



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



LO SCORRIMENTO DELLE GRADUATORIE: POSIZIONE DEGLI IDONEI E GIURISDIZIONE SUL DIRITTO ALL'ASSUNZIONE

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza 16 novembre 2017, n. 27194) tornano a pronunciarsi sulla "vexata quaestio" del diritto all'assunzione nella Pubblica Amministrazione per gli idonei non vincitori.

di **Antonello Fiori**
IUS/07 - DIRITTO DEL LAVORO
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile
Alessio Giaquinto

Publicato, Giovedì 11 Gennaio 2018

Sommario: 1. Considerazioni introduttive; 2. Tutela degli idonei e obbligo di scorrimento. Orientamenti giurisprudenziali; 3. La recente decisione delle Sezioni Unite.

1. Considerazioni introduttive

Tra le questioni maggiormente dibattute in materia di pubblico impiego è ancora di stretta attualità quella che concerne la tutela della posizione degli idonei non vincitori, collocati nella graduatoria finale di un concorso pubblico (1).

La tematica è di non poco conto, considerati i reiterati vincoli del turn over nella Pubblica Amministrazione ed i plurimi interventi in materia da parte del Legislatore. Si pensi, ad esempio, ai cc.dd. “decreti mille proroghe”, in cui annualmente vengono inserite delle disposizioni volte a consentire l’ultrattività ex lege delle graduatorie (2), anche oltre la durata ordinaria dei tre anni prevista dall’art. 35 del D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (3).

Lo scorrimento delle graduatorie preesistenti è pertanto considerato uno strumento rispondente alle esigenze di economicità, efficacia ed efficienza dell’azione amministrativa, tenuto conto del costo e dei tempi necessari per l’esperimento di nuove procedure concorsuali che inducono le Amministrazioni ad optare verso la modalità più rapida per la provvista del personale (4).

Per tale ragione, con il D. L. 31 agosto 2013, n. 101 “c.d. D’Alia” (convertito con modificazioni dalla Legge 30 ottobre 2013, n. 125) emanato con l’espressa finalità di razionalizzare le procedure assunzionali delle Pubbliche Amministrazioni, si è stabilito (art. 4), tra l’altro, che i posti resisi fisiologicamente vacanti nel tempo “devono” essere coperti attingendo dalla specifica graduatoria vigente per il medesimo profilo professionale (5).

E’ opportuno ricordare in questa sede, peraltro, che l’art. 6 del recente decreto legislativo recante “modifiche e integrazioni al Testo unico del pubblico impiego, ai sensi dell’articolo 17, comma 1, della Legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”, ha modificato l’art. 35 del D. Lgs. n. 165/2001, aggiungendo al comma 3 ulteriori principi che devono guidare le procedure di reclutamento, tra i quali la possibilità di individuare candidati idonei in numero non superiore al trenta per cento dei posti messi a concorso (nuova lettera e-bis).

2. Tutela degli idonei e obbligo di scorrimento. Orientamenti giurisprudenziali

Con specifico riferimento alla posizione giuridica dei candidati idonei, per la prevalente giurisprudenza la stessa ha consistenza di **interesse legittimo** allo scorrimento della graduatoria nel caso di aumento del numero dei posti vacanti nella medesima Amministrazione, ovvero in altra, se eventualmente convenzionata (6).

Per differenti impostazioni, tale posizione è stata configurata in termini di vero e proprio **diritto soggettivo** allo scorrimento (7) ovvero, all'opposto, come mera aspettativa e, pertanto, non tutelabile in sede giudiziaria (8).

Sull'esistenza di un obbligo di scorrimento delle graduatorie in capo alle Amministrazioni, prima del richiamato intervento legislativo, si sono registrati due distinti orientamenti, cui ha fatto seguito un'importante pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Un primo orientamento maggioritario ha affermato che le modalità di reclutamento del personale rientrano nella più ampia discrezionalità dell'Amministrazione che, di conseguenza, può provvedere a bandiere nuove procedure concorsuali anche in presenza di graduatorie valide e senza dover esplicitare le ragioni della propria scelta, opzione che si è ritenuta peraltro conforme all'art. 97 Cost. (9). Detto in altri termini, l'esercizio della facoltà di utilizzare una graduatoria concorsuale sarebbe riconducibile ad una esclusiva valutazione interna all'Amministrazione con esclusione, quindi, della sussistenza di un diritto in capo all'idoneo all'assunzione in ruolo (10).

L'orientamento giurisprudenziale minoritario, anche al fine di contemperare gli interessi dei candidati posizionatisi utilmente in graduatoria, ha sostenuto invece che la possibilità di indire nuovi concorsi, in alternativa allo scorrimento, deve essere adeguatamente motivata, condizionando in tal modo la discrezionalità della Pubblica Amministrazione (11), specie quando la stessa abbia già attinto parzialmente dalla graduatoria per ulteriori provviste di personale, a meno che il nuovo concorso non riguardi posti assenti nella dotazione organica precedente, ovvero si riferisca a distinti profili professionali (12).

Il favore dell'ordinamento allo scorrimento delle graduatorie è stato affermato nella nota sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 28 luglio 2011, n. 14, cui si è uniformata la successiva giurisprudenza mediante un'interpretazione oramai consolidata (13).

Con tale decisione il Supremo consesso della giustizia amministrativa, aderendo alla richiamata impostazione minoritaria, ha sancito il principio secondo cui sussiste un "rigoroso" obbligo di motivazione del provvedimento lesivo degli interessi degli idonei di una graduatoria vigente, con riferimento alle ragioni che impongono l'opzione di indire

un nuovo concorso (14).

Sulla base di tale orientamento, recepito come visto dal Legislatore del 2013, lo scorrimento delle graduatorie preesistenti può quindi considerarsi il sistema ordinario di reclutamento del personale da parte delle Amministrazioni, mentre l'indizione del concorso costituisce l'eccezione e richiede, pertanto, un'apposita e approfondita motivazione che dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei rispetto alle preminenti esigenze di interesse pubblico (15).

E' necessario precisare, da ultimo, che l'istituto dello scorrimento delle graduatorie concorsuali non può essere utilizzato per la copertura di "posti di nuova istituzione o trasformati successivamente all'indizione del concorso medesimo" (16), prescrizione che sebbene riferita ai soli enti locali (art. 91, comma 4, del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267) risulterebbe espressiva di un principio generale valido per tutte le Amministrazioni pubbliche (17).

3. La recente decisione delle Sezioni Unite

Il presente approfondimento trae spunto dalla recente sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 16 novembre 2017, n. 27194 ove i giudici si sono soffermati sull'annosa questione della domanda avanzata dal candidato utilmente collocato nella graduatoria di un concorso pubblico, riguardante la pretesa al riconoscimento del diritto allo "scorrimento" della graduatoria.

Il giudice del riparto ritorna sulla "vexata quaestio" del diritto all'assunzione nella Pubblica Amministrazione per gli idonei non vincitori, pronunciandosi in continuità all'orientamento consolidatosi in seno alla stessa Corte (18).

Più precisamente, le Sezioni Unite confermano che **appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione della domanda in cui il candidato idoneo possa vantare un "diritto perfetto" all'assunzione** (analogamente a quanto previsto per gli originari vincitori del concorso) derivante da una decisione dell'Amministrazione di coprire i posti vacanti mediante scorrimento della precedente graduatoria e la contestazione abbia ad oggetto le modalità di attuazione dello scorrimento della graduatoria del concorso espletato (19).

In mancanza del provvedimento di assunzione, pertanto, l'interessato può adire il giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, per ottenere l'immissione in servizio anche con pronuncia costitutiva della sottoscrizione del contratto, ai sensi dell'art. 2932 c.c. (20).

Qualora, invece, la pretesa al riconoscimento del suddetto diritto sia consequenziale alla negazione del provvedimento di indizione di nuove procedure (nel caso di specie, conferimento di incarichi diversi e mobilità esterna) per la copertura di posti resisi vacanti, la contestazione investe l'esercizio del potere autoritativo dell'Amministrazione, cui corrisponde una situazione di interesse legittimo e la cui tutela spetta al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 63, comma 4, del D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (21).

In definitiva, anche sulla base delle suddette coordinate interpretative, per accertare se la posizione sostanziale fatta valere in giudizio abbia consistenza di diritto soggettivo (con conseguente radicamento della giurisdizione in capo al giudice ordinario) o di interesse legittimo (tutelabile dinanzi al giudice amministrativo), sarà quindi necessario rilevare se ricorrono i requisiti ritenuti essenziali per il configurarsi di una posizione di diritto soggettivo in capo all'ideoneo: la sussistenza di una graduatoria vigente e, al contempo, la decisione da parte dell'Amministrazione di avvalersi della stessa per coprire i posti vacanti e disponibili.

Note e riferimenti bibliografici

(1) In dottrina si rimanda, tra gli altri, a: Talamo V., Lo scorrimento delle graduatorie concorsuali, in *Gior. Dir. Amm.*, 2013, fasc. 10, 920 ss.; Bolognino D., Il rapporto tra concorso pubblico e scorrimento delle graduatorie valide ed efficaci al tempo della c.d. spending review, in *Foro Amm. - TAR*, 2013, 147 ss.; Iannuzzi T., Lo scorrimento delle graduatorie concorsuali, in *Riv. polizia*, 2013, 345 ss.; Garofalo D., Sul diritto dell'ideoneo all'assunzione per scorrimento della graduatoria (profili sostanziali e processuali), in *Mass. Giur. Lav.*, 2008, 227 ss.; Navilli M., Lo scorrimento della graduatoria tra riparto di giurisdizione e diritto degli idonei, in *Lav. nelle Pubb. Amm.*, 2008, 862 ss.

(2) Anche con la recente approvazione della Legge di Bilancio 2018 (art. 1, comma 676, lett. a) è stata disposta la proroga, al 31 dicembre 2018, dell'efficacia delle graduatorie dei concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato, relative alle Amministrazioni pubbliche soggette a limitazioni delle assunzioni (ferma restando la vigenza delle stesse fino alla completa assunzione dei vincitori; per gli idonei, l'eventuale termine di maggior durata della graduatoria ai sensi dell'articolo 35, comma 5-ter, del D. Lgs. 165/2001 opera per le graduatorie vigenti al 31 dicembre 2017).

(3) Si richiama, in sintesi, il precedente quadro normativo, a partire dalla previsione del Testo unico degli impiegati civili dello Stato (D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3), il cui art. 8,

come modificato dall'articolo unico della Legge 8 luglio 1975, n. 305, stabiliva che l'Amministrazione ha "facoltà" di conferire, oltre i posti messi a concorso, anche quelli che risultino disponibili alla data di approvazione della graduatoria. Successivamente, il Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni (D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487) ha previsto che le graduatorie dei vincitori rimangono efficaci per un termine di diciotto mesi dalla data della pubblicazione per eventuali coperture di posti per i quali il concorso è stato bandito e che successivamente ed entro tale data dovessero rendersi disponibili (art. 15, comma 7). Infine, la Legge 24 dicembre 2007, n. 244, che ha introdotto il comma 5 ter all'art. 35 del D. Lgs. n. 165/2001, ha portato a tre anni la vigenza delle graduatorie dei concorsi banditi da tutte le Pubbliche Amministrazioni (termine valido anche per gli Enti locali ai sensi dell'art. 91 del D. Lgs. n. 267/2000).

(4) Cfr., da ultimo, Cons. Stato., sez. VI, 22 maggio 2017, n. 2376.

(5) A sua volta, il decreto D'Alia ha condizionato lo scorrimento delle graduatorie alla necessaria e previa attivazione della procedura di mobilità di cui all'art. 33 del D. Lgs. n. 165/2001, in materia di trasferimento del personale eccedentario. Per un maggiore approfondimento sul rapporto tra scorrimento della graduatorie ed assunzioni tramite mobilità si rinvia a: Bolognino D., *L'influenza del principio di economicità sulle scelte di (macro) organizzazione per la copertura dei posti vacanti: tra concorso pubblico, scorrimento delle graduatorie e mobilità*, in *Lav. nelle Pubb. Amm.*, 2012, fasc. 5, pp. 886 ss.

(6) Cfr. Cons. Stato, sez. III, 23 febbraio 2015, n. 909; Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2014, n. 6004; Cons. Stato, 25 giugno 2010, n. 4072; Tar Puglia - Bari, 26 gennaio 2015, n. 134; Tar Toscana - Firenze, 1 dicembre 2015, n. 1640; Tar Basilicata - Potenza, 5 luglio 2012, n. 321.

(7) Cfr. Cass. Civ., Sez. Unite, 28 maggio 2012, n. 8410.

(8) In tal senso, Cons. di Stato, 1 marzo 2005, n. 794 e T.A.R. Lazio Roma, sez. I quater, 24 agosto 2006, n. 7425.

(9) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27 luglio 2010, n. 4911; Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2009, n. 743 e n. 8369 nonché Cons. di Stato, 11 ottobre 2005, n. 5637; T.A.R. Lazio Roma, sez. I quater, 18 luglio 2008, n. 6956.

(10) Cons. Stato, sez. V, 25 giugno 2010, n. 4072.

(11) Cfr. T.A.R. Cagliari, 19 ottobre 1999, n. 1228; Trib. Roma, sez. lav., 3 gennaio 2001; T.A.R. Roma, 30 gennaio 2003, n. 536; T.A.R. Lecce, 10 ottobre 2005, n. 4452; T.A.R. Milano, 15 settembre 2008, n.4073; T.A.R. Roma, 15 settembre 2009 n. 8743; Cass. Civ., Sez. Unite, 29 settembre 2003 n. 14529.

(12) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 febbraio 2010, n. 668.

(13) In tal senso, tra le più recenti: Consiglio di Stato, sezione 3, sentenza 23 febbraio 2015, n. 909; Tar della Campania, con la sentenza del 16 gennaio 2017, n. 366.

(14) In dottrina, si veda: Ricci G., L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in funzione nomofilattica: il caso dello scorrimento delle graduatorie concorsuali, in Lav. nelle Pubb. Amm., 2015, fasc. 3-4, pp. 437 ss.; Navaro F., Brevi note su alcune recenti pronunce dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 2011 fasc. 18, pp. 1817 ss.

(15) Cfr. Cons. di Stato, 4 luglio 2014, n. 3407 e T.A.R. Lazio Roma Sez. II, 20 febbraio 2013, n. 1889.

(16) Cfr. T.A.R. Basilicata, sez. I, 6 aprile 2012, n. 171 e Tar Sardegna, sez. I, 22 maggio 2013, n. 552.

(17) In tal senso, Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 14 e, successivamente, tra le varie pronunce conformi Cons. di Stato, 9 aprile 2015, n. 1796.

(18) Ex multis: Cass. Civ., Sez. Unite, 6 Maggio 2013 n. 10404; Cass. Civ., Sez. Unite, 13 Giugno 2011; Cass. Civ., Sez. Unite, 17 Luglio 2011, n. 14955; , Cass. Civ., Sez. Unite, 16 novembre 2009, n. 24185; Cass. Civ., Sez. Unite, 18 Giugno 2008 n. 16527.

(19) Cfr. Cass. Civ., Sez. Unite, 29 dicembre 2016, n. 27460; Cass. Civ., Sez. Unite, 1 luglio 2016, n. 13534.

(20) Cfr. Cass. Civ., Sez. Unite, 11 gennaio 2007, n. 307; Cass. Civ., Sez. Unite, 16 aprile 2007, n. 8951.

(21) Cfr. Cass. Civ., Sez. Unite, 31 ottobre 2012, n. 18697; Cass. Civ., Sez. Unite, 28 maggio 2013, n. 13177.

LO SCORRIMENTO DELLE GRADUATORIE: POSIZIONE DEGLI IDONEI E GIURISDIZIONE SUL DIRITTO ALL'ASSUNZIONE