

# Qual è il giudice competente per lo scorrimento delle graduatorie dei concorsi pubblici?

*di D. Serra - 14 Marzo 2024*

Una idonea non vincitrice al concorso pubblico, per titoli ed esami, per la copertura di posti di dirigente amministrativo a tempo indeterminato, presso il Comune di Roma, conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Roma, tale Amministrazione, affinché fosse accertato il proprio diritto all'assunzione, per scorrimento della graduatoria, di durata di tre anni, ex art. 35, comma 5 ter del d.lgs. n. 165/2001, con condanna della convenuta ad assumerla, al fine di coprire il posto riconosciuto vacante.

Il Tribunale, affermata la giurisdizione del giudice ordinario, rigettava il ricorso.

Proposta da ambo le parti impugnazione, la Corte d'appello di Roma respingeva, anzitutto, quella incidentale di Roma Capitale, osservando che la giurisdizione era del giudice ordinario, perché il diritto all'assunzione della idonea non vincitrice non discendeva dall'annullamento del bando concorsuale, ma era precedente allo stesso, collocandosi al di fuori della procedura concorsuale.

In accoglimento di quello principale della aspirante dirigente, riteneva la Corte territoriale che il diritto all'assunzione era maturato, per effetto della delibera, con la quale il Comune non solo aveva dato atto del fabbisogno di personale dirigente in base alle vacanze di organico riscontrate, ma aveva anche provveduto ad approvare il piano delle assunzioni, autorizzando le assunzioni programmate di dirigenti a tempo indeterminato, secondo le priorità motivate dalle esigenze organizzative e di servizio dell'amministrazione; spettava, quindi, pure il ristoro del danno, tenuto conto del fatto che era stato emanato il bando che indicava il concorso, anziché procedere con lo scorrimento della graduatoria, così ledendo il diritto della ricorrente a essere assunta.

Avverso tale sentenza, Roma Capitale proponeva, quindi, ricorso per cassazione, censurando, con il primo dei quattro motivi, giudicato, come vedremo in seguito, dalla Cassazione fondato, la sentenza impugnata, per aver ritenuto sussistente una posizione soggettiva di diritto all'assunzione, per scorrimento della graduatoria, a seguito dell'annullamento del bando della nuova procedura concorsuale, benché la decisione di assumere personale con lo scorrimento della graduatoria era stata adottata solo in corso di causa, mentre, nel pregresso, le determinazioni dell'amministrazione erano state di segno diverso, essendo state dirette all'indizione di una nuova procedura concorsuale.

La Sezione Lavoro della Cassazione, con l'ordinanza n. 5166 del 27 febbraio 2024, che si segnala, ha evidenziato, dichiarando, nel caso di specie, la giurisdizione del giudice amministrativo, che la Corte territoriale aveva, erroneamente, ritenuto che la scelta dell'amministrazione di scorrere la graduatoria (che solo avrebbe potuto costituire un diritto

in capo alla ricorrente) potesse desumersi, implicitamente, dalla delibera di Giunta, che approvava il piano assunzioni, accertando la carenza di posti di dirigente amministrativo (determinazione, questa, sulla scorta della quale era stato poi indetto il nuovo bando di concorso); senonché, tale delibera si limitava, precisano i giudici di legittimità, ad autorizzare, con atto di indirizzo dell'organo politico, le assunzioni programmate di dirigenti a tempo indeterminato, ma nulla disponeva sullo scorrimento delle graduatorie di precedenti concorsi.

Gli Ermellini, nell'ordinanza che si annota, sottolineano che l'annullamento, da parte del giudice amministrativo, del bando del nuovo concorso, per difetto di adeguata motivazione in ordine alla scelta di tale modalità, per procedere all'assunzione di un nuovo dirigente, rispetto allo scorrimento della graduatoria, non solo non aveva fatto venire meno il presupposto iniziale, e cioè che lo scorrimento di graduatoria non era stata la scelta opzionata dall'amministrazione, ma avesse lasciato la possibilità alla stessa di percorrere ancora la strada del concorso pur con diversa, idonea, motivazione.

Per il Collegio di legittimità, pertanto, ricadendosi, nel caso in esame, nell'ambito dell'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione in ordine alle modalità per la copertura dei posti, al quale corrisponde una situazione di interesse legittimo, la giurisdizione, per l'oggetto, in forza dell'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, è del giudice amministrativo.

Nonostante l'intervenuto annullamento del bando, non si verteva, dunque, ad avviso della Suprema Corte, nell'ipotesi (conoscibile dal giudice ordinario) in cui il candidato idoneo possa vantare, al di fuori dell'ambito della procedura concorsuale, un diritto all'assunzione che può derivare solo da una decisione dell'amministrazione di coprire i posti vacanti proprio mediante scorrimento di una graduatoria precedente (con la conseguenza che le controversie giudicabili dal giudice ordinario sono solo quelle relative alla concreta individuazione, tra i soggetti idonei, di quelli che hanno titolo all'assunzione per scorrimento).

Occorre evidenziare che, mentre, per i rapporti sottratti all'area del contratto e tuttora assegnati al regime di diritto pubblico, il vincitore di concorso non può essere considerato titolare di un diritto soggettivo all'emanazione del provvedimento unilaterale di nomina (sia perché rientra nella più ampia discrezionalità amministrativa la determinazione del momento più opportuno per l'inserimento tra il personale in attività di servizio, sia perché non è, in ogni caso, configurabile una posizione di diritto soggettivo di fronte al potere provvedimento), al contrario, per i lavoratori con i quali il rapporto di impiego si costituisce mediante contratto e non in virtù di atto unilaterale di nomina, deve riconoscersi il grado di protezione del diritto soggettivo all'interesse a stipulare il contratto, correlato all'obbligo dell'amministrazione pubblica di prestare il proprio consenso.

Le Sezioni unite della Cassazione hanno riconosciuto, con giurisprudenza pacifica (n. 2514/02; 2954/02; 6041/02; 9332/02), che, esaurita la procedura concorsuale, si è ormai sul terreno degli atti di gestione e della capacità di diritto privato dell'amministrazione pubblica, ai sensi dell'art. 5, comma 2, decreto legislativo 165/01, sicché il soggetto individuato all'esito del procedimento amministrativo di selezione, ad evidenza pubblica, versa nella condizione propria dell'aggiudicatario di qualsiasi altro contratto, svolgendosi ormai il suo

rapporto con la controparte in modo paritario e ponendosi la decisione di quest'ultima di coprire un certo numero di posti e di assumere i vincitori del concorso come fonte, per l'interessato, del suo diritto alla stipulazione.

L'utilizzazione delle graduatorie anche oltre i termini e le modalità prefissate nella singola procedura concorsuale, risponde a finalità ed esigenze che non sono correlate all'interesse del singolo (l'idoneo) alla copertura effettiva del posto, ma che rispondono all'interesse pubblico di procedere ad assunzioni, in relazione a vacanze sopravvenute di posti in organico che l'amministrazione decida di coprire, avvalendosi della graduatoria di un precedente concorso, piuttosto che procedere all'avvio di un nuovo (costoso e lungo) procedimento concorsuale: le numerose disposizioni normative che hanno sancito la conservazione dell'efficacia delle graduatorie di concorso per un certo tempo, a decorrere dalla data di pubblicazione della stessa, sono preordinate, in attuazione dei principi di economicità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa (art. 97 della Costituzione; art. 1 della legge n. 241 del 1990) ad offrire uno strumento che consenta di individuare immediatamente il soggetto da assumere, rispettando, nel contempo, la regola inderogabile della scelta del personale mediante concorso (Cass., Sezioni Unite civili, ordinanza 9 febbraio 2009, n. 3055).

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 14 del 28 luglio 2011, ha chiarito che:

-ferma restando la discrezionalità in ordine alla decisione sul "se" della copertura del posto vacante, l'amministrazione, una volta stabilito di procedere alla provvista del posto, deve sempre motivare in ordine alle modalità prescelte per il reclutamento, dando conto, in ogni caso, della esistenza di eventuali graduatorie degli idonei ancora valide ed efficaci al momento dell'indizione del nuovo concorso;

-nel motivare l'opzione preferita, l'amministrazione 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 (si veda anche, successivamente, Consiglio di Stato, sezione III, sentenza 23 febbraio 2015, n. 909).

Le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione (sentenza n. 10404/2015) hanno affermato che 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 diverse procedure per la copertura dei posti resisi vacanti, la contestazione investe l'esercizio del potere dell'Amministrazione, cui corrisponde una situazione di interesse legittimo e la cui tutela spetta al giudice amministrativo.

Nell'ottica della tutela della finanza pubblica, la scelta dello scorrimento realizza, quindi, un più economico ed efficiente impiego delle risorse pubbliche, dato che a parità di risorse impiegate permette alla procedura concorsuale espletata la produzione di un effetto giuridico

ulteriore, ossia la copertura del posto tramite scorrimento, comunque rispettoso dell'accesso ai pubblici impieghi tramite concorso.

L'istituto dello scorrimento della graduatoria, che consente ai candidati semplicemente idonei di divenire vincitori effettivi, precludendo l'apertura di nuovi concorsi, presuppone necessariamente una decisione dell'amministrazione di coprire il posto ma, una volta assunta, tale decisione risulta equiparabile, nella sostanza, all'espletamento di tutte le fasi di una procedura concorsuale, con identificazione degli ulteriori vincitori (in tal senso Cass. 3252/03), ancorché mediante l'utilizzazione della intera sequenza di atti aperti con il bando originario, recante la cosiddetta *lex specialis* del concorso, e conclusasi con l'approvazione della graduatoria, che individua i soggetti da assumere.

La regola dello scorrimento impone sostanzialmente all'ente di utilizzare la graduatoria vigente nel caso in cui intenda reclutare nuovo personale; non obbliga, invece, l'amministrazione ad assumere gli idonei in relazione ai posti che si sono resi vacanti e che non intende coprire (Cass., 11 agosto 2008, n. 21509).

In conclusione, possiamo dire che la pretesa dell'idoneo allo scorrimento della graduatoria appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, perché con essa si va valere il diritto all'assunzione; diversamente nel caso in cui la pretesa allo scorrimento della graduatoria ed il sotteso diritto all'assunzione si ritengano lesi da un provvedimento di indizione di una nuova procedura concorsuale, l'idoneo contesta l'esercizio del potere dell'amministrazione (ovvero la scelta di non procedere allo scorrimento della graduatoria), cui corrisponde una sua posizione giuridica di interesse legittimo, con conseguente cognizione del giudice amministrativo, quale giudice dei concorsi pubblici.

Dionisio Serra, cultore di diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Visualizza il documento: [Cass., ordinanza 27 febbraio 2024, n. 5166](#)