

“Scorrimento della graduatoria” e riparto di giurisdizione

(Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 20 agosto 2009 n. 18499)

In materia di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a procedure concorsuali nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, la cognizione della domanda, avanzata dal candidato utilmente collocato nella graduatoria finale, riguardante la pretesa al riconoscimento del diritto allo "scorrimento" della graduatoria del concorso espletato, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, facendosi in tal caso valere, al di fuori dell'ambito della procedura concorsuale, il "diritto all'assunzione". Ove, invece, la pretesa al riconoscimento del suddetto diritto sia consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di un nuovo concorso, la contestazione investe l'esercizio del potere della P.A., a cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, la cui tutela spetta al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63, comma 4, del D.L.vo n. 165 del 2001.

1. Lo “scorrimento della graduatoria”: ratio dell’istituto

La sentenza che si annota torna ad occuparsi dei risvolti, in punto di giurisdizione, della tematica dello “scorrimento della graduatoria”. Essa afferma, in particolare, che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario ove l’idoneo si limiti a far valere il diritto all’assunzione, consequenziale alla decisione dell’amministrazione di utilizzare la graduatoria del concorso già espletato, mentre si radica la giurisdizione del giudice amministrativo ove il privato lamenti l’illegittimità di un nuovo bando di concorso per il mancato ricorso all’assunzione degli idonei.

La problematica origina dalla sempre più frequente previsione, all’interno delle leggi finanziarie, di disposizioni che consentono l’utilizzazione di graduatorie di concorsi oltre i termini scanditi dalle relative procedure concorsuali.

Il ricorso all’istituto in rilievo è volto a contemperare due contrapposte esigenze.

Da un lato, infatti, emerge il principio del concorso pubblico, suggellato dall’art. 97 Cost., alla stregua del quale “*Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge*”; dall’altro si staglia il principio dell’efficienza dell’azione amministrativa, il cui raggiungimento postula il conseguimento degli obiettivi con il minor impiego delle risorse.

La tutela del primo implicherebbe infatti l’indizione di un nuovo concorso ogniqualvolta si delinei la rinuncia di uno o più vincitori o, a maggior ragione, una successiva vacanza di organico.

E tuttavia, l’efficienza dell’azione amministrativa, in uno con le difficoltà

finanziarie registratesi nell'attuale contesto socio-economico, inducono invece, nelle evenienze sopraindicate, a procedere allo "scorrimento della graduatoria", onde consentire l'assorbimento degli idonei senza incorrere nei costi e nella dilatazione dei tempi che inevitabilmente l'espletamento di una nuova procedura concorsuale comporta.

Se invero l'emanazione di un nuovo bando di concorso rende possibile l'allargamento dei partecipanti e l'eventuale modifica dei requisiti di partecipazione, di modo da modularli in ragione della specificità delle esigenze, ciò avviene a scapito del principio, costituzionalmente presidiato, del buon andamento dell'azione amministrativa (1). Quest'ultimo impone invero un *modus operandi* improntato alla conservazione ed economia dei mezzi giuridici (2), di guisa da evitare ogni dispendio di risorse che non si palesi necessario.

La mediazione delle due *rationes* (3) è allora spesso conseguita mediante la previsione di un determinato arco temporale, entro il quale la graduatoria approvata rimane efficace e decorso il quale si rende necessario un nuovo bando, anche al fine di selezionare i soggetti maggiormente qualificati e più meritevoli.

2. L'art. 63 del T.U. 165/2001: norma innovativa o ricognitiva?

La problematica concernente il riparto di giurisdizione in tema di "scorrimento della graduatoria" (4) postula una disamina delle modifiche introdotte dall'art. 63 T.U. 165/2001 in punto di giurisdizione.

Per meglio intendere la soluzione abbracciata dalle Sezioni Unite è infatti necessario scandagliare brevemente il criterio di riparto introdotto (o confermato) dalla disposizione in disamina in tema di pubblico impiego, per poi poter applicare le coordinate così tracciate al caso dell'idoneo che azioni una pretesa all'utilizzo della graduatoria, ancora vigente, di un precedente concorso.

E invero, alla luce dell'art. 113 Cost, co. 1 Cost., il normale criterio di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e organi di giustizia amministrativa risiede nella consistenza della posizione giuridica lesa, per cui al primo com-

(1) Cfr. T.A.R. Campania - Napoli, Sez. V, 27 marzo 2008, n. 1604.

(2) MONZANI, *La ultrattività della graduatoria non comporta in capo alla pubblica amministrazione un obbligo di assunzione "per scorrimento"*, in FA - CS 2007, 2, 557.

(3) Problematiche in parte analoghe si ripropongono nel settore degli appalti pubblici, in cui i valori in gioco, che necessitano di contemperamento, sono da un lato la concorrenza, valorizzata anche in sede comunitaria e alla base del sistema dell'evidenza pubblica, e dall'altro l'economia ed efficienza dei mezzi giuridici ed economici facenti capo alla stazione appaltante. Per approfondimenti cfr., *amplius*, PALMIERI, *Scorrimento della graduatoria e tutela della concorrenza nell'esecuzione degli appalti pubblici*, in *Foro Amministrativo - CdS* 2008, 3, 557.

(4) Per un approfondito esame della problematica, cfr. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2009, 650 ss.

pete la cognizione delle vertenze concernenti diritti soggettivi e ai secondi quelle sugli interessi legittimi. Sono invero eccezionali e tassative le ipotesi di riparto per materia, nelle quali in capo a un giudice (normalmente il giudice amministrativo) si concentra la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi.

Nella materia del pubblico impiego, come anticipato, sovviene al riguardo il disposto dell'art. 63 del T.U. 165/01, che recita: *“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 [...] Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”*.

La norma ha destato dubbi esegetici di non poco momento, registrandosi in dottrina e in giurisprudenza differenti interpretazioni.

All'indomani della sua entrata in vigore, alcuni autori e diverse pronunce di prime cure hanno ritenuto che la disposizione in disamina abbia introdotto un'ipotesi eccentrica di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario. In particolare, tale ricostruzione discende dalla riconduzione alla giurisdizione del giudice ordinario anche delle controversie inerenti al conferimento e alla revoca di incarichi dirigenziali, aventi alla base atti di natura provvedi mentale.

Ulteriori argomentazioni si individuano nella sussistenza della precedente giurisdizione esclusiva, in tema di pubblico impiego, del giudice amministrativo, di guisa che la particolare connessione tra diritti e interessi *in subiecta materia* giustificherebbe una mera *“traslatio”* in capo al giudice ordinario della cognizione prima spettante al giudice amministrativo.

Alle considerazioni sistematiche si aggiunge poi il dato letterale, atteso che l'art. 63 T.U. 165/2001 espressamente si riferisce a *“tutte”* le controversie relative a i rapporti non privatizzati.

Si segnala in proposito una decisione del Consiglio di Stato (5), la quale ritiene che la disposizione in commento abbia operato una devoluzione per materia del contenzioso ivi indicato al giudice ordinario, istituendo una giurisdizione esclusiva dello stesso, con conseguente possibilità da parte del giudice di annullare gli atti amministrativi illegittimi.

Ne consegue un ribaltamento dell'impostazione risultante dagli artt. 2-5

(5) Cons. St., Sez. V, 15 marzo 2001, n. 1519.

della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E, ove l'unico potere residuante in capo al giudice ordinario nei riguardi di un atto amministrativo è la cognizione incidentale dello stesso, con possibilità di disapplicarlo ove illegittimo.

La tesi della giurisdizione esclusiva del giudice ordinario ha nondimeno destato notevoli perplessità, anche sulla scorta del rilievo che le argomentazioni poste a fondamento della stessa non sembrano insuperabili.

Si obietta *in primis* che gli atti di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali hanno contenuto privatistico, essendo adottati con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato. Tanto è vieppiù chiaro in virtù della riforma della dirigenza, operata con la legge 145/2002, che ha rimodulato questo istituto rendendolo compatibile con le coordinate tracciate dalla contrattualizzazione del pubblico impiego.

La tesi che propende per la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario sembra inoltre collidere con il disposto dell'art. 63, co. 1, T.U. 165/2001, nella parte in cui dispone che "*L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo*". Orbene, aderendo all'impostazione qui criticata non si comprende in quali evenienze il giudice amministrativo possa conoscere, nella vigenza del rapporto di lavoro, della legittimità di un provvedimento amministrativo.

Sembra residuare un limitato spazio applicativo per il caso in cui il provvedimento che si assume viziato venga impugnato innanzi agli organi di giustizia amministrativa da parte di soggetti che siano terzi rispetto al rapporto di lavoro, rapporto che invece, per le parti, dovrebbe essere conosciuto nella sua interezza da parte del giudice ordinario.

Si osserva poi, e l'assunto appare dirimente, che il dettato costituzionale non sembra consentire tale forma di giurisdizione, ammettendola, e solo in via eccezionale, per il giudice amministrativo, mentre la tutela accordabile da parte del giudice ordinario verso il cittadino è limitata ai diritti soggettivi.

La norma di cui all'art. 63, secondo tale più convincente impostazione, avrebbe dunque carattere meramente ricognitivo e non innovativo, limitandosi a precisare che, anche con riferimento al pubblico impiego contrattualizzato, il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo è fondato sul criterio della *causa petendi*.

Orbene, non a caso la disposizione attribuisce allora la giurisdizione sulle procedure concorsuali, in cui vengono in rilievo norme di azione, a fronte delle quali il privato vanta, al più, una posizione di interesse legittimo, al giudice amministrativo, mentre rimette al giudice ordinario la giurisdizione in ordine alla costituzione, svolgimento, modificazione ed estinzione del rapporto di lavoro, ove vengono invece in rilievo diritti e obblighi *inter privatos*.

La tesi ora esposta, che ritiene che l'art. 63 T.U. 165/2001 si limiti a riaffermare, nella materia in disamina, il generale criterio di riparto fondato sulla

causa petendi, è stata di recente ribadita dalle Sezioni Unite, con l'ordinanza 8 novembre 2005, n. 21592, nella quale si osserva che “*La giurisdizione va determinata, non già in base al criterio della soggettiva prospettazione della domanda, ovvero del tipo di pronuncia richiesta al giudice, bensì alla stregua del criterio del cd. "petitum sostanziale", ossia considerando l'intrinseca consistenza della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed individuata dal giudice stesso con riguardo alla sostanziale protezione accordata a quest'ultima dall'ordinamento giuridico*”.

È chiaro che l'adesione a una o all'altra delle impostazioni incide sulla questione, oggetto della presente trattazione, riguardante la giurisdizione in tema di “scorrimento” della graduatoria. E infatti, ove si ritenga sussistente la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario successivamente all'approvazione della graduatoria, al medesimo verrà attribuita *de plano* la giurisdizione per tutte le questioni insorte dopo tale atto, e dunque anche per quelle concernenti la pretesa degli idonei allo “scorrimento” della stessa.

Qualora invece si ritenga che la norma di cui all'art. 63 T.U. 165/2001 confermi la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo e la giurisdizione sui diritti soggettivi del giudice ordinario, sarà allora necessario interrogarsi preliminarmente sulla consistenza della posizione giuridica degli idonei, ove si verificchino delle vacanze di organico durante la vigenza della graduatoria, per poi risolvere il conseguente problema del giudice munito di giurisdizione.

Le obiezioni alle quali si espone la tesi della giurisdizione esclusiva del giudice ordinario rendono preferibile l'orientamento, ormai prevalente, che fonda il criterio di riparto, anche con riguardo al pubblico impiego “privatizzato”, sulla natura della situazione soggettiva azionata.

Il paragrafo successivo sarà pertanto dedicato alla disamina di tale pregiudiziale questione.

3. La posizione giuridica degli idonei

Alla luce di quanto chiarito sulla portata applicativa della norma di cui all'art. 63 del T.U. 165/2001, è d'uopo svolgere qualche considerazione in ordine alla consistenza giuridica della posizione facente capo agli idonei nella situazione prospettata.

Si registrano in dottrina e in giurisprudenza contrastanti orientamenti.

In particolare, una prima tesi, emersa subito dopo il completamento della riforma del pubblico impiego, ritiene che gli idonei abbiano, durante il periodo di operatività della graduatoria, un diritto soggettivo all'assunzione, con conseguente obbligo dell'amministrazione di provvedervi in caso di rinuncia da parte dei vincitori o in presenza di successive vacanze di organico.

L'assunto muove dalla considerazione che le norme concernenti l'ultrat-

tività delle graduatorie dei concorsi pubblici sono spesso contenute nelle leggi finanziarie (6), atte al contenimento degli impegni di spesa gravanti sul bilancio dello Stato. Tali norme, in virtù della loro diretta incidenza sull'assetto finanziario dello Stato e della loro portata derogatoria, recherebbero l'attitudine a prevedere un vero e proprio obbligo in capo all'Amministrazione datrice di lavoro di far fronte alle nuove vacanze di organico, specie ove derivanti dalla rinuncia dei vincitori, mediante lo scorrimento della graduatoria di un concorso già espletato.

Le disposizioni che sanciscono la conservazione di efficacia della graduatoria per coprire le vacanze successive, per il carattere imperativo delle regole di organizzazione, impongono all'amministrazione, secondo la tesi in disamina, di realizzare la semplificazione e l'economia da esse richieste.

A fronte di tale obbligo, tale per cui l'emanazione di un bando per una nuova procedura concorsuale sarebbe per ciò solo illegittimo, si radicherebbe in capo al privato una posizione di diritto soggettivo, azionabile davanti al giudice ordinario, secondo le regole generali in tema di riparto.

Sussisterebbe dunque un diritto soggettivo alla sottoscrizione del contratto di lavoro nel caso di posti resisi vacanti durante il periodo di validità della graduatoria, una volta che si siano verificate le condizioni richieste per l'assunzione. L'impostazione *de qua* è condivisa da una recente ordinanza delle Sezioni Unite che, seppur occupandosi del diverso ma connesso profilo della giurisdizione, ritengono che *"il candidato che, vantando una determinata posizione nella graduatoria già approvata ed il possesso dei requisiti del bando per il cd. scorrimento della graduatoria, pretenda di essere chiamato alla stipulazione del contratto di lavoro, fa valere il proprio diritto all'assunzione senza porre in discussione le procedure concorsuali, azionando una posizione soggettiva tutelabile dinanzi al Giudice ordinario"*(7).

Secondo alcuni, anzi, tale diritto avrebbe valenza costituzionale *ex art.* 36 della Carta Fondamentale, per cui la vulnerazione del medesimo, da parte dell'amministrazione che bandisca un nuovo concorso, potrebbe dare luogo a pregiudizi, anche di natura biologica, risarcibili, stante la lesione a monte di una prerogativa fondamentale della persona umana (8).

L'impostazione in rassegna è stata peraltro esposta a obiezioni da parte dei sostenitori dell'orientamento opposto, che hanno evidenziato che non sus-

(6) GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2009, 370.

(7) Cass. civ., Sez. Un., 13 dicembre 2007, n. 26113.

(8) In dottrina, *cfr.* CARPARELLI, *"Panta rei"*, *la graduatoria del concorso e il bene della vita*, in *www.lexitalia.it*, 2, 2003. In giurisprudenza, la tesi è sostenuta da Tribunale di Napoli – Capri, 20 febbraio 2002, ove si osserva addirittura che la sussistenza in capo agli idonei, così come ai vincitori, di un diritto soggettivo all'assunzione, imporrebbe il loro assorbimento tutte le volte in cui si manifesti una vacanza di organico (alla quale non si può dunque sopperire mediante con un nuovo bando o mediante la soppressione dei relativi profili professionali, adducendo la sussistenza di ragioni di ordine finanziario).

siste in capo all'amministrazione, anche in ipotesi di "ultrattività" della graduatoria, l'obbligo di procedere allo scorrimento della stessa, ben potendo l'ente indire un nuovo concorso.

Anzi, si evidenzia che quest'ultima rimane l'ipotesi ordinaria, profilandosi come eccezionale il ricorso all'istituto dello "scorrimento" (9); la portata derogatoria delle norme che consentono tale possibilità implica pertanto che, quando l'amministrazione decida di coprire le vacanze di organico mediante l'assunzione degli idonei, sussista in capo alla medesima un obbligo puntuale di motivazione.

L'obbligo *de quo* si appunterà principalmente sulle concrete difficoltà finanziarie che investono l'ente, sulla sussistenza negli idonei dei profili professionali richiesti (ben potrebbero, infatti, nelle more, emergere nuove esigenze di qualificazione professionale alle quali non possa farsi fronte con le risorse umane reclutate secondo diversi parametri), sull'impossibilità di aspettare i tempi di una nuova procedura concorsuale, etc.

Di fronte al delinarsi di esigenze in termini di risorse umane, ove sia ancora vigente una precedente graduatoria, sussiste pertanto la discrezionalità amministrativa (10) dell'ente in ordine alla possibilità di procedere allo "scorrimento" della graduatoria o non piuttosto di bandire un nuovo concorso (11).

L'impostazione *de qua* è condivisa da una recente pronuncia del T.A.R. Lazio, ove si afferma che "*l'utilizzazione della graduatoria non può che essere ricondotta ad una scelta discrezionale dell'amministrazione, rispondente ad esigenze che sono correlate non all'interesse del singolo ma all'interesse pubblico*"(12).

(9) In dottrina, *ex multis*, MONZANI, *La ultrattività della graduatoria non comporta in capo alla pubblica amministrazione un obbligo di assunzione "per scorrimento"*, FA CS, 2007, 2, 557.

(10) In tal senso, cfr. T.A.R. Campania, 27 marzo 2008, n. 1604, in cui si ribadisce la mera facoltà, e giammai un obbligo, da parte delle amministrazioni, di utilizzare le graduatorie dei concorsi già espletati e ancora vigenti. In armonia con quanto affermato da Cons. St., Sez. V, 23 marzo 2004, n. 1527 e Cons. St., Sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6758, si evidenzia infatti che lo "scorrimento" è un istituto di carattere eccezionale, a fronte del quale sussiste una discrezionalità amministrativa della pubblica amministrazione, che incontra il solo limite di una motivazione puntuale e del perseguimento dell'interesse pubblico. Si prescinde, pertanto, dalla valutazione dell'interesse del privato, il quale può rilevare solo nell'ambito della generale comparazione di interessi alla base di ogni forma di discrezionalità. In dottrina, cfr. NAVILLI, *Graduatorie concorsuali nel pubblico impiego: giurisdizione, diritto degli idonei allo scorrimento e derogabilità della contrattazione collettiva*, in *Lavoro nella P.A.*, 2004.

(11) La discrezionalità della pubblica amministrazione consente alla medesima di utilizzare la detta graduatoria anche per la copertura di posti vacanti corrispondenti a figure professionali parzialmente diverse, ma di pari categoria e profilo, anche se in questa evenienza l'obbligo di motivazione risulta ancora più puntuale, atteso che un nuovo concorso, con nuovi requisiti, è in genere più funzionale all'interesse pubblico.

(12) T.A.R. Lazio - Roma, 24 agosto 2006, n. 7425. L'assunto è ripreso dal T.A.R. Puglia, 28 maggio 2008, n. 1307 ove si sottolinea che "*come che siano espresse le norme di ultrattività delle graduatorie, esse non precludono all'amministrazione di preferire un'altra forma di reclutamento né tanto meno creano un obbligo dell'amministrazione di coprire i posti liberi*".

Come è noto, a fronte (13) dell'ampiezza della possibilità di scelta, la posizione del privato assume la consistenza di interesse legittimo, con conseguente possibilità di impugnare l'atto che di tale potere sia espressione solo laddove i vizi da cui il medesimo sia affetto impattino sul bene della vita al quale anela.

In altri termini, il bando di concorso non è *ex se* impugnabile dall'idoneo che abbia partecipato alla precedente procedura selettiva per lo stesso profilo professionale, ma solo ove sia affetto da vizi che lo rendano annullabile od oggi, e *a fortiori*, nullo.

Alcuni autori sottolineano invero che il diritto all'assunzione non compete nemmeno ai vincitori di un concorso, atteso che l'amministrazione, anche successivamente all'approvazione della graduatoria e fermo restando l'obbligo di risarcimento del danno in ipotesi di responsabilità precontrattuale, potrebbe non procedere all'assunzione, quando ciò contrasti con l'interesse pubblico. Tanto può verificarsi quante volte sia venuta meno la necessità o l'opportunità di reclutare nuovo personale, ovvero si siano inverati mutamenti oggettivi delle condizioni inerenti alla nomina (14).

Logico corollario è che il provvedimento con cui la pubblica amministrazione opta per lo "scorrimento della graduatoria" è un atto di macro-organizzazione, che dunque fuoriesce dagli atti adottati "*con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro*"(15), rientrando nell'esercizio di una potestà amministrativa.

Orbene, volendo aderire alla tesi che nega la sussistenza di un diritto soggettivo all'assunzione in capo agli idonei, nascente per il solo fatto dell'avvenuta approvazione della graduatoria (16), le questioni sul tappeto investono la natura giuridica della posizione degli idonei quante volte l'amministrazione, esercitando la sua discrezionalità, abbia optato per lo scorrimento della graduatoria.

Trattasi dell'ipotesi oggetto di attenzione da parte della sentenza che si annota, di guisa che occorre analizzarla *funditus* onde meglio comprendere la portata del principio affermato dalle Sezioni Unite.

Secondo i più, una volta che l'amministrazione abbia operato la scelta di ricorrere all'assunzione degli idonei, in luogo di una nuova e dispendiosa pro-

(13) *Ex plurimis*, App. Firenze, 16 marzo 2003, alla stregua della quale dopo l'esaurimento della fase pubblicistica della procedura concorsuale, con l'approvazione della relativa graduatoria, la scelta dell'amministrazione di reclutare nuovo personale fa sorgere in capo agli idonei un diritto soggettivo all'assunzione, nonché Cass. civ., Sez. Un., 15 maggio 2003, n. 7307, Cass. civ., Sez. Un., 26 giugno 2002, n. 9332, Trib. Grosseto, 14 novembre 2001, n. 451.

(14) T.A.R. Puglia, 26 febbraio 2008, n. 596.

(15) Art. 2, comma 1, d.lgs. 165/2001.

(16) ZOLI, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, in DRI, 1993, 636; DANILELE, *Problematiche della privatizzazione del pubblico impiego*, in CS, 1998, 111.

cedura concorsuale, motivando opportunamente la decisione, si radica in capo all'ideoneo, prima titolare di un interesse legittimo, una posizione di diritto soggettivo (17).

Il provvedimento con cui l'ente si avvale dello "scorrimento della graduatoria" integra così l'ultimo momento di una fattispecie a formazione complessiva, il cui perfezionamento comporta la nascita del diritto soggettivo in testa al privato.

La decisione dell'amministrazione di utilizzare la graduatoria di un concorso precedente espletato è pertanto, ai fini della qualificazione della posizione giuridica dell'ideoneo, del tutto equivalente all'espletamento di tutte le fasi di una procedura concorsuale, con identificazione degli ulteriori vincitori "*ancorché mediante l'utilizzazione dell'intera sequenza di atti apertasi con il bando originario, recante la cd. lex specialis del concorso, e conclusasi con l'approvazione della graduatoria, che individua i soggetti da assumere*"(18).

4. Precipitati in punto di giurisdizione

Il privato che, nella situazione fattuale descritta, faccia valere il suo diritto all'assunzione non contesta allora gli atti che hanno scandito la procedura concorsuale al quale il medesimo ha partecipato; anzi, egli pone proprio l'approvazione della graduatoria a sostegno delle sue pretese (19).

Tanto premesso, è evidente che egli, azionando un diritto soggettivo, non può che rivolgersi al giudice ordinario, proprio in virtù del criterio di riparto sulla *causa petendi* che, come visto, non appare derogato dall'art. 63 T.U. 165/2001, quale norma meramente ricognitiva dello stato dell'arte.

È quanto afferma la sentenza 20 agosto 2009, n. 18499, laddove chiarisce che "*In materia di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a procedure concorsuali nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, la cognizione della domanda, avanzata dal candidato utilmente collocato nella graduatoria finale, riguardante la pretesa al riconoscimento del diritto allo "scorrimento" della graduatoria del concorso espletato, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, facendosi in tal caso valere, al di fuori dell'ambito della procedura concorsuale, il "diritto all'assunzione"*.

Che il criterio di riparto adottato dalla pronuncia sia quello adottato nel caso del Caffè Greco (20) non ci sono dubbi, posto che la stessa decisione specifica che nelle ipotesi in cui la lesione del diritto discenda dall'indizione di

(17) DAMIANO, *Nota a T.A.R. Lazio, 26 agosto 2004 n. 8097 e Tar Lazio, 23 settembre 2004 n. 9708, in Lavoro nelle PA, 2004, 5, 919.*

(18) Cass. civ., Sez. Un., 9 marzo 2007, n. 5397.

(19) Cass. civ., Sez. Un., 14 maggio 2007, n. 10490.

(20) Concordato giurisprudenziale tra Mariano D'Amelio e Santi Romano che secondo la tradizione sarebbe stato siglato nel '29 nelle storiche sale del celeberrimo Caffè romano.

un nuovo concorso, la giurisdizione compete al giudice amministrativo.

E infatti, in tale ultima evenienza, il candidato contesta *principaliter* la legittimità del bando con cui si avvia una nuova procedura concorsuale e dunque aziona, in via immediata, una posizione di interesse legittimo, a fronte della quale la tutela è fornita, secondo l'art. 113 Cost., dagli organi di giustizia amministrativa.

La tutela anelata dal privato, nell'ipotesi in rassegna, non potrebbe in vero essere accordata dal giudice ordinario, mediante la disapplicazione della decisione di indire un concorso o del relativo bando, secondo quanto previsto dall'art. 63, co. 1, T.U. 165/2001; tanto perché il potere di disapplicazione del giudice ordinario presuppone che la controversia investa un diritto soggettivo, sul quale incide un provvedimento amministrativo conosciuto dal giudice ordinario *incidenter tantum* (21).

Al riguardo, un'interessante pronuncia delle Sezioni Unite chiarisce che tale schema è presupposto dalla legge "*laddove esprime la regola secondo cui l'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo [...], regola che si inserisce coerentemente nel sistema per la radicale diversità delle controversie pendenti dinanzi a giudici di diverso ordine (l'una sull'atto; l'altra sul rapporto)*" (22).

Come detto, le Sezioni Unite, con la sentenza 20 agosto 2009, n. 18499, discernono il caso dell'idoneo che azioni il suo diritto all'assunzione come conseguenza dello scorrimento della graduatoria da quello dell'idoneo che si dolga, in prima battuta, dell'illegittimità del provvedimento di indizione di una nuova procedura concorsuale, giungendo alle conclusioni poc'anzi rassegnate.

Vale nondimeno interrogarsi sulla conclusione alla quale si giungerebbe applicando il criterio del riparto per materia, alla stregua del quale, come accennato, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario - come tale ricomprensente anche il potere dello stesso di annullare gli atti amministrativi illegittimi - per ogni fase del rapporto di lavoro successiva all'approvazione della graduatoria.

È di tutta evidenza che, aderendo alla prospettazione in rassegna, sussiste parimenti la giurisdizione del giudice ordinario quante volte l'amministrazione abbia deciso di avvalersi di una graduatoria ancora valida e un candidato idoneo lamenti la mancata assunzione, sulla base della diversa graduatoria derivante dal concorso riservato. Nell'ipotesi in rilievo il privato pone infatti l'approvazione della graduatoria a fondamento della sua istanza, di guisa che la cognizione del giudice investe fatti successivi alla stessa (con particolare

(21) Cass. civ., Sez. Un., 18 giugno 2008, n. 16527.

(22) *Ibidem*.

riguardo alla decisione dell'ente di avvalersi della graduatoria del concorso già espletato).

Interrogativi parzialmente diversi introduce invece il secondo caso analizzato dalla pronuncia che si annota, *id est* l'eventualità che il riconoscimento del diritto all'assunzione derivi dalla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di un nuovo concorso. Sembra peraltro che in questa evenienza, pur aderendo alla tesi secondo cui la riforma del pubblico impiego abbia introdotto un criterio di riparto per materia, la giurisdizione competa nondimeno al giudice amministrativo. Tanto in virtù dell'art. 63, co. 4, T.U. 165/2001, a tenore del quale "*Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*".

Orbene, nella fattispecie in disamina il privato lamenta, in via principale, l'illegittimità del bando che dà avvio alla nuova procedura concorsuale, assumendo, presumibilmente, che il medesimo sia affetto da un vizio di legge. Le norme rispetto alle quali il medesimo si profila viziato sono invero quelle, contenute per lo più nelle leggi finanziarie, che dilazionano l'efficacia temporale della graduatoria, rendendola ancora vigente al momento dell'indizione del nuovo concorso.

Fermo restando che, nel merito, la fondatezza del gravame amministrativo dipende dalla tesi che si reputi di condividere (l'alternativa, come accennato, è tra vincolatività di tali disposizioni o discrezionalità amministrativa dell'ente), in punto di giurisdizione il *petitum* immediato è l'annullamento di un atto logicamente antecedente rispetto all'approvazione della graduatoria che, secondo il criterio del riparto della materia, delimita la cognizione del giudice amministrativo.

Né può obiettarsi che il bando sia successivo rispetto all'approvazione della graduatoria del concorso precedente, atteso che, nella prospettazione del ricorrente, *id quod interest* non è la legittimità del concorso precedente, che anzi è presupposta, ma l'illegittimità del bando successivo.

Al riguardo è d'uopo evidenziare che la Cassazione (23), in una precedente pronuncia, evidenziando il carattere pubblicistico che connota le procedure concorsuali, modulandole secondo i parametri di efficienza e buon andamento *ex art. 97 Cost.*, chiarisce che la riforma del pubblico impiego in nulla ha innovato la natura delle posizioni soggettive dei privati antecedenti all'approvazione della graduatoria, le quali hanno a tutt'oggi consistenza di interesse legittimo.

La giurisdizione del giudice amministrativo è allora invocabile allorché la controversia investa la singola procedura concorsuale o tenda a inficiarne

(23) Cass. civ., Sez. Lav., 5 marzo 2003, n. 3252.

la graduatoria contestandone la legittimità e chiedendone la revisione. Sussiste invece la giurisdizione del giudice ordinario qualora si agisca sul presupposto della definitività e della validità della graduatoria o si faccia valere il proprio diritto alla nomina, contestandosi l'utilizzo della graduatoria successivamente all'assunzione dei vincitori.

È quanto si verifica nella situazione fattuale oggetto della pronuncia in commento, nella quale si contesta l'utilizzo, per la copertura di vacanze di organico, della graduatoria ordinaria e non di quella del concorso riservato, all'interno della quale si colloca il privato che con la sua azione ha dato origine al giudizio, sottoposto alle Sezioni Unite a causa di un conflitto negativo di giurisdizione.

Orbene, nell'ipotesi qui descritta il candidato non si duole del mancato ricorso all' "assorbimento" degli idonei, e dunque della decisione dell'amministrazione di procedere all'indizione di un nuovo concorso o alla soppressione dei posti in organico, bensì dell'utilizzo di una graduatoria diversa da quella nella quale egli si colloca, decisione a valle della scelta dell'amministrazione di sopperire alle carenze di organico mediante l'assunzione degli idonei di precedenti concorsi.

La decisione dell'amministrazione connota la posizione del privato in termini di diritto soggettivo, a fronte del quale sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, indipendentemente dalla tesi a cui si ritenga di aderire in tema di riparto di giurisdizione (per materia o per posizione soggettiva azionata).

Se ciò è vero, come sembra, la soluzione abbracciata dalle Sezioni Unite è tutto sommato obbligata, seppur nel coacervo di tesi che sul piano sostanziale e processuale si contendono la materia.

*Dott.ssa Lucrezia Fiandaca**

Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 20 agosto 2009 n. 18499 - Pres. Carbone, Rel. Amoroso - P. M. ed altri (Avv. A. Chiappetti) c. I.N.P.D.A.P. (Avv. P. Massafra), Presidenza del Consiglio dei Ministri (Avv. dello Stato G. Albenzio) - Conflitto negativo di giurisdizione.

(Omissis....)

4. Ad ogni buon conto sussiste in ogni caso la giurisdizione del giudice ordinario come ritenuto dal TAR Lazio.

Infatti - come ha rilevato esattamente il TAR Lazio - la procedura concorsuale (anzi le due procedure concorsuali che vengono in rilievo) sono entrambe concluse, con graduatoria approvata e senza che i ricorrenti abbiano mosso alcuna contestazione in ordine alla graduatoria

(*) Procuratore dello Stato.

stessa. Il problema che i ricorrenti sollevano riguarda l'utilizzo di queste graduatorie da parte dell'INPDAP. Si tratta quindi di una vicenda - e di un contenzioso - che si colloca a valle delle due procedure concorsuali sicché non viene affatto in rilievo la (eccezionale) deroga alla generale giurisdizione del giudice ordinario di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4.

La questione dibattuta infatti attiene all'uso che ha fatto l'istituto della graduatoria degli idonei del concorso ordinario (e al "non uso" della graduatoria degli idonei del concorso riservato); questione che radica un'ordinaria controversia di lavoro pubblico contrattualizzato devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario. Cfr. Cass. 18 giugno 2008 n. n. 16527 che ha affermato che in materia di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a procedure concorsuali nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, la cognizione della domanda, avanzata dal candidato utilmente collocato nella graduatoria finale, riguardante la pretesa al riconoscimento del diritto allo "scorrimento" della graduatoria del concorso espletato, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, facendosi valere, al di fuori dell'ambito della procedura concorsuale, il "diritto all'assunzione". Ove, invece, la pretesa al riconoscimento del suddetto diritto sia consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di un nuovo concorso, la contestazione investe l'esercizio del potere dell'amministrazione di merito, a cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, la cui tutela spetta al giudice amministrativo ai sensi del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4. In senso conforme v. anche Cass., sez. un., 4 aprile 2008, n. 8736; 13 dicembre 2007, n. 26113; 9 marzo 2007, n. 5397.

5. In conclusione il denunciato conflitto negativo di giurisdizione va risolto nel senso della sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario innanzi al quale vanno rimesse le parti; va conseguentemente cassata la suddetta sentenza del tribunale di Roma.

Sussistono giustificati motivi - tenuto anche conto del comportamento processuale dei ricorrenti che, nel denunciare il conflitto negativo di giurisdizione, non hanno fatto menzione della terza pronuncia intervenuta tra le parti - per compensare tra le parti stesse le spese di questo giudizio di cassazione.

PER QUESTI MOTIVI

La Corte, a Sezioni Unite, pronunciando sul ricorso, cassa la sentenza del Tribunale di Roma e dichiara la giurisdizione del giudice ordinario, innanzi al quale rimette le parti; compensa tra le parti le spese di questo giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, il 28 aprile 2009.