

Consiglio di Stato, se. III, 20 dicembre 2012, n. 6560.

Sulla possibilità per la pubblica amministrazione di indire un concorso pubblico, anziché procedere allo scorrimento della graduatoria degli idonei nel caso in cui decida di provvedere alla copertura di costi vacanti in organico.

Con riferimento ai soggetti risultati, in esito all'espletamento di un pubblico concorso, idonei ma non vincitori si agitano in giurisprudenza due questioni. La prima concerne la posizione giuridica soggettiva che ad essi può essere riconosciuta allorché chiedano lo scorrimento della graduatoria e l'assunzione presso l'amministrazione interessata; la seconda concerne la possibilità e i limiti per l'amministrazione medesima di indire un pubblico concorso anziché procedere allo scorrimento della graduatoria qualora decida di provvedere alla copertura di posti rimasti vacanti in organico.

Sul primo profilo, rilevante al fine di radicare la giurisdizione delle controversie vertenti su eventuali silenzi o dinieghi amministrativi, si confrontano due tesi interpretative. La prima, sostenuta dalla giurisprudenza amministrativa, riconosce a questi soggetti una posizione giuridica di interesse legittimo perché ritiene che lo scorrimento della graduatoria sia una facoltà eccezionale (e non un obbligo) dell'amministrazione, espressione del suo ampio potere discrezionale, e rientrante tra gli atti di c.d. macro-organizzazione, con la conseguenza che le relative controversie appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. I sostenitori di detta tesi aggiungono, altresì, che la pretesa allo scorrimento di una graduatoria integra il diritto soggettivo all'assunzione solo se la P.A., con apposita determina, decide di ricoprire i posti rimasti vacanti utilizzando la graduatoria rimasta efficace e non procedendo ad una nuova procedura concorsuale (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 12 novembre 2012, n. 19595).

La giurisprudenza ordinaria è decisamente orientata in favore della tesi del diritto soggettivo: l'obbligo per la P.A. di stipulare il contratto di lavoro (e il conseguente diritto del dipendente) sorge nel momento della pubblicazione del bando. La P.A. può annullare il bando in autotutela solo fino all'approvazione della graduatoria, ma da

quel momento sorge il diritto del dipendente alla stipula del contratto di lavoro. Trattandosi di un diritto soggettivo, la domanda tesa alla costituzione del rapporto di lavoro appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario.

Quanto al secondo aspetto problematico, la Corte Costituzionale ha sempre affermato che il concorso pubblico rappresenta il mezzo più adeguato per assicurare la selezione dei soggetti più competenti e capaci di svolgere le funzioni pubbliche inerenti ai vari uffici. Il principio dell'accesso tramite concorso alla P.A. discende direttamente dai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, rispetto ai quali è funzionale la scelta di funzionari pubblici in possesso di adeguate competenze tecniche e professionali, nonché in grado di svolgere con imparzialità e indipendenza le funzioni affidate. Lo strumento concorsuale, dunque, in quanto fondato sugli articoli 3, 51 e 97 della Costituzione, è la regola generale per l'accesso al pubblico impiego. Al legislatore, pertanto, è concesso derogare a tale norma solo nei limiti in cui risulti necessario alla luce del principio di buon andamento e di altri principi di pari rilievo costituzionale (da ultimo, Corte Costituzionale 11 febbraio 2011, n. 42).

Tuttavia, in una recente sentenza dell'Adunanza Plenaria, 28 luglio 2011, n. 14, il Collegio, nel ribadire il carattere generale della regola del pubblico concorso, ha precisato che per effetto dell'art. 35, comma 5 – *ter* del D. Lgs. n. 165/2001 secondo il quale le graduatorie dei concorsi rimangono vigenti per tre anni dalla data di pubblicazione, si è ormai realizzata una sostanziale inversione tra la decisione di un nuovo concorso e quella di scorrimento della graduatoria preesistente ed efficace: quest'ultima è diventata la regola generale; la prima, l'eccezione. Nella citata sentenza, in particolare, era stato chiesto all'Adunanza Plenaria di stabilire il rapporto tra due diverse modalità di reclutamento del personale pubblico: l'utilizzazione dei candidati idonei, collocati in graduatorie concorsuali ancora efficaci, attraverso il meccanismo dello "scorrimento" e l'indizione di un nuovo concorso, specificando, in particolare, se, in presenza di graduatorie concorsuali valide ed efficaci, la decisione con cui l'amministrazione avvia una nuova procedura selettiva debba essere sorretta da una puntuale e approfondita motivazione, volta a illustrare le ragioni della scelta e a giustificare il sacrificio delle posizioni giuridiche dei soggetti idonei.

Sul punto si confrontavano in giurisprudenza diverse tesi così riassunte dalla Plenaria: *“Una prima tesi, definita “tradizionale”, sostiene che l'indizione di un nuovo concorso, anche in presenza di graduatorie valide ed efficaci, costituisca sempre la*

regola, ritenuta di diretta derivazione costituzionale, e, pertanto, non debba essere corredata da alcuna specifica motivazione. Secondo una variante “estrema” della prima impostazione, la determinazione riguardante l’indizione di un nuovo concorso non solo non richiederebbe alcuna motivazione, ma costituirebbe una tipica scelta di “merito amministrativo”, insindacabile in sede giurisdizionale, salva l’allegazione di “macroscopici” vizi. La tesi opposta, tuttora minoritaria ed emersa più recentemente, ritiene, al contrario che, in ogni caso, anche la determinazione di indizione di un nuovo concorso, al pari di tutti gli atti amministrativi costituenti l’esito di una scelta fra più alternative, debba essere adeguatamente motivata, pure con riguardo alla valutazione degli interessi dei candidati idonei collocati in graduatorie ancora efficaci. Un ulteriore sviluppo di questa corrente interpretativa è nel senso che l’utilizzazione delle graduatorie vigenti costituisca, ormai, la regola ordinaria di reclutamento del personale, non necessitante di apposita ed esplicita giustificazione, mentre l’indizione del concorso rappresenti l’eccezione; pertanto, l’obbligo di esporre un’approfondita motivazione sussiste soltanto qualora l’amministrazione ritenga di indire una nuova procedura concorsuale. In questo ambito, è anche affiorata un’opinione più “radicale”, secondo cui non solo vi sarebbe una preferenza assoluta per lo scorrimento rispetto all’indizione del nuovo concorso, ma, una volta verificatasi la vacanza del posto, l’amministrazione sarebbe sempre incondizionatamente vincolata a coprirlo, utilizzando la graduatoria efficace”. Tra queste la tesi dominante in giurisprudenza riteneva che la determinazione amministrativa di indizione di nuove procedure concorsuali, anche in presenza di graduatorie efficaci fosse ampiamente discrezionale e non necessitasse di alcuna specifica motivazione, poiché conforme alla regola tracciata dall’articolo 97 della Costituzione.

Un contrario avviso ha espresso l’Adunanza Panaria nella sentenza citata. Ad avviso del Collegio, infatti, il provvedimento amministrativo con cui la pubblica amministrazione decide di indire un nuovo concorso anziché avvalersi della graduatoria già vigente deve essere motivato, in quanto espressione di una scelta amministrativa discrezionale, ed è soggetto alla giurisdizione del giudice amministrativo. Nella motivazione, in particolare, ha rilevato il Collegio, l’amministrazione procedente deve “*tenere nel massimo rilievo la circostanza che l’ordinamento attuale afferma un generale favore per l’utilizzazione delle*

graduatorie degli idonei, che recede solo in presenza di speciali discipline di settore o di particolari circostanze di fatto o di ragioni di interesse pubblico prevalenti, che devono, comunque, essere puntualmente enucleate nel provvedimento di indizione del nuovo concorso". Il generale favore legislativo per lo scorrimento delle graduatorie degli idonei si ricava, ha aggiunto il Collegio, dall'esame della disciplina dell'istituto dello scorrimento delle graduatorie, che costituisce il risultato di una complessa evoluzione, univocamente orientata alla progressiva dilatazione del suo spazio applicativo (oggi l'art. 35, comma 5 - ter del testo unico del pubblico impiego ha introdotto la già illustrata disciplina legislativa, di portata generale, riguardante l'efficacia triennale delle graduatorie concorsuali, decorrente dalla pubblicazione) ed è preordinato a contenere la spesa pubblica, in relazione ai costi derivanti dall'espletamento delle nuove procedure concorsuali nonché a offrire una certa protezione ai soggetti collocati nelle graduatorie (talvolta anche in posizione di vincitori), in considerazione del regime di "blocco delle assunzioni" previsto, di solito, dalle stesse leggi di "manovra": "Ne deriva, quindi, che sul piano dell'ordinamento positivo, si è ormai realizzata la sostanziale inversione del rapporto tra l'opzione per un nuovo concorso e la decisione di scorrimento della graduatoria preesistente ed efficace. Quest'ultima modalità di reclutamento rappresenta ormai la regola generale, mentre l'indizione del nuovo concorso costituisce l'eccezione e richiede un'apposita e approfondita motivazione, che dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico".

E' proprio sulla scia della sentenza dell'Adunanza Plenaria 28 luglio 2011, n. 14 che si pone la sentenza indicata in epigrafe che ribadisce la necessità che il provvedimento di indizione di un nuovo concorso venga adeguatamente motivato e indichi l'interesse pubblico dell'amministrazione sotteso alla scelta compiuta e la prevalenza di detto interesse rispetto a quello di contenimento della spesa pubblica e di tutela degli interessi di cui sono portatori i soggetti collocati in graduatoria: "l'Amministrazione, "una volta che abbia deciso di provvedere alla copertura dei posti vacanti, è tenuta a motivare in ordine alle ragioni che la inducono ad optare per una o l'altra forma di reclutamento, e cioè il concorso pubblico ovvero lo scorrimento di graduatoria ancora efficace, ma tenendo nel debito conto che l'ordinamento attuale afferma un generale favore per l'utilizzazione delle graduatorie degli idonei, avente anche una chiara finalità di contenimento della spesa pubblica

www.ildirittoamministrativo.it

che il concorso pubblico comporta, e che recede solo in presenza di speciali discipline di settore o di particolari circostanze di fatto o di ragioni di interesse pubblico prevalenti, che devono, comunque, essere puntualmente enucleate nel provvedimento di indizione del nuovo concorso”.