

Scorrimento graduatorie concorsuali: così la Cassazione sulla giurisdizione

Rossella Lonetti *Avvocato in Roma*



La Corte di cassazione torna a pronunciarsi sulla giurisdizione sulle controversie relative allo scorrimento delle graduatorie concorsuali

Cass., sez. un., 12 novembre 2012, n. 19595

Perché sorga il diritto soggettivo dell'idoneo allo scorrimento della graduatoria concorsuale è necessaria la realizzazione di una fattispecie complessa, costituita dalla determinazione dell'amministrazione di rendere disponibili i posti vacanti e dalla decisione di coprirli utilizzando la graduatoria ancora efficace. Le relative controversie appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario. È invece devoluta alla giurisdizione amministrativa la lite nella quale la pretesa all'assunzione sia consequenziale alla contestazione della scelta dell'ente delle modalità di reclutamento. L'intervenuto annullamento del bando di concorso non è motivo per scostarsi dagli orientamenti espressi in precedenza dalle sezioni unite: mancando comunque uno dei due presupposti dell'insorgenza del diritto all'assunzione (la decisione dell'amministrazione di avvalersi della graduatoria), in capo all'idoneo si ravvisa una posizione di interesse legittimo.

Il fatto

Il ricorrente, idoneo nella graduatoria di un concorso pubblico per dirigente, chiedeva lo scorrimento della graduatoria e l'accertamento del suo diritto ad essere assunto dall'ente, oltre alla corresponsione dei danni occorsi. La domanda veniva proposta a seguito di indizione di altra procedura concorsuale per la copertura del medesimo posto, successivamente annullata. Dichiarato il difetto di giurisdizione nel giudizio d'appello, l'istante si rivolgeva alla Corte di cassazione sostenendo la fondatezza della sua azione sull'assunto che l'autorità amministrativa, interve-

nuta la decisione in ordine all'*an* dell'assunzione, sarebbe vincolata, per la copertura dei posti resisi vacanti, a fare ricorso allo scorrimento delle graduatorie ancora efficaci, stante la strumentalità della vigenza delle stesse, sancita dalle previsioni di legge; non residuerebbe infatti in capo all'ente margine di discrezionalità sul *quomodo* della procedura di assunzione.

Il quadro giurisprudenziale nel quale si colloca la pronuncia delle sezioni unite

La Cassazione ha avuto occasione di pronunciarsi più volte in ordine alla giurisdizione sulle controversie relative allo scorrimento delle graduatorie concorsuali. Secondo il consolidato insegnamento della Corte la cognizione della domanda con la quale si chiede lo scorrimento della graduatoria spetta al giudice ordinario: verte infatti su un preteso diritto soggettivo in quanto si colloca oltre l'ambito della procedura concorsuale (ormai conclusa); la sussistenza del diritto presuppone la realizzazione della fattispecie complessa costituita dalla vacanza dei posti e dalla decisione dell'autorità amministrativa di coprirli con il ricorso alla graduatoria vigente⁽¹⁾. Tuttavia, se la pretesa si configura come consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di un nuovo concorso, la contestazione investe la procedura concorsuale e la posizione giuridica dell'idoneo non può che essere di interesse legittimo, con la conseguente attrazione della controversia nella giurisdizione al plesso giudiziale amministrativo, ai sensi dell'art. 63, comma 4 del Dlgs n. 165/2001. In nessuna delle fattispecie esaminate dalle precedenti pronunce, in gran parte conformi al richiamato orientamento⁽²⁾, si era però verificata la caducazione del bando di concorso. Per la prima volta, quindi, la Cassazione è chiamata a verificare se l'annullamento del provvedimento abbia riflessi sulla giurisdizione.

- (1) Nella pratica giudiziale, il giudice ordinario, verificate le condizioni dell'esistenza del diritto, in caso di inerzia dell'amministrazione è chiamato ad accertare l'obbligo di attingere dalla graduatoria mentre, nelle ipotesi di asserite illegittimità della procedura di scorrimento, dovrà scrutinare la fondatezza delle doglianze in ordine ai provvedimenti adottati dall'ente.
- (2) Basta ricordare, tra le numerose, la recente Cass., S.U., 13 giugno 2011, n. 12895.

Il principio di diritto espresso dalle sezioni unite

La rimozione dell'ostacolo all'esercizio del preteso diritto all'assunzione, con l'annullamento del bando concorsuale intervenuto nelle more del processo, non incide, secondo la pronuncia in commento, sul riparto di giurisdizione come delineato dai ricordati indirizzi giurisprudenziali. Richiamando i propri precedenti, la Corte ritiene infatti che, in presenza di una nuova procedura concorsuale, seppure annullata, la posizione dell'idoneo è qualificabile come interesse legittimo; rileva inoltre che, nel caso prospettato, difetta comunque la decisione dell'amministrazione di valersi della graduatoria, presupposto necessario della fattispecie complessa dalla quale trae origine il diritto all'assunzione. Le sezioni unite respingono quindi la doglianza del ricorrente, giudicando appartenere al giudice amministrativo la giurisdizione sulla controversia.

La questione di fondo: la natura della posizione giuridica dell'idoneo

Il ragionamento giuridico tratteggiato nella pronuncia non appare del tutto coerente, seppure condivisibile nella conclusione. La statuizione pare fondarsi su una duplice motivazione: la riconducibilità della lite all'orientamento che attribuisce la giurisdizione al giudice amministrativo, ai sensi del comma 4 dell'art. 63 del Dlgs n. 165/2001⁽³⁾, e la mancata scelta, da parte dell'ente, dello scorrimento della graduatoria quale strumento di reclutamento, con il conseguente difetto di uno degli elementi costitutivi del diritto all'assunzione. L'affermazione delle S.U. non è convincente sotto il primo profilo: nella fattispecie, la procedura concorsuale è ormai rimossa, stante l'intervenuto annullamento; il bando non produce più alcun effetto giuridico e rileva solo come fatto storico sintomatico dell'intento dell'amministrazione di assumere. Il richiamo al comma 4 dell'art. 63, quale norma fondante la giurisdizione del giudice amministrativo, non è pertinente: la controversia non investe la nuova procedura concorsuale, in quanto non si contesta la decisione dell'ente, già caduta. Quanto alla seconda motiva-

zione, la conclusione della Corte non è del tutto lineare: la Cassazione si limita a rilevare la mancanza della determinazione di assunzione con lo scorrimento della graduatoria; tuttavia, il difetto accertato impedirebbe, al più, di ravvisare un diritto soggettivo⁽⁴⁾, senza implicare, di per sé, la qualificazione della posizione come interesse legittimo. Non può dirsi quindi enucleato dalla Cassazione il motivo fondante la giurisdizione del giudice amministrativo. La soluzione della questione presuppone necessariamente l'individuazione della natura della posizione giuridica dell'idoneo che, in effetti, a seguito della determinazione dell'amministrazione di coprire i posti vacanti⁽⁵⁾, assurge da aspettativa ad interesse legittimo. Tuttavia a questa conclusione pare potersi addvenire non per i motivi indicati nella pronuncia ma, piuttosto, in ragione della constatazione che l'autorità non ha esaurito, per effetto dell'annullamento del bando, il potere di scelta dello strumento di assunzione: presa la decisione di coprire le posizioni vacanti, deve rideterminarsi, con un atto di macro-organizzazione, in ordine alle modalità di reclutamento⁽⁶⁾. L'amministrazione, dopo la demolizione del bando, resta infatti obbligata ad assumere e dovrà scegliere il mezzo più rispondente agli interessi pubblici coinvolti; in tale quadro, necessita l'intermediazione di un nuovo atto di esercizio del potere affinché l'idoneo realizzi la propria aspirazione alla chiamata.

Gli strumenti di tutela della posizione dell'idoneo a seguito dell'annullamento del concorso

Preso atto della pronuncia della Corte, della quale, pur criticando l'iter argomentativo, può condidersi la statuizione conclusiva, si pone il problema della tutelabilità, davanti al plesso giurisdizionale amministrativo, della posizione dell'idoneo dopo l'annullamento del concorso che ne contrastava l'assunzione. A seguito della rimozione del bando, si configurano due possibili scenari: l'emanazione del provvedimento, con il rinnovo della scelta dello strumento di reclutamento per la copertura dei posti vacanti, o l'inerzia dell'amministrazione. L'ente potrebbe indire nuovamente la

(3) Spettano alla cognizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali.

(4) Rimossa la determinazione di assumere tramite concorso, la pretesa azionata è esclusivamente quella di procedere allo scorrimento e la lite sarebbe, in linea teorica, riconducibile alle controversie considerate dal primo orientamento menzionato, nelle quali si chiede lo scorrimento della graduatoria, con conseguente attribuzione alla giurisdizione del giudice ordinario; il probabile esito finale dovrebbe essere il diniego della pretesa per il difetto parziale di uno dei presupposti di esistenza del diritto soggettivo: c'è la decisione di assumere ma manca la scelta dello scorrimento della graduatoria per il reclutamento.

(5) Che sopravvive alla rimozione dello strumento concorsuale, originariamente scelto dall'ente per il reclutamento.

(6) Ved. punto 11 sentenza Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 28 luglio 2011, n. 14.



procedura concorsuale o ricorrere a strumenti di reclutamento diversi dal concorso e dallo scorrimento della graduatoria (quali la mobilità o la stabilizzazione del personale). La seconda opzione appare però improbabile: si suppone che l'indizione del concorso sia stata preceduta, secondo quanto previsto dall'art. 30, comma 2-*bis* del Dlgs n. 165/2001, dall'attivazione della procedura di mobilità, con la quale non si siano comunque coperti tutti i posti vacanti; inoltre l'amministrazione medesima ha già espresso il proprio orientamento verso la scelta di supplire alle esigenze occupazionali con lo strumento del concorso, al quale lo scorrimento delle graduatorie è pacificamente ritenuto equipollente⁽⁷⁾, a differenza della stabilizzazione (praticabile peraltro solo in presenza di specifiche condizioni statuite eccezionalmente per legge). In ogni caso, il provvedimento assunto sarà evidentemente suscettibile di nuova impugnazione da parte dell'idoneo, se non rispondente alle sue aspirazioni. Deve considerarsi, in relazione a tale eventualità, che la facoltà dell'ente di rideterminarsi potrebbe risultare estremamente compressa dall'effetto conformativo delle statuizioni assunte dal giudice amministrativo con la sentenza di annullamento del bando di concorso⁽⁸⁾: l'amministrazione, con il nuovo atto, potrebbe facilmente incorrere nei vizi di elusione o violazione dei contenuti della pronuncia⁽⁹⁾. Giova al riguardo chiarire che il Consiglio di Stato, in adunanza plenaria, con la sentenza n. 14 del 2011, enucleando con precisione le ipotesi in cui è attenuato l'obbligo di motivazione del provvedimento di indizione del concorso, ha - di fatto - elencato i casi eccezionali in cui tale sistema di reclutamento si può preferire a quello dello scorrimento⁽¹⁰⁾. Per

pervenire all'annullamento del bando di concorso, il giudice amministrativo, nel verificare la consistenza della motivazione data dall'amministrazione al provvedimento di reclutamento, avrà accertato la mancanza di quelle situazioni di fatto o di diritto che, secondo la richiamata adunanza plenaria del Consiglio di Stato, possono giustificare l'indizione della selezione. In sostanza, la discrezionalità residua in capo all'amministrazione nel rinnovare l'esercizio del potere, sarà, il più delle volte, particolarmente ristretta dall'esito del giudizio di annullamento. Nella diversa eventualità dell'inerzia dell'ente, l'idoneo potrà giovare dello strumento dell'ottemperanza per ottenere la riedizione del potere, sulle cui modalità il giudice può anche dare indicazioni, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 112 del codice del processo amministrativo⁽¹¹⁾. Ma se, come sopra argomentato, i margini di discrezionalità per l'esercizio del potere risultano talmente circoscritti dalla pronuncia di annullamento da poter qualificare l'attività dovuta dall'amministrazione come pressoché vincolata, il commissario *ad acta* potrebbe provvedere finché allo scorrimento della graduatoria, sostituendosi all'amministrazione⁽¹²⁾. Peraltro, la prospettata ipotesi dell'obbligo sostanziale dell'ente di procedere allo scorrimento della graduatoria, all'esito della pronuncia di annullamento del nuovo concorso, trova conferma nella giurisprudenza più recente che pare muoversi proprio nella direzione ipotizzata, tenuto conto che afferma, più frequentemente a seguito della statuizione dell'adunanza plenaria, che nelle fattispecie in esame l'amministrazione ha l'obbligo di intervenire con un atto dovuto nell'«*an*» ma vincolato nel suo contenuto⁽¹³⁾; pure significativa è la sempre più accentuata

- (7) Il reclutamento degli idonei (giudicati tali con regolare procedura concorsuale, in rapporto all'esercizio di determinate funzioni) non può ritenersi contrastante con il principio di cui all'art. 97, comma 3 della Costituzione (Consiglio di Stato, VI, 12 settembre 2011, n. 5122); infatti, «in caso di utilizzo di graduatorie aperte, il rispetto del principio costituzionale dell'assunzione mediante concorso è garantito dal fatto che anche i soggetti utilmente collocati in graduatoria concorsuale hanno positivamente superato tale fondamentale meccanismo di selezione, costituzionalmente garantito ed imposto» (Tar Liguria, 28 marzo 2012, n. 427; nello stesso senso: Tar Campania, Napoli, 4 novembre 2011, n. 5107).
- (8) «Secondo il principio generale di cui all'art. 2909 c.c., il giudicato sostanziale ... si forma su tutto ciò che ha costituito oggetto della decisione, compresi gli accertamenti di fatto, i quali rappresentano le premesse necessarie e il fondamento logico giuridico della pronuncia, ... estendendosi necessariamente agli accertamenti che si ricollegano in modo inscindibile con la decisione, formandone il presupposto, così da coprire tutto quanto rappresenta il fondamento logico-giuridico della pronuncia» (Tar Campania, Napoli, 4 novembre 2011, n. 5107).
- (9) In tal caso l'idoneo potrebbe reagire con il ricorso per l'ottemperanza.
- (10) Cioè le deroghe allo scorrimento, che è assunto a regola del reclutamento.
- (11) Che dispone: «Il ricorso di cui al presente articolo può essere proposto anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza».
- (12) La possibilità vale anche per l'ipotesi di non corretta riedizione del potere.
- (13) «In presenza di specifiche disposizioni di legge che sanciscono l'ultrattività delle graduatorie con evidenti obiettivi di risparmio e contenimento della spesa pubblica, la discrezionalità dell'amministrazione si esaurisce con la determinazione di procedere alla copertura dei posti resisi vacanti e non si estende alla scelta delle modalità di approvvigionamento del personale da assumere; una diversa interpretazione vanificherebbe la portata precettiva delle predette disposizioni normative rimettendo all'amministrazione la scelta di darvi o meno esecuzione». Tar Puglia, Bari, 10 giugno 2011, n. 872; nell'identico senso: Tar Lazio, Roma, 3 agosto 2012, n. 7221, ma già avevano anticipato questo esito: Consiglio di Stato,

tendenza dell'ordinamento a privilegiare tale sistema quale strumento di reclutamento⁽¹⁴⁾.

Considerazioni finali

In conclusione, l'interesse legittimo dell'idoneo è sotteso allo svolgimento di un'attività i cui margini di discrezionalità sono spesso talmente ridotti, per effetto della pronuncia di annullamento del provvedimento originariamente assunto, da poter essere intesa alla stregua di un'attività vincolata⁽¹⁵⁾. Se il ricorso allo scorrimento della graduatoria per la copertura dei posti in organico non implica valutazioni discrezionali, il giudice può - nella sede dell'ottemperanza, in cui dispone di giurisdizione di merito - non limitarsi ad ordinare l'emanazione di un provvedimento ma vagliare la fondatezza dell'istanza e, nel caso, sostituirsi all'amministrazione nell'emanazione dell'atto voluto dal ricorrente. Ciò stante, oltre alla riedizione del potere, si potrà ottenere, in tale giudizio, anche lo scorrimento della graduatoria (a condizione che si provi la sussistenza degli ulteriori presupposti di cui all'art. 2043 c.c., in particolare della

colpa o del dolo dell'amministrazione⁽¹⁶⁾). Il medesimo risultato potrebbe essere conseguito anche con la proposizione al giudice amministrativo dell'azione di risarcimento in forma specifica⁽¹⁷⁾ del danno subito per effetto dell'illegittimo esercizio del potere⁽¹⁸⁾. In tale caso, l'accoglimento della domanda è soggetto alla verifica della spettanza del bene della vita richiesto: sarà quindi onere del ricorrente dimostrare che l'ente era «vincolato» a procedere allo scorrimento⁽¹⁹⁾, nel caso allegando la pronuncia di annullamento del bando e richiamando gli accertamenti in essa contenuti⁽²⁰⁾. Deve però notarsi che, sebbene i diversi strumenti indicati rendano probabile la soddisfazione dell'interesse dell'idoneo all'assunzione, tuttavia sussiste, nella fattispecie, il problema della mancata concentrazione dei mezzi processuali⁽²¹⁾: è infatti evidente che difficilmente il conseguimento dell'obiettivo dello scorrimento sarà realizzato a seguito della sola statuizione di annullamento del bando⁽²²⁾, necessitando invece, ove l'amministrazione non proceda spontaneamente in tal senso, di ulteriore, gravosa, attività giudiziale.

sez. VI, 10 febbraio 2010, n. 7221; Consiglio di Stato, V, 26 ottobre 2009, n. 6536; Tar Lazio, II, 15 settembre 2009, n. 8742; Tar Lazio, III, 30 gennaio 2003, n. 536.

- (14) Confermata dai ripetuti interventi legislativi di proroga della validità delle graduatorie concorsuali, come di recente riconosciuto dal Consiglio di Stato con l'adunanza plenaria n. 14 del 2011. Inoltre, si ricorda che l'art. 35 del Dlgs n. 165/2001 è stato modificato con l'inserimento del comma 5-ter che generalizza la vigenza triennale delle graduatorie. Particolare rilievo deve attribuirsi anche al comma 4 dell'art. 91 del Dlgs n. 267/2000 che individua le specifiche circostanze ricorrendo le quali le amministrazioni sembrano obbligate a ricorrere alle graduatorie in vigore. Si tenga infine conto, a conferma della direzione verso la quale pare muoversi l'ordinamento, del progetto di legge, atto Camera 4116, che prescrive l'utilizzo delle graduatorie vigenti alle amministrazioni pubbliche che intendano procedere ad assunzioni.
- (15) Per la cui realizzazione l'autorità amministrativa è chiamata a svolgere solo una semplice verifica tra quanto ipotizzato dalla legge e quanto presente nella realtà.
- (16) Per alleggerire gli oneri probatori del ricorrente, perdurando l'inerzia dell'ente si potrebbe, in alternativa, impugnare il silenzio inadempiuto, chiedendo, ai sensi dell'art. 31 del codice del processo amministrativo, l'accertamento della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio comunque subordinato alla verifica della natura vincolata dell'attività che l'ente è tenuto a svolgere.
- (17) Strumento atto finanche alla rimozione del contratto di lavoro stipulato in virtù della graduatoria del nuovo concorso nelle more del procedimento di annullamento del relativo bando, che si fraponga alla realizzazione dell'aspirazione di assunzione del ricorrente vittorioso: sul punto, cfr. la nota di Fabio Saitta: *Contratti individuali di lavoro e graduatorie concorsuali alla ricerca di un (solo) giudice: senza la concentrazione delle tutele non può esservi effettività*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 3, 886 ss.
- (18) L'attribuzione della cognizione sul risarcimento del danno per lesioni di interessi legittimi al giudice amministrativo (art. 30, comma 6 del Dlgs n. 104/2010) può costituire altro elemento a sostegno della tesi della sua giurisdizione sulle controversie in esame.
- (19) Nei giudizi di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione della gara d'appalto, il secondo classificato otteneva l'aggiudicazione (già prima dell'espressa statuizione dell'art. 122 del Dlgs n. 104/2010) proprio sperando l'azione per il risarcimento del danno in forma specifica. Nel caso, però risultava di più immediata evidenza l'obbligo dell'amministrazione di provvedere all'esecuzione dell'appalto, ancora in corso, scorrendo la graduatoria a favore del secondo.
- (20) Per questo è più prudente, nella strategia processuale, ottenere la pronuncia demolitoria, prima di agire per il risarcimento, per poter fondare la successiva azione anche sulle statuizioni in essa contenute.
- (21) Diversamente avviene ora per le controversie sulle gare, nelle quali i poteri del giudice amministrativo, per effetto dell'art. 122 del Dlgs n. 104/2010, sono ampliati alla verifica della possibilità per il ricorrente di subentrare nel contratto, con la concentrazione di tutela nel giudizio impugnatorio.
- (22) A meno che il giudice che deve conoscere della legittimità del bando non supplisca, in via provvisoria, alla mancanza di poteri di merito, con pronuncia cautelare che imponga all'autorità amministrativa di rideterminarsi procedendo allo scorrimento della graduatoria, al fine di tutelare l'idoneo da danni irreparabili. In tal senso ha di recente statuito il Tar Sardegna disponendo, oltre alla sospensione della selezione alternativa allo scorrimento della graduatoria, l'obbligo dell'amministrazione di provvedere entro breve termine a rideterminarsi secondo i principi esposti in motivazione e cioè: «la prevalenza e precedenza nell'utilizzo delle graduatorie vigenti di concorsi pubblici, chiaramente affermata dal Consiglio di Stato, adunanza plenaria, con sentenza n. 14/2011, conformemente ai principi di legge, anche di rango costituzionale» e «l'urgenza di coprire i posti che porterebbe a dover valutare con precedenza ed immediatezza la posizione dei ricorrenti» (Tar Sardegna, Cagliari, decreto monocratico n. 394 del 14 dicembre 2012).