farsi riferimento alle norme sul licenziamento illegittimo, che riconducono tutti i compensi dovuti al datore di lavoro nell'ambito del risarcimento del danno, in quanto si tratta di una disciplina specifica e derogatoria rispetto al diritto delle obbligazioni). Il principio di diritto appena richiamato – secondo cui il datore di lavoro, che rifiuti senza giustificato motivo di ricevere la prestazione offerta dal lavoratore dopo la sentenza che ha accertato il vincolo giuridico del rapporto, deve sopportare il peso economico delle retribuzioni – si attaglia anche alla fattispecie per cui è causa [...]. In definitiva, con riguardo al periodo successivo al giudicato, l'istante non chiede il risarcimento di un "danno" (né quello derivante, ai sensi dell'art. 300 c.p.a., dall'illegittima esclusione dal concorso, né quello sopravvenuto ai sensi dell'art. 112, comma 3, del c.p.a.), bensì l'adempimento dell'obbligazione retributiva».

<sup>30</sup> Cons. Stato, n. 4800/2023, cit., punto 5: «La pretesa al pagamento delle retribuzioni, per il periodo anteriore al giudicato del 2016, ha invece natura risarcitoria. Prima della pronuncia giudiziale (che ha accertato la fondatezza della

In più occasioni, la giurisprudenza amministrativa ha qualificato il pregiudizio arrecato all'interesse legittimo del candidato non tempestivamente assunto a causa dell'adozione, nel corso della procedura selettiva, di atti amministrativi illegittimi, come un danno c.d. da "perdita di chance"<sup>31</sup>, la cui risarcibilità è ormai pacificamente ammessa<sup>32</sup>.

Il c.d. "danno da perdita di chance"<sup>33</sup>, in generale, si verifica laddove un soggetto perda, a causa di un comportamento illecito altrui, la probabilità o anche solo la mera possibilità di conseguire un determinato vantaggio.

Sul punto, occorre ricordare che, per quanto attiene alla risarcibilità del danno da perdita di chance, si sono sviluppate due diverse teorie: la teoria eziologica e la teoria ontologica.

Secondo i sostenitori della teoria eziologica<sup>34</sup> la chance è assimilabile al lucro cessante<sup>35</sup> poiché in entrambi i casi l'evento dannoso non sottrae al patrimonio un'entità già esistente e sulla quale il

pretesa al reclutamento) le reciproche prestazioni, retributive e lavorative, non erano esigibili. Il ricorrente può quindi, in relazione al periodo pregresso, evocare soltanto la compensazione del danno economico subito per effetto dell'attività amministrativa illegittima (da quantificarsi, soltanto in parametrica, all'importo delle retribuzioni non percepite)».

<sup>31</sup> Cons. Stato, 5174/2002, cit.; TAR Campania, Napoli, n. 2476/2006, cit.

<sup>32</sup> La Corte di Cassazione ha riconosciuto per la prima volta la possibilità di accordare la tutela risarcitoria in caso di danno da perdita di chance con le sentenze n. 6906 del 19 novembre 1983 e n. 6506 del 19 dicembre 1985. Con entrambe le pronunce è stato concesso il risarcimento del danno subito a causa della perdita della *chance* in relazione allo svolgimento di concorsi per l'accesso a determinate occupazioni lavorative, indetti da enti di diritto privato.

Con la sentenza n. 6906/1983 (reperibile in *Foro it.*, 1984) la Suprema Corte aveva ritenuto che alcuni candidati, che erano stati sottoposti alle prove fisiche ma non alle successive prove psico-attitudinali, fossero stati privati della chance, risarcibile, di essere assunti. In tale sentenza, la Corte di Cassazione aveva affermato che «il concetto di perdita e di guadagno di cui all'art. 1223 c.c. non si riferisce solo ad entità pecuniarie, ma a qualsiasi utilità economicamente valutabile» e che «costituisce un bene suscettibile di valutazione patrimoniale anche una situazione cui è collegato un reddito probabile: il valore economico è offerto dall'entità di questo reddito e dal grado di probabilità che il reddito sia effettivamente prodotto»; inoltre, aveva statuito che la situazione fosse idonea a produrre solo probabilmente e non con assoluta certezza il reddito ad essa riannodato, influisse non sull'esistenza ma sulla valutazione di un danno risarcibile. La ricostruzione della Corte era fondata sulla violazione, da parte del datore di lavoro, dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nel corso delle trattative in forza di quanto stabilito dall'art. 1337 del codice civile. Nel testo della sentenza, infatti, si legge che «l'attività delle parti in causa per giungere alla conclusione del contratto di lavoro si è arrestata alla fase preparatoria, senza dar luogo ad una stipulazione vincolativa, per l'inosservanza del dovere di comportarsi secondo buona fede da parte dell'azienda, che, avendo dato, col suo originario contegno, alle controparti fondata ragione di fare affidamento sulla conclusione del contratto, ha interrotto senza giustificato motivo il perseguimento della procedura di assunzione». L'obbligo di risarcire i danni subiti dal lavoratore a causa della perdita della possibilità di essere assunti era stato, pertanto, fondato dalla Corte sul riconoscimento di una responsabilità per *culpa in contrahendo* dell'azienda datrice di lavoro.

Con la successiva pronuncia n. 6506/1985 (reperibile in *Foro it.*, 1986), considerata da molti (tra cui, in particolare: P.G. Monateri, V. Zeno Zencovich, A. De Cupis, S. Trivelloni) *leading case* in materia di responsabilità per perdita di chance, la Corte di Cassazione aveva riconosciuto il diritto ad essere risarcito ad un soggetto che aveva partecipato a due concorsi indetti dallo stesso ente e, dopo aver vinto il primo e aver superato le prove scritte del secondo, non era stato ammesso a sostenere la prova orale di quest'ultimo. Tale preclusione era prevista da una disposizione del contratto collettivo di lavoro, poi dichiarata illegittima, che prevedeva un divieto, per chi era già dipendente, di partecipare a concorsi indetti dallo stesso ente. Con tale pronuncia la Suprema Corte aveva affermato che «la probabilità, effettiva e congrua, di conseguire un certo bene è anch'essa un bene patrimoniale, economicamente e giuridicamente valutabile, la cui perdita produce un danno attuale e risarcibile qualora ne sia provata la sussistenza anche secondo un calcolo di probabilità o per presunzioni se, cioè, possa essere dimostrata con certezza pur soltanto relativa, e non assoluta, ma come tale sufficiente».

<sup>33</sup> Sul danno da perdita di chance si vedano: L. VIOLA, *Il danno da perdita di chance nel diritto amministrativo*, in *Foro amm.*, 2020, 574-614; G. CRICENTI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, Torino, 2019; S. TRIVELLONI, *Danno da perdita di chance e lesione dell'interesse legittimo*, in *Temi di diritto privato e di diritto pubblico*, collana diretta da G. Alpa, 2016; F. TRIMARCHI BANFI, *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 874; M.G. STANZIONE, *Il danno da perdita di chance*, in *Responsabilità extracontrattuale*, II, Padova, 2012, 1182; M.J. DEL GIUDICE, *I concorsi e la perdita di chance*, in *Danni da reato e responsabilità processuale della pubblica amministrazione*, Padova, 2011, 356; D. CHINDEMI, *Il danno non patrimoniale da perdita di chance dopo le sentenze di San Martino*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 454; M. FEOLA, *Il danno da perdita di chance*, Napoli, 2004, 41; T. TORRESI, *Il "danno da perdita di chance" tra contratto e torto: diritto all'integrità patrimoniale? Danno meramente patrimoniale?* in *Giur. it.*, 1999, 2073.

danneggiato vantava un diritto attuale, ma impedisce soltanto una probabilità di lucro. In particolare, i fautori della teoria eziologica qualificano la chance – intesa come il venir meno della possibilità di ottenere un risultato utile – in termini di mancato guadagno.

Com'è noto, per accordare il risarcimento, sia per il danno emergente sia per il lucro cessante, è necessario dimostrare di aver subito un danno che si ponga in rapporto di causalità con il suo fatto produttivo<sup>36</sup>. In particolare, per quanto riguarda il risarcimento del lucro cessante, il danneggiato è tenuto a provare che, in assenza del fatto dannoso, l'utilità sperata si sarebbe realizzata.

Il grado di probabilità ritenuto sufficiente a provare la sussistenza del nesso causale in ambito civile fa riferimento alla regola del “più probabile che non”<sup>37</sup>, la quale richiede che il danneggiato dimostri che, in assenza della condotta illecita, il risultato atteso si sarebbe realizzato con un grado di probabilità superiore al 50%.

Ora, se riteniamo che la perdita di chance si differenzi dal lucro cessante e assuma una propria autonomia esclusivamente per la maggiore incertezza che la caratterizza, sarebbe preclusa la possibilità di ottenerne il risarcimento. Infatti, nel caso di danno da perdita di chance non è possibile dimostrare quale sarebbe stato il corso degli eventi se non fosse stato posto in essere il comportamento dannoso. Verrebbe così a mancare il requisito imprescindibile della certezza del pregiudizio subito<sup>38</sup>.

In definitiva, ad avviso di chi scrive, seguendo la teoria eziologica non si consentirebbe alcuna reale e concreta applicazione della figura della chance, perché, se le probabilità di realizzazione dell'utilità finale, in assenza dell'illecito, sono superiori al 50%, è il lucro cessante ad essere risarcito, mentre, se le probabilità sono inferiori al 50%, il nesso di causalità non sussiste e conseguentemente non è possibile accordare il risarcimento neppure della perdita di chance.

Al contrario, i sostenitori della teoria ontologica<sup>39</sup> ricostruiscono la chance in termini di danno emergente, ovvero come bene autonomo rispetto al vantaggio finale, consistente nella perdita della possibilità di ottenere il risultato utile<sup>40</sup>. Questa tesi consente di superare i problemi connessi alla

<sup>34</sup> S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 49; F. CARINGELLA, *Obbligazioni e Responsabilità, Studi di diritto civile*, Milano, 2004, 267.

<sup>35</sup> M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2010, 80: «Con riferimento al lucro cessante, la prova della certezza del relativo pregiudizio presenta profili di maggiore difficoltà rispetto a quella relativa al danno emergente (che richiede la dimostrazione dell'avvenuta diminuzione della sfera patrimoniale del danneggiato a causa dell'illecito) tenuto conto che il lucro cessante si riferisce ad un guadagno che non è mai esistito, e che sarà, pertanto, generalmente soggetto ad una valutazione equitativa ai sensi del comma 2 dell'art. 1226 c.c., espressamente richiamato dall'art. 2056 c.c.».

<sup>36</sup> M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 66.

<sup>37</sup> Cass. civ., Sez. III, 29 settembre 2021, n. 26304, in *CED Cassazione, 2021*: «Il criterio del “più probabile che non” è suscettibile di essere utilizzato (come modello di ricostruzione dei fatti nell'ambito della responsabilità civile) unicamente con riguardo all'indagine sul nesso di causalità (ossia con riguardo all'indagine sullo statuto epistemologico di un determinato rapporto tra fatti o eventi), là dove, con riferimento ad ogni altra indagine sulla valutazione dell'idoneità rappresentativa di un determinato compendio probatorio (e quindi anche con riguardo all'indagine sulla diligenza di un determinato comportamento umano), deve ritenersi legittimamente utilizzabile la più elastica categoria dell'attendibilità».

<sup>38</sup> M. BOCCHIOLA, *Perdita di una chance e certezza del danno*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1976, 59: «Se si potesse stabilire senza ombra di dubbio che la situazione favorevole avrebbe avuto esito positivo, si sarebbe raggiunta la prova della certezza del danno; al contrario, se si potesse dimostrare che essa non si sarebbe in alcun caso realizzata, si avrebbe la certezza della inesistenza del pregiudizio».

<sup>39</sup> F. CARINGELLA, *Obbligazioni e Responsabilità*, cit.; S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita*, cit.; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit.; M. BOCCHIOLA, *Perdita di una chance*, cit.; F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008, 184; A. PONTECORVO, *La responsabilità per perdita di chance*, in *Giust. civ.*, II, 1997, 449; F. MASTROPAOLO, *Danno: III) Risarcimento del danno*, in *Enc. giur. Treccani*, 1991, 13; A. DE CUPIS, *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1964, 154; A. DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di chance*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1183; P. CALAMANDREI, *Limiti di responsabilità del legale negligente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, II, 1931, 260.

<sup>40</sup> In questo senso, D. CHINDEMI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 454. Ad avviso dell'Autore il danno da perdita di chance consiste in un danno emergente da perdita di una possibilità attuale, ricompreso nel patrimonio del soggetto passivo fin dal momento dell'illecito e non di un futuro risultato, il cui avveramento è indipendente dal riconoscimento

prova del nesso causale e alla certezza del danno che si sono poco sopra evidenziati nell'ambito della teoria eziologica. Se si considera la chance come un bene autonomo, già presente nel patrimonio del danneggiato nel momento in cui viene posto in essere il comportamento dannoso, è sufficiente dimostrare la sussistenza del nesso eziologico tra l'illecito e la perdita della possibilità di conseguire l'utilità sperata<sup>41</sup>. È infatti quest'ultima ad essere di per sé suscettibile di tutela risarcitoria.

Descritto in questi termini il danno da perdita di chance si configura quale danno presente e non futuro, dal momento che si presenta come compiutamente realizzato al momento della decisione giudiziale<sup>42</sup>.

Mentre nel diritto privato le fattispecie nell'ambito delle quali viene riconosciuto il danno da perdita di chance riguardano la responsabilità medica, nel campo del diritto amministrativo la lesione della chance viene invocata per riconoscere una forma di tutela alle aspettative irrimediabilmente deluse a causa dell'illegittimo espletamento di un procedimento amministrativo<sup>43</sup>.

Con specifico riferimento agli interessi legittimi pretensivi<sup>44</sup>, la giurisprudenza ricorre alla figura della chance quando, a fronte di un'attività puramente discrezionale della pubblica amministrazione, sia impossibile per il giudice accertare se, in assenza del provvedimento amministrativo illegittimo, il privato che si è interfacciato con l'ente pubblico avrebbe certamente conseguito il bene della vita al quale egli aspirava. L'impossibilità di giungere ad un'affermazione certa circa la spettanza del suddetto bene è dovuta al fatto che, nel formulare il suo giudizio prognostico, il giudice non può entrare nel merito del provvedimento amministrativo, perché, altrimenti, finirebbe per sostituirsi alle considerazioni discrezionali che, nella valutazione relativa alla possibilità di concedere il bene della vita al privato, spettano soltanto alla pubblica amministrazione.

Occorre, inoltre, considerare che, in tale ipotesi, per valutare se, al privato, titolare dell'interesse, spetti o meno il risarcimento del danno, non è sufficiente dimostrare che il provvedimento adottato dall'amministrazione sia affetto da illegittimità. Ciò in quanto, quando si tratta di interessi legittimi pretensivi, è fisiologico che la formale illegittimità del provvedimento possa non coincidere con la sostanziale ingiustizia del medesimo<sup>45</sup>. Questo significa che possono darsi casi in cui un

---

della chance di ottenerlo, venendo risarcita la perdita della possibilità, che deve essere concreta e non meramente aleatoria di conseguire il risultato; nello stesso senso, A. CATTE, *Perdita di chance di guarigione o di maggiore sopravvivenza*, in *Resp. civ.*, II, Torino, 2020, 2752.

<sup>41</sup> D. CAVICCHI, *Aspettative e chances*, in *Resp. civ.*, I, 2020, 174: «Se il danno individuato nella perdita (attuale) della probabilità di conseguire un vantaggio, la prova della chance non riguarderà il nesso di causalità tra la condotta e l'evento ma la presenza di detta probabilità o, come si è detto, la consistenza percentuale di un bene già presente nel patrimonio del soggetto»; S. TRIVELLONI, *Danno da perdita di chance*, cit., 26: «In altri termini, si facilita la prova a carico del danneggiato, il quale dovrà dimostrare esclusivamente il nesso eziologico fra l'illegittimità e la perdita della possibilità di conseguire il risultato sperato, sul presupposto per cui il risultato mancato e la chance persa rappresentano beni del tutto autonomi e distinti».

<sup>42</sup> S. TRIVELLONI, *Danno da perdita di chance*, cit., 25: «La teoria ontologica supera l'obiezione relativa alla mancanza di certezza del danno, tenuto conto che il pregiudizio di cui si chiede il risarcimento non riguarda il mancato conseguimento del risultato utile, ma la perdita della possibilità di ottenere tale risultato, che può e deve essere dimostrata dal danneggiato».

<sup>43</sup> Cons. Stato, n. 4800/2023, cit.

<sup>44</sup> L'interesse legittimo pretensivo è una situazione giuridica soggettiva che sorge in capo a colui che aspira ad ottenere un bene della vita in conseguenza dell'adozione di un provvedimento da parte della pubblica amministrazione. In tale circostanza il privato non è ancora titolare del bene della vita al quale si correla l'interesse legittimo, ma mira ad ottenerlo. In caso di diniego illegittimo del provvedimento amministrativo o di ingiustificato ritardo nella sua adozione, l'interesse legittimo pretensivo risulta pregiudicato dall'azione della pubblica amministrazione.

<sup>45</sup> Cons. Stato, Sez. IV, novembre 2022, n. 10346, in *Giustizia Amministrativa*: «In materia di responsabilità della pubblica amministrazione, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria ma non sufficiente per il risarcimento del danno, in quanto non basta la mera lesione dell'interesse legittimo ma è altresì necessario il sacrificio effettivo del bene della vita cui aspira il suo titolare. Occorre a tal fine un giudizio prognostico sul bene della vita, trattandosi di interessi pretensivi, in merito ai quali è fisiologico che la formale illegittimità del provvedimento possa

provvedimento, illegittimo dal punto di vista formale, risulti, invece, legittimo sostanzialmente e di conseguenza non pregiudichi la posizione giuridica soggettiva del privato.

In relazione al pregiudizio arrecato all'interesse legittimo del lavoratore a causa della sua ritardata assunzione, la giurisprudenza, anche laddove qualifica il suddetto pregiudizio come un danno da perdita di chance, precisa comunque che l'entità della somma corrisposta a titolo di risarcimento non può mai essere equivalente all'ammontare delle retribuzioni non erogate durante il periodo in cui si è verificato il ritardo.

La ricostruzione dell'istituto sopra riportato merita, in relazione alla tardiva assunzione del dipendente, taluni ulteriori approfondimenti.

Ad avviso di chi scrive, infatti, il ricorso alla figura della chance potrebbe non essere del tutto convincente in riferimento alle fattispecie di ritardata assunzione di un pubblico dipendente. Nonostante la giurisprudenza, riferendosi al caso di un candidato che venga assunto con ritardo a causa di atti illegittimi della pubblica amministrazione procedente, parli di interesse dell'aspirante pubblico dipendente al corretto svolgimento della procedura concorsuale, laddove sia intervenuta una pronuncia del giudice amministrativo che abbia accertato che il suddetto candidato, in assenza di provvedimenti illegittimi, avrebbe dovuto essere indicato come vincitore della selezione, la spettanza del bene della vita, costituito dall'assunzione, appare certa. Tale certezza discenderebbe sia dai vincoli derivanti dall'idoneità a passare in giudicato della pronuncia sia dalla successiva stipulazione del contratto di lavoro. Infatti, com'è già stato chiarito, normalmente, la pubblica amministrazione, in esecuzione della sentenza, adotta un provvedimento costitutivo del rapporto di lavoro con il candidato che, stando all'accertamento operato dal giudice amministrativo, avrebbe dovuto assumere fin dall'inizio. Pertanto, se l'assunzione, a seguito dalla pronuncia del giudice amministrativo, si è verificata, non sembra opportuno qualificare il pregiudizio subito come un danno da perdita di chance, in quanto il bene al quale il privato aspirava – vale a dire la costituzione del rapporto di lavoro – è stato da quest'ultimo concretamente conseguito.

Al contrario, nel danno da perdita di chance manca la certezza in ordine all'ottenimento del bene atteso e il pregiudizio subito viene riconnesso proprio alla perdita della probabilità o possibilità di ottenerlo.

In realtà, sembrerebbe più opportuno parlare di danno da perdita di chance in relazione alle occasioni contrattuali alternative che il pubblico dipendente assunto con ritardo abbia perso in attesa che l'amministrazione si determinasse a concludere il contratto di lavoro. Questo perché il danno da perdita di chance è ricompreso nell'ambito del c.d. "interesse negativo", il quale è considerato dalla giurisprudenza maggioritaria l'unica voce di danno risarcibile in caso di ritardata assunzione di un pubblico dipendente<sup>46</sup>.

#### 4. (Segue): *l'assunzione del candidato vincitore del concorso*

Il danno da ritardata assunzione può sorgere anche nell'eventualità in cui a non essere tempestivamente assunto dalla pubblica amministrazione sia il candidato risultato vincitore in seguito all'approvazione della graduatoria. Com'è già stato ricordato, la giurisprudenza ritiene che

---

non coincidere con la sostanziale ingiustizia del medesimo»; nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. III, 9 marzo 2023, n. 2492, ivi: «In tema di responsabilità della pubblica amministrazione il risarcimento del danno non è una conseguenza automatica e costante dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo, ma richiede la verifica di tutti i requisiti dell'illecito (condotta, colpa, nesso di causalità, evento dannoso) e, nel caso di richiesta di risarcimento del danno conseguente alla lesione di un interesse legittimo pretensivo, è subordinato alla dimostrazione, secondo un giudizio prognostico, con accertamento in termini di certezza o, quanto meno, di probabilità vicina alla certezza, che il provvedimento sarebbe stato rilasciato in assenza dell'agire illegittimo della pubblica amministrazione».

<sup>46</sup> In questo senso, *ex multis*, Cons. Stato, n. 1058/2022, cit.; Cons. Stato, n. 8042/2021, cit.; Cons. Stato, n. 5762/2018, cit.

il momento a partire dal quale l'aspirante pubblico dipendente diventa titolare di un vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione coincide con l'adozione dell'atto mediante il quale l'amministrazione approva la graduatoria definitiva. Dopo la conclusione del procedimento concorsuale il candidato che sia risultato vincitore non è più soggetto all'esercizio dei poteri discrezionali della pubblica amministrazione e la costituzione del rapporto di impiego assume natura di atto dovuto. Laddove l'ente pubblico non assuma tempestivamente il candidato che, nella graduatoria, si è collocato in posizione utile per essere assunto, si configura un danno risarcibile<sup>47</sup> a titolo di responsabilità extracontrattuale, il quale può essere fatto valere innanzi al giudice ordinario.

Come per il lavoratore assunto con ritardo a causa di un'illegittimità provvedimentoale, anche in questo caso, secondo quanto sostenuto dall'orientamento giurisprudenziale maggioritario, il provvedimento costitutivo del rapporto di lavoro retroagisce al momento in cui l'assunzione avrebbe dovuto concretizzarsi soltanto per quanto riguarda gli effetti giuridici. In merito, invece, alla possibilità di corrispondere a titolo di risarcimento del danno una somma equivalente alla retribuzione dovuta per le prestazioni lavorative, in realtà mai effettuate, il suddetto orientamento sostiene che oggetto del risarcimento del danno possa essere il solo interesse negativo<sup>48</sup>. Quest'ultimo comprende tutti quei pregiudizi patrimoniali e non patrimoniali che rappresentano una conseguenza della tardiva assunzione del pubblico dipendente, quali, ad esempio, le spese affrontate dal candidato in vista dell'immissione in servizio, la frustrazione dovuta al periodo di attesa che il lavoratore ha dovuto attraversare prima di essere concretamente assunto dalla pubblica amministrazione e il danno subito a causa della perdita di altre occasioni lavorative, alle quali il privato non abbia dato seguito in attesa della sua assunzione presso l'amministrazione che aveva indetto il concorso da lui vinto. In particolare, com'è già stato ricordato nel paragrafo precedente, con riferimento a quest'ultimo particolare tipo di pregiudizio si parla di danno da perdita di chance.

La giustificazione del descritto orientamento, che limita il danno risarcibile in caso di ritardata assunzione al solo interesse negativo, si fonda sul fatto che è solo dalla concreta attuazione del rapporto di pubblico impiego che deriva l'obbligo dell'ente datore di lavoro di corrispondere il relativo trattamento economico. Per tale motivo, si ritiene che laddove oggetto di risarcimento del danno fossero anche le retribuzioni non percepite nel periodo in cui si è verificato il ritardo nell'assunzione, si verificherebbe una violazione del principio di corrispondenza tra l'esercizio dell'attività lavorativa e il trattamento economico di riferimento<sup>49</sup>.

L'orientamento giurisprudenziale minoritario, al contrario, sostiene che al candidato assunto con ritardo possano essere corrisposte, a titolo di risarcimento del danno, anche le retribuzioni che egli avrebbe percepito se l'ente pubblico, suo datore di lavoro, gli avesse consentito di prendere servizio nei tempi prestabiliti, nonché la quota di trattamento di fine rapporto che sarebbe maturata in suo favore se fosse stato assunto tempestivamente<sup>50</sup>. Chi aderisce questa tesi sostiene che far rientrare nel danno risarcibile anche le retribuzioni non percepite nel periodo durante il quale si è verificato il ritardo nell'assunzione e la quota di trattamento di fine rapporto che sarebbe maturata nel medesimo arco temporale sia necessario, dal momento che la funzione del risarcimento per equivalente è proprio quella di porre il soggetto danneggiato nella stessa condizione in cui quest'ultimo si sarebbe trovato se l'evento lesivo non si fosse verificato. Inoltre, il descritto orientamento, pur riconoscendo che l'obbligo della pubblica amministrazione di corrispondere le retribuzioni sorge soltanto in caso

---

<sup>47</sup> In caso di ritarda assunzione del candidato vincitore del concorso, potrebbe ipotizzarsi anche una lesione del legittimo affidamento del suddetto candidato. Sul legittimo affidamento si veda, in particolare, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001.

<sup>48</sup> S. TORTINI, *I pubblici concorsi*, cit., 1038.

<sup>49</sup> Cons. Stato, n. 517/2007, cit.

<sup>50</sup> G. FERRARI, *Osservatorio dei tribunali amministrativi regionali – Risarcimento del danno patrimoniale al vincitore di concorso pubblico assunto tardivamente in servizio per colpa dell'amministrazione*, nota a TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 3 maggio 2010, n. 6131, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 748; N. CORBO, *Il danno da ritardata assunzione: prova e criteri di liquidazione*, nota a Cass. civ., Sez. III, 14 dicembre 2007, n. 26282, in *Riv. giur. lav.*, 2008, 589; S. TORTINI, *I pubblici concorsi*, cit.

di concreta attuazione del rapporto di lavoro, evidenzia che la mancata prestazione di attività lavorativa da parte del pubblico dipendente assunto con ritardo non è volontaria, ma imposta a causa di un comportamento illegittimo dell'ente pubblico datore di lavoro. Ciò significa che il lavoratore è stato ingiustamente privato della propria capacità di produrre reddito, il che costituirebbe una giustificazione ulteriore della possibilità di corrispondere a titolo di risarcimento del danno anche le retribuzioni non percepite durante l'arco temporale nel quale si è verificato il ritardo nell'assunzione.

### *5. Problematiche del danno da ritardo nell'assunzione del pubblico dipendente*

Nell'eventualità in cui la pubblica amministrazione che abbia indetto un concorso per reclutare nuovo personale non assuma tempestivamente il pubblico dipendente vincitore della procedura concorsuale, oltre ai profili di danno che sono stati evidenziati nei paragrafi precedenti possono sorgere anche ulteriori problematiche.

Innanzitutto, potrebbe prospettarsi la violazione del principio di uguaglianza, sancito dall'art. 3 della Costituzione. In particolare, una tale violazione si potrebbe verificare laddove due diversi enti pubblici bandiscano contemporaneamente un concorso per ricoprire un incarico identico e, una volta espletata la procedura concorsuale, il primo proceda ad assumere il candidato che abbia superato la selezione, mentre il secondo lasci trascorrere un considerevole lasso di tempo prima di immettere in servizio l'aspirante pubblico dipendente vincitore del concorso.

In una circostanza siffatta, non pare irragionevole parlare di ingiustificata disparità di trattamento dei due candidati che, in esito alla conclusione della procedura concorsuale, si siano entrambi collocati in posizione utile all'assunzione nella graduatoria definitiva.

Com'è noto, l'art. 97, comma 3, Cost. sancisce che la regola per l'accesso all'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è costituita dal pubblico concorso. Infatti, tale disposizione, nel prevedere che «agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvi i casi stabiliti dalla legge», ha voluto improntare il reclutamento del personale delle amministrazioni pubbliche al principio della selezione delle professionalità più preparate, nonché alla regola della parità di trattamento di tutti i soggetti che aspirano al pubblico impiego<sup>51</sup>.

Lo stesso principio, di reclutamento mediante concorso, è sancito, a livello di normativa primaria, sia dall'art. 3, ultimo comma, del d.p.r. n. 3/1957<sup>52</sup>, il quale stabilisce che «salve le eccezioni previste [...], l'assunzione agli impieghi senza il concorso prescritto per le singole carriere è nulla di diritto e non produce alcun effetto a carico dell'Amministrazione, ferma restando la responsabilità dell'impiegato che vi ha proceduto», sia dall'art. 35 del Testo unico del pubblico impiego<sup>53</sup>, il quale prevede che «l'assunzione nelle pubbliche amministrazioni avviene con contratto individuale di lavoro [...] tramite procedure selettive, conformi ai principi del comma 3,

---

<sup>51</sup> G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e processo del lavoro*, cit., 3338: «Per quanto riguarda la disciplina costituzionale in materia di accesso all'impiego pubblico, l'art. 97, comma 3, Cost. dispone che “agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge”; a questo si aggiungono l'art. 106, comma 1, Cost. (“Le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso”), l'art. 51, comma 1, Cost. (“Tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di uguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge”) e l'art. 98, comma 1, Cost. (“I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione”); dal collegamento tra tali disposizioni emerge la realizzazione del principio democratico e di uguaglianza, con riferimento all'apparato amministrativo [...] e alla sua azione [...] nel perseguimento delle finalità pubbliche poste dall'ordinamento; appaio che il legislatore costituente vuole composto da funzionari professionali di carriera, al quale si deve accedere ordinariamente a mezzo del concorso, quale procedura imparziale, comparativa ed aperta, per l'accertamento del possesso della necessaria professionalità tecnica».

<sup>52</sup> Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato.

<sup>53</sup> D.lgs. n. 165/2001.

volte all'accertamento della professionalità richiesta, che garantiscono in misura adeguata l'accesso dall'esterno»<sup>54</sup>.

Dalle disposizioni appena citate emerge che – come è già stato poco sopra ricordato – la necessità del pubblico concorso costituisce la regola per accedere ai rapporti di lavoro presso le pubbliche amministrazioni, regola alla quale è possibile derogare soltanto nei casi espressamente stabiliti dalla legge<sup>55</sup>, di fronte a peculiari e straordinarie ragioni di interesse pubblico o in considerazione di valutazioni discrezionali del legislatore, purché, in ogni caso, nei limiti derivanti dalla necessità di garantire il buon andamento dell'amministrazione o allo scopo di realizzare altri principi di rilievo costituzionale<sup>56</sup>.

È vero che il principio dell'accesso per concorso al pubblico impiego<sup>57</sup> dovrebbe costituire uno strumento idoneo a garantire il rispetto del principio di uguaglianza nella selezione del personale<sup>58</sup>, ma in una circostanza come quella descritta non è sufficiente a scongiurare un'indebita disparità di

<sup>54</sup> Il comma 3 dell'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001 stabilisce che le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi: a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e che assicurino economicità e celerità di espletamento; b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire; c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; d) decentramento delle procedure di reclutamento; e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso; e-ter) possibilità di richiedere, tra i requisiti previsti per specifici profili o livelli di inquadramento di alta specializzazione, il possesso del titolo di dottore di ricerca o del master universitario di secondo livello o l'essere stati titolari per almeno due anni di contratti di ricerca di cui all'art. 22 della legge n. 240/2010.

<sup>55</sup> M.J. DEL GIUDICE, *I concorsi e la perdita di chance*, in *Danno da reato responsabilità processuale pubblica amministrazione*, Padova, 2011, 356: «Il legislatore ha previsto un'espressa riserva di legge per l'individuazione di quei casi in cui il reclutamento di personale per l'accesso ai pubblici impieghi possa avvenire in assenza di un concorso pubblico. Ciò avviene in tutte quelle ipotesi in cui la legge consente o impone alle pubbliche amministrazioni di assumere personale prescindendo dalla valutazione comparativa tra i candidati, in quanto l'assunzione dipende dall'accertamento della valutazione comparativa tra i candidati, in quanto l'assunzione dipende dall'accertamento della sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge stessa in capo al soggetto interessato; requisiti che, ove sussistenti, radicano in capo a quest'ultimo un diritto soggettivo all'assunzione».

<sup>56</sup> [Corte cost., sent. 12 aprile, 2012, n. 90](#): «La facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio del concorso pubblico deve essere delimitata in modo rigoroso, potendo tali deroghe essere considerate legittime sole quando siano funzionali esse stesse al buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle»; [Corte cost., sent. 15 dicembre 1994, n. 459](#): «Questa Corte ha altre volte avuto occasione di affermare che, in sede di giudizio sulla legittimità costituzionale delle leggi, la violazione dell'art. 97 della Costituzione, sotto il profilo del principio di irragionevolezza della disciplina impugnata rispetto al fine indicato nel precetto costituzionale»; [Corte cost., sent. 4 gennaio 1999, n. 1](#): «La deroga a tale canone fondamentale può ammettersi soltanto in presenza di situazioni differenti e peculiari rispetto a quelle che danno luogo al pubblico concorso, e deve pur sempre assicurare il buon andamento della pubblica amministrazione»; [Corte cost., sent. 12 aprile 1990, n. 187](#): «Questa Corte ha più volte riconosciuto come l'art. 97, terzo comma, della Costituzione disponga per l'accesso al pubblico impiego la regola del concorso quale “sistema preferibile” o, se si vuole, “normale”, pur sempre derogabile però da legislatore ordinario nel rispetto dei principi fissati dal primo comma dello stesso art. 97 Cost.»; *Nota redazionale a Corte Cost., n. 459/1994*, in *Riv. giur. scuola*, 1995, 979; G. CONTI, *Progressioni in carriera e selezioni interne*, in *Giustamm*, 2007, 5, 1057; G. NICOSIA, *L'accesso nelle amministrazioni e la “carriera” dei dipendenti pubblici nel prisma delle procedure selettive e concorsuali*, in *LPA*, 2012, 109; C. PINELLI, *In tema di inquadramento nei ruoli regionali di personale assunto dai gruppi consiliari*, in *Giur. cost.*, 1990, 1112.

<sup>57</sup> Sull'accesso al pubblico impiego mediante pubblico concorso si veda G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e processo del lavoro*, cit., 3338. A. CANNATA, *L'obbligo costituzionale del concorso a pubblici impieghi e le sue prospettive*, in *Riv. amm.*, 1968, 169; P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, Milano, 1973, 229. Sul punto, occorre inoltre rilevare che la Corte costituzionale ha più volte sottolineato che il concorso pubblico, quale meccanismo di selezione del personale nell'ambito del pubblico impiego, risulta essere il metodo migliore per la provvista di personale destinato ad uffici pubblici. In questo senso, le sentenze: [Corte cost., 28 gennaio 2020, n. 5](#); [12 maggio 2017, n. 110](#), [12 aprile 2012, n. 90](#), [18 novembre 1993, n. 333](#), [15 ottobre 1990, n. 453](#).

<sup>58</sup> M.G. GRECO, *La deroga legislativa al principio costituzionale del concorso per l'accesso al pubblico impiego: natura e limiti*, nota a [Corte cost., 9 novembre 2006, n. 363](#), in *Lav. giur.*, 2007, 263. L'Autore osserva che il concorso pubblico, quale meccanismo di selezione dei più capaci e meritevoli, è lo strumento più idoneo a realizzare in modo compiuto il diritto di accesso ai posti di lavoro presso le pubbliche amministrazioni in condizioni di uguaglianza.

trattamento dei lavoratori coinvolti. Una siffatta discriminazione contrasterebbe non soltanto con l'art. 3 Cost., ma anche con l'art. 51 Cost.<sup>59</sup>, dal momento che quest'ultimo sancisce che tutti i cittadini hanno diritto di accedere agli uffici pubblici in condizioni di uguaglianza<sup>60</sup>.

Occorre, in secondo luogo, tenere in considerazione che, talvolta, il ritardo nell'assunzione di un pubblico dipendente è dovuto ad una carenza di fondi dell'ente pubblico, il quale non è in grado di affrontare le spese derivanti dall'immissione in servizio di un nuovo lavoratore.

A tal proposito, è necessario ricordare che, fino a poco tempo fa, le assunzioni dei dipendenti pubblici dovevano avvenire nel rispetto del piano triennale dei fabbisogni di personale, il quale doveva essere a sua volta redatto coerentemente con la pianificazione pluriennale delle attività e della performance e con le linee di indirizzo emanate<sup>61</sup>. Attraverso il piano triennale dei fabbisogni di personale ciascuna pubblica amministrazione<sup>62</sup>, nel rispetto dei vincoli di spesa e di finanza pubblica, individuava in maniera vincolante le professionalità che le occorre per raggiungere i propri fini.

Nel caso in cui le suddette prescrizioni non fossero state rispettate, scattava, per le amministrazioni coinvolte, un divieto di assunzione di qualunque tipologia di personale.

Com'è già stato anticipato, il d.l. n. 80/2021, ha previsto che gli adempimenti sopra descritti siano sostituiti dall'obbligo, per le amministrazioni con più di cinquanta dipendenti – esclusi gli istituti scolastici – di adottare il Piano integrato di attività e organizzazione (c.d. PIAO)<sup>63</sup>. Per gli enti pubblici con meno di cinquanta dipendenti è stata, invece, prevista l'approvazione di un Piano semplificato, il quale dev'essere adottato seguendo lo "schema tipo "predisposto dal Dipartimento di funzione pubblica.

Per le amministrazioni, con più di cinquanta dipendenti, che omettano di adottare il PIAO scatta il divieto di assumere nuovo personale e di affidare incarichi di consulenza o di collaborazione. Inoltre, è prevista l'applicazione di un'ulteriore preclusione, consistente nell'impossibilità, per le suddette amministrazioni, di erogare la retribuzione di risultato ai dirigenti che risultino aver concorso alla mancata adozione del Piano<sup>64</sup>.

Quando, al contrario, le amministrazioni pubbliche, come prescritto dalla legge, abbiano adempiuto ai vari oneri loro imposti in vista dell'assunzione di nuovo personale dipendente, ma ciononostante non assumano tempestivamente i candidati vincitori del concorso per carenza di

---

<sup>59</sup> Art. 51, comma 1, Cost.: «Tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di uguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini».

<sup>60</sup> G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e processo del lavoro*, cit.

<sup>61</sup> A. GUIDUCCI, *Le assunzioni negli enti locali: presupposti, novità e contabilizzazione della spesa di personale*, in *Azienditalia*, 2017, 459.

<sup>62</sup> Art. 6, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165: «Allo scopo di ottimizzare l'impiego delle risorse pubbliche disponibili e perseguire obiettivi di performance organizzativa, efficienza, economicità e qualità dei servizi ai cittadini, le amministrazioni pubbliche adottano il piano triennale dei fabbisogni del personale, in coerenza con la pianificazione pluriennale delle attività e della performance, nonché con le linee di indirizzo emanate ai sensi dell'art. 6-ter. Qualora siano individuate eccedenze di personale, si applica l'art. 33. Nell'ambito del piano, le amministrazioni pubbliche curano l'ottimale distribuzione delle risorse umane attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale, anche con riferimento alle unità di cui all'art. 35, comma 2. Il piano triennale indica le risorse finanziarie destinate all'attuazione del piano, nei limiti delle risorse quantificate sulla base della spesa per il personale in servizio e di quelle connesse alle facoltà assunzionali previste a legislazione vigente».

<sup>63</sup> Il PIAO, secondo quanto stabilito dall'art. 1, del D.P.R. n. 81 del 2022, sostituisce i seguenti documenti: a) del Piano dei Fabbisogni del Personale (PFP) e del Piano delle azioni concrete (PAC); b) del Piano per Razionalizzare l'utilizzo delle Dotazioni Strumentali (PRSD); c) del Piano della Performance (PdP); d) del Piano di Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza (PtPCT); del Piano Organizzativo del Lavoro Agire (POLA); del Piano di Azioni di Positive (PAP). Sul PIAO si vedano: B. SUSIO - E. BARBAGALLO, *Dal PTPCT al PIAO: la strategia di prevenzione della corruzione fa sinergia e si rafforza*, in *Azienditalia*, 2022, 699; A.M. SAVAZZI, *Il Piano Integrato di Attività e Organizzazione (PIAO)*, in *Azienditalia*, 2022, 775; G. ZEPPA, *Il piano triennale dei fabbisogni di personale nel nuovo contesto del PNRR – Il rinnovato ruolo dell'organo di revisione*, in *Azienditalia*, 2022, 526

<sup>64</sup> Le suddette preclusioni sono previste dall'art. 10, comma 5, del d.lgs. n. 150 del 2009.

fondi, si può ipotizzare che vi sia stato un comportamento negligente dell'ente. Infatti, quest'ultimo o ha indetto il concorso prima dell'approvazione del PIAO, intervenuta con ritardo solo successivamente, o, essendo a conoscenza di una disponibilità limitata di risorse finanziarie, non avrebbe dovuto bandire il concorso, oppure in sede di programmazione del fabbisogno di personale è incorso in valutazioni troppo ottimistiche in merito alla propria capacità di assumere nuovi dipendenti<sup>65</sup>.

Il problema delle eccedenze di personale, peraltro, trova compiuta regolamentazione nell'art. 33 del d.lgs. n. 165/2001<sup>66</sup>, il quale, in relazione all'eventualità che le pubbliche amministrazioni rilevino un soprannumero di pubblici dipendenti rispetto alle proprie esigenze funzionali o alla loro situazione finanziaria, prevede diverse possibilità. Innanzitutto, le amministrazioni coinvolte possono scegliere di risolvere il contratto di lavoro, dando un preavviso di sei mesi, laddove sia maturato il requisito di anzianità contributiva, richiesto per il pensionamento. In subordine, dev'essere verificata la possibilità di ricollocare il personale in eccedenza presso la stessa pubblica amministrazione interessata dal problema del soprannumero o presso altri enti pubblici. Solo nel caso in cui ciò non sia possibile, il personale interessato dev'essere collocato in disponibilità, con

---

<sup>65</sup> A. BORGHI - S. POZZOLI, *Revisore degli enti locali 2020*, Milano, 2020: «Il reperimento del personale richiede una corretta programmazione e l'individuazione delle figure professionali da utilizzare in coerenza con le linee guida emanate, la pianificazione pluriennale delle attività e delle *performance*. Il vigente quadro normativo in materia di organizzazione dell'ente locale, con particolare riferimento a quanto dettato dal D.Lgs. n. 267/2000 e del D.Lgs. n. 165/2001, attribuisce alla Giunta specifiche competenze in ordine alla definizione degli atti generali di organizzazione e di determinazione dei fabbisogni di personale. L'atto di programmazione del fabbisogno del personale che le amministrazioni locali sono tenute ad approvare, deve assicurare le esigenze di funzionalità e ottimizzazione delle risorse per il miglior funzionamento dei servizi compatibilmente con le disponibilità finanziarie. Nella quantificazione della spesa si deve tenere conto degli adeguamenti retributivi previsti e prevedibili sulla base delle norme di legge, del contratto collettivo nazionale e dei contratti locali. La previsione annua e pluriennale deve essere coerente con le esigenze finanziarie espresse nell'atto di programmazione del fabbisogno».

<sup>66</sup> Art. 33, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165: «[1] Le pubbliche amministrazioni che hanno situazioni di soprannumero o rilevino comunque eccedenze di personale, in relazione alle esigenze funzionali o alla situazione finanziaria, anche in sede di ricognizione annuale prevista dall'articolo 6, comma 1, terzo e quarto periodo, sono tenute ad osservare le procedure previste dal presente articolo dandone immediata comunicazione al Dipartimento della funzione pubblica. [2] Le amministrazioni pubbliche che non adempiono alla ricognizione annuale di cui al comma 1 non possono effettuare assunzioni o instaurare rapporti di lavoro con qualunque tipologia di contratto pena la nullità degli atti posti in essere. [3] La mancata attivazione di procedure di cui al presente articolo da parte del dirigente responsabile è valutabile ai fini della responsabilità disciplinare. [4] Nei casi previsti dal comma 1 del presente articolo il dirigente responsabile deve dare un'informazione preventiva alle rappresentanze unitarie del personale e alle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo nazionale del comparto o area. [5] Trascorsi dieci giorni dalla comunicazione di cui al comma 4, l'amministrazione applica l'articolo 72, comma 11, del 25 giugno 2007, n. 112, conv. con modif., nella l. 6 agosto 2008, n. 113, in subordine, verifica la ricollocazione totale o parziale del personale in situazione di soprannumero o di eccedenza nell'ambito della stessa amministrazione, anche mediante il ricorso a forme flessibili di gestione del tempo di lavoro o a contratti di solidarietà, ovvero presso altre amministrazioni, previo accordo con le stesse, comprese nell'ambito della regione tenuto anche conto di quanto previsto dall'articolo 1, comma 29, del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. con modif., nella l. 14 settembre 2011, n. 148, nonché dal comma 6. [6] I contratti collettivi nazionali possono stabilire criteri generali e procedure per consentire, tenuto conto delle caratteristiche del comparto, la gestione delle eccedenze di personale attraverso il passaggio diretto ad altre amministrazioni al di fuori del territorio regionale che, in relazione alla distribuzione territoriale delle amministrazioni o alla situazione del mercato del lavoro, sia stabilito dai contratti collettivi nazionali. Si applicano le disposizioni dell'articolo 30. [7] Trascorsi novanta giorni dalla comunicazione di cui al comma 4 l'amministrazione colloca in disponibilità il personale che non sia possibile impiegare diversamente nell'ambito della medesima amministrazione e che non possa essere ricollocato presso altre amministrazioni nell'ambito regionale, ovvero che non abbia preso servizio presso la diversa amministrazione secondo gli accordi di mobilità. [8] Dalla data di collocamento in disponibilità restano sospese tutte le obbligazioni inerenti al rapporto di lavoro e il lavoratore ha diritto ad una indennità pari all'80 per cento dello stipendio e dell'indennità integrativa speciale, con esclusione di qualsiasi altro emolumento retributivo comunque denominato, per la durata massima di ventiquattro mesi. I periodi di godimento dell'indennità sono riconosciuti ai fini della determinazione dei requisiti di accesso alla pensione e della misura della stessa. È riconosciuto altresì il diritto all'assegno per il nucleo familiare di cui all'articolo 2 del d.l. 13 marzo 1988, n. 69, conv. con modif., nella l. 13 maggio 1988, n. 153».

sospensione di tutte le obbligazioni inerenti al rapporto di lavoro, fatta salva la corresponsione di un'indennità.

Tuttavia, il suddetto articolo, dal momento che si riferisce soltanto ai lavoratori che già rivestono la qualifica di pubblici dipendenti, non risulta applicabile a chi, avendo partecipato ad un concorso pubblico, sia risultato vincitore della selezione, ma, per mancanza di fondi, non sia ancora stato assunto dall'amministrazione.

Com'è già stato ricordato nei paragrafi precedenti, laddove il candidato, che non sia stato assunto tempestivamente, riesca a dimostrare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano, l'ente pubblico che ha indetto il concorso è tenuto a risarcire al lavoratore i danni derivanti dal ritardo nella sua assunzione a titolo di responsabilità extracontrattuale.

Ulteriore problematica connessa al ritardo nell'assunzione del candidato che abbia superato la selezione riguarda l'aumento del carico di lavoro degli altri dipendenti pubblici che prestano servizio presso l'amministrazione interessata. In particolare, la carenza di personale dovuta alla mancanza di disponibilità economica per assumere nuovi pubblici dipendenti, potrebbe comportare il mancato raggiungimento degli obiettivi accertati con la procedura di valutazione della performance<sup>67</sup>, il quale è causa di responsabilità dirigenziale<sup>68</sup>. Quest'ultima costituisce una fattispecie di responsabilità che dev'essere necessariamente tenuta distinta dalle altre forme di responsabilità – civili, penali e amministrativo-disciplinari – che possono sorgere in relazione allo svolgimento dell'attività delle pubbliche amministrazioni<sup>69</sup>. Essa comporta, a seconda delle circostanze, l'impossibilità di rinnovo dell'incarico dirigenziale ovvero, nei casi più gravi, la revoca dell'incarico o il recesso dal rapporto di lavoro.

In relazione alla fattispecie di responsabilità dirigenziale dovuta al mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati dalla pubblica amministrazione interessata all'assunzione, si è poco sopra osservato che un ruolo determinante, nell'insorgenza della suddetta ipotesi di responsabilità, può essere ricoperto dalla carenza di organico dovuto ad un ritardo nelle assunzioni di nuovi pubblici dipendenti. In tal caso, a monte della condotta "negligente" del dirigente ritenuto responsabile, non pare inopportuno individuare una colpa dell'amministrazione, nella misura in cui quest'ultima abbia concorso a creare la condizione di carenza di personale, dalla quale sia poi derivata la violazione dei suddetti obblighi di risultato.

In circostanze siffatte, potrebbe suscitare qualche perplessità la soluzione di addossare esclusivamente al dirigente la responsabilità per il mancato raggiungimento degli obblighi accertati con la procedura di valutazione della performance.

Per concludere, dalla disamina delle principali problematiche discendenti dal ritardo della pubblica amministrazione nell'assunzione di un pubblico dipendente, è emerso che tale situazione è in grado di determinare conseguenze negative non solo per il lavoratore coinvolto ma anche per l'ente pubblico nel suo complesso. Infatti, se, da un lato, la ritardata assunzione può provocare

---

<sup>67</sup> F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, 457-461. Il ciclo di gestione della performance si articola in vari fasi: a) definizione e assegnazione degli obiettivi che devono essere raggiunti; b) collegamento tra gli obiettivi che si intendono raggiungere e le risorse disponibili; c) monitoraggio in corso di esercizio ed eventuale attivazione di interventi correttivi; d) misurazione e valutazione della performance; e) utilizzo di sistemi premianti che valorizzino il merito; f) rendicontazione dei risultati agli organi di controllo interni e di indirizzo politico-amministrativo, ai vertici delle amministrazioni, nonché ai competenti organi di controllo, ai cittadini, soggetti interessati, utenti e destinatari di servizi.

<sup>68</sup> F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, cit., L a responsabilità dirigenziale si configura sia in caso di violazione delle direttive emanate dal competente organo, la quale sia imputabile al dirigente, sia in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi contenuti nelle direttive e accertati con la procedura di valutazione della performance. Sul punto, l'Autore osserva che, mentre la seconda ipotesi è un tipico esempio di responsabilità dirigenziale, la prima si avvicina, in realtà, più ad un caso di responsabilità disciplinare, quantomeno se si intende l'inosservanza delle direttive come una violazione di un dovere d'ufficio. Se, al contrario, tale inosservanza viene considerata nella prospettiva dei risultati di gestione, allora può essere riferita alla responsabilità dirigenziale.

<sup>69</sup> Sulla responsabilità dirigenziale si veda L. FALDUTO, *Obblighi normativi e responsabilità dei dirigenti: fattispecie e procedure di riferimento*, in *Azienditalia*, 2017, 159.

danni economici e pregiudicare la carriera del dipendente pubblico che l'ha subita, dall'altro lato, può anche avere un impatto negativo sull'efficienza e sul buon funzionamento della pubblica amministrazione e, conseguentemente, riverberarsi sull'efficienza e la qualità dei servizi offerti ai cittadini.

L'ampliamento, in sede giurisprudenziale, della risarcibilità del danno causato dalla ritardata assunzione di un pubblico dipendente potrebbe fungere da stimolo nei confronti dell'amministrazione, la quale, per evitare di essere condannata a risarcire i danni patiti dal lavoratore, potrebbe essere spinta ad agire in maniera più prudente e maggiormente rispettosa del principio del buon andamento.