

**SCORRIMENTO DI GRADUATORIA CONCORSUALE
E PROBLEMI DI GIURISDIZIONE**

Francesco Arena *

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 22 agosto 2019 n. 21607 ¹

In tema di pubblico impiego contrattualizzato, è devoluta al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, la controversia relativa al c.d. scorrimento delle graduatorie dei concorsi, quando la pretesa al riconoscimento del diritto all'assunzione sia consequenziale alla negazione degli effetti di un provvedimento amministrativo che disponga di non coprire più (o di coprire diversamente, come nel caso di indizione di un nuovo concorso) i posti resisi vacanti, anziché avvalersi dello scorrimento della graduatoria del concorso anteriormente espletato; in tale caso, infatti, si è in presenza di una contestazione che - diversamente dall'ipotesi in cui si contestino le modalità di attuazione dello scorrimento della graduatoria - investe l'esercizio del potere discrezionale della Amministrazione, cui corrisponde una situazione di interesse legittimo.

RIASSUNTO DEI FATTI: Alcuni dipendenti della Provincia di Cosenza partecipavano a diverse procedure selettive per progressione verticale finalizzate alla copertura di posti vacanti; all'esito delle procedure venivano dichiarati idonei e inseriti nelle relative graduatorie per le qualifiche di appartenenza; con diverse determinazioni, la Provincia deliberava di far scorrere le graduatorie vigenti in misura inferiore rispetto alle disponibilità di posti vacanti non consentendo l'assunzione dei dipendenti i quali promuovevano azione giudiziaria dinanzi al Tribunale di Cosenza, in funzione di giudice del lavoro, chiedendo che fosse accertato e dichiarato il loro diritto ad essere inquadrati nella categoria superiore. Il Tribunale ordinario dichiarava il proprio difetto di giurisdizione in favore del Giudice amministrativo, davanti al quale i ricorrenti riassumevano tempestivamente il giudizio. Con ordinanza pubblicata in data 20 febbraio 2019 il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria sollevava conflitto negativo di giurisdizione dinanzi alle Sezioni unite della Corte di Cassazione, ai sensi dell'art. 11 cod. proc. amm., co. 3, ritenendo la controversia devoluta al giudice ordinario.

* Dottore in giurisprudenza

¹ Per il testo completo dell'ordinanza, tratta dal sito www.cortedicassazione.it, v. www.giureta.uni-pa.it/Cassazione_21607_2019.pdf.



SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Descrizione della controversia oggetto del giudizio – 3. Il principio del concorso pubblico alla luce della giurisprudenza costituzionale – 4. Le novità introdotte in materia di scorrimento di graduatoria dalla legge 27 Dicembre 2019, n. 160 (Legge di Bilancio 2020) e gli apporti della giurisprudenza contabile – 5. Il problema della natura della posizione soggettiva di cui è titolare l'idoneo non vincitore inserito in una graduatoria finale ancora efficace – 6. Atti di macro-organizzazione e atti di micro-organizzazione: rilevanza della distinzione ai fini dell'individuazione del giudice competente – 7. Considerazioni conclusive.

1. – L'opportunità di approfondire l'argomento in esame è scaturita dall'interesse destato dai recenti interventi legislativi² e da altrettanto numerose pronunce giurisprudenziali che si sono susseguite in materia nel corso dell'ultimo decennio³. La sentenza che si annota, in particolare, torna ad occuparsi di una questione di indubbio interesse teorico e pratico, al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, ossia dei risvolti, in punto di giurisdizione, della tematica dello "scorrimento della graduatoria" nei concorsi pubblici⁴. Essa afferma, in particolare, che: "In tema di pubblico impiego contrattualizzato, è devoluta al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, la controversia relativa al c.d. scorrimento delle graduatorie dei concorsi, quando la pretesa al riconoscimento del diritto all'assunzione sia consequenziale alla negazione degli effetti di un provvedimento amministrativo che disponga di non coprire più (o di coprire diversamente, come nel caso di indizione di un nuovo concorso) i posti resisi vacanti, anziché avvalersi dello scorri-

² Si veda, da ultimo, la L. n. 160 del 27 Dicembre 2019 (ossia la legge di bilancio 2020) pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 304 del 30 dicembre 2019.

³ Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Ad. Plen. 28 luglio 2011, n. 14, in www.giustizia-amministrativa.it con cui l'Adunanza Plenaria si è pronunciata, in applicazione del comma 5 dell'art. 99 del c.p.a. (ai sensi del quale "Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato"), sulla "vexata quaestio" del 'rapporto' fra il diritto (dei candidati utilmente collocati ancorché non vincitori) allo scorrimento della graduatoria di concorso e la potestà dell'amministrazione di bandire, per la copertura di vacanze in organico, una nuova procedura concorsuale.

⁴ Si veda in dottrina T. IANNUZZI, *Lo scorrimento delle graduatorie concorsuali*, in *Riv. Polizia*, 2013, p. 345 e ss.; D. BOLOGNINO, *Il rapporto tra concorso pubblico e scorrimento delle graduatorie valide ed efficaci al tempo della c.d. spending review*, in *Foro Amm.- T.A.R.*, 2013, p. 147 e ss.; V. TALAMO, *Lo scorrimento delle graduatorie concorsuali*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, fasc. 10, p. 920 e ss.

mento della graduatoria del concorso anteriormente espletato; in tale caso, infatti, si è in presenza di una contestazione che – diversamente dall'ipotesi in cui si contestino le modalità di attuazione dello scorrimento della graduatoria – investe l'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione, cui corrisponde una situazione di interesse legittimo". È questo l'insegnamento offerto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la recente decisione in epigrafe, statuizione che si pone – come si vedrà nel prosieguo – in piena armonia con l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi in "*subiecta*" materia ⁵.

È d'uopo precisare che il ricorso all'istituto dello scorrimento è volto a contemperare due contrapposte esigenze.

Da un lato, infatti, emerge il principio del concorso pubblico – sul quale ci si soffermerà nel par. 3 del presente approfondimento – che appare essere preordinato a garantire, in linea di principio, l'individuazione dei candidati più capaci e quindi più meritevoli in ossequio al principio dell'imparzialità della p.a. ⁶; dall'altro si staglia il principio dell'efficienza dell'azione amministrativa che rappresenta un corollario del canone di buon andamento della azione amministrativa, consacrato dall'art. 97 Cost. ⁷ che impone alla p.a. il conseguimento degli obiettivi legislativamente prefissati con il minor dispendio di mezzi.

⁵ In linea con la pronuncia che si commenta si colloca Consiglio di Stato sez. III, 03 luglio 2018, n. 4078 in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Bari, (Puglia) sez. I, 3 Dicembre 2019, n. 1590 *ibidem*.

⁶ Si veda Corte Costituzionale 27 marzo 2003, n. 89 ai sensi della quale "*Non è fondata la q.l.c. dell'art. 36, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, in riferimento agli art. 3 e 97 Cost., nella parte in cui esclude che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle p.a., possa comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni. Il principio dell'accesso mediante concorso - enunciato dall'art. 97 Cost., a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione - rende palese la non omogeneità tra lavoro pubblico e privato e non consente di ritenere violato il principio di uguaglianza*"; si veda pure Corte di Cassazione 15 giugno 2010, n. 14350 e Corte di Cassazione 7 maggio 2008, n. 11161.

⁷ Ai sensi dell'articolo 97 Cost.:

1. Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.

2. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.

3. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari.

4. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge".

La mediazione delle due *rationes* è pertanto 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. In proposito, tra le novità apportate dalla Legge n. 160 del 27 dicembre 2019 (legge di bilancio 2020), pubblicata sulla G.U. n. 304 del 30 dicembre 2019, si segnala il comma 149 che ha modificato l'articolo 35 comma 5-ter del Decreto legislativo n. 165 del 30 marzo 2001, stabilendo che le graduatorie hanno una validità ordinaria di 2 (due) anni e non più di 3 (tre), decorrenti dalla data di approvazione⁸.

Ciò posto, dopo un rapido *excursus* sulla portata e sui limiti di derogabilità del principio del concorso pubblico alla luce della giurisprudenza costituzionale⁹ e premessa una breve analisi delle novità apportate in materia di

⁸ La prima norma che ha disciplinato l'efficacia delle graduatorie di concorso e la loro utilizzazione si rinviene nel T.U. sugli impiegati civili dello Stato, approvato con D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, il cui art. 8, ai commi 1 e 2, disponeva che l'amministrazione ha facoltà di conferire, oltre i posti messi a concorso, anche quelli che risultino disponibili alla data di approvazione della graduatoria nei limiti del decimo e del quinto dei posti, rispettivamente per le carriere direttive e per le altre carriere. Il comma 3 prevedeva, inoltre, che nel caso di scoperta di alcuni dei posti messi a concorso a seguito di rinuncia, decadenza o dimissioni dei vincitori, l'amministrazione ha facoltà di procedere, nel termine di due anni dalla data di approvazione della graduatoria, ad altrettante nomine secondo l'ordine della graduatoria. In seguito, diverse disposizioni di legge hanno consentito l'utilizzabilità delle graduatorie: possiamo ricordare l'art. 9, co. 15 della l. 20 maggio 1985, n. 207, relativo alle unità sanitarie locali e l'art. 5, co. 15 del D.P.R. 13 maggio 1987, n. 268, relativo agli enti locali. Il principio di temporaneità dell'efficacia delle graduatorie è stato confermato dal D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487 (regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi), il cui art. 15, co. 7, riproduttivo di analoga previsione dettata dall'art. 3, co. 22 della l. 24 dicembre 1993, n. 537, dispone 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. Il termine di diciotto mesi di efficacia delle graduatorie è stato elevato dapprima a due anni dall'art. 20, co. 3 della l. 23 dicembre 1999, n. 488, poi a tre dall'art. 6, co. 21 della l. 15 maggio 1997, n. 127, riprodotto dall'art. 91, co. 4 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, per quanto concerne gli enti locali, nonché dall'art. 3, co. 87 della l. 24 dicembre 2007, n. 244 (che ha inserito nell'art. 35 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 il comma 5-ter) per le amministrazioni pubbliche elencate dall'art. 1, co. 2 del Decreto legislativo n. 165 del 30 marzo 2001. Si veda in argomento P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, vol. I, Milano, 1973, p. 249.

⁹ In tema di assunzioni nel pubblico impiego e di prove concorsuali vengono in rilievo alcune modifiche in materia di pubblicità e trasparenza apportate dalla recente legge n. 160/2019 (Legge di Bilancio 2020). In particolare il comma 145 della legge in esame ha previsto alcune modifiche

scorrimento di graduatoria dalla summenzionata legge di bilancio 2020 (n. 160 del 27 Dicembre 2019), per meglio comprendere la soluzione abbracciata dalle Sezioni Unite con la sentenza in rassegna, si intende affrontare – tenendo presenti i contributi giurisprudenziali in materia – il problema della configurabilità o meno di un “*diritto all’assunzione*” in capo al soggetto idoneo non vincitore in una precedente procedura concorsuale.

Nel paragrafo 6 si procederà poi ad analizzare la questione – centrale ai fini del presente approfondimento – del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo alla luce della distinzione tra atti di “*macro-organizzazione*” e atti di “*micro-organizzazione*”¹⁰. Detta analisi, come si vedrà in seguito, si rivelerà utile per meglio comprendere la soluzione offerta dalla sentenza in esame.

Seguiranno, infine, brevi considerazioni conclusive.

2. – La questione fattuale sottesa alla pronuncia in rassegna appare particolarmente articolata e si ritiene opportuno fornirne una breve ricostruzione.

Diversi soggetti, tutti dipendenti della Provincia di Cosenza, partecipavano ad alcune procedure selettive per progressione verticale per la copertura di posti vacanti. Dichiarati idonei all’esito delle relative procedure, venivano dunque inseriti nelle graduatorie per le qualifiche di appartenenza. Tuttavia, con diverse determinazioni, la Provincia deliberava di far scorrere le graduatorie vigenti per un numero di posti che non consentiva l’assunzione di tali dipendenti. Costoro, pertanto, lamentando le determinazioni dell’Amministrazione circa lo scorrimento della graduatoria in misura inferiore rispetto alle disponibilità di posti vacanti nonché la inadeguatezza delle motivazioni in proposito, ricorrevano innanzi al Giudice del lavoro, chiedendo che fosse accertato e dichiarato il loro diritto ad essere inquadrati nella categoria superiore.

Il Tribunale ordinario dichiarava il proprio difetto di giurisdizione in favore del Giudice amministrativo, davanti al quale i ricorrenti riassumevano tempestivamente il giudizio.

all’art. 19 del Decreto legislativo n. 33 del 2013 (sul c.d. Accesso Civico e Trasparenza nella p.a.) prevedendo che in amministrazione trasparente, oltre alle tracce delle prove scritte, debbano essere pubblicate le graduatorie finali con l’indicazione sullo stato dello scorrimento dei vincitori/idonei.

¹⁰ Si veda in dottrina A. ROMANO TASSONE, *Sul contratto di lavoro del dirigente pubblico*, in *Giust. Civ.*, 2000, II, p. 147 e ss.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, a sua volta, sollevava conflitto negativo di giurisdizione dinanzi alle Sezioni unite della Corte di Cassazione, ritenendo che la controversia dovesse essere devoluta al Giudice ordinario, sul presupposto che la pretesa allo scorrimento di una graduatoria pubblica fosse qualificabile alla stregua di un diritto all'assunzione e, dunque, rientrasse nella giurisdizione del Giudice ordinario.

3. – L'organizzazione degli uffici della pubblica Amministrazione, per il perseguimento delle finalità pubbliche, abbisogna di taluni elementi fondamentali per l'ottimale svolgimento delle attività amministrative¹¹. Segnatamente, costituisce presupposto essenziale di qualsivoglia organizzazione, pubblica o privata¹² l'utilizzabilità di un dato contingente di personale professionalmente preparato¹³.

¹¹ Sul "pubblico impiego", vedi: M. S. GIANNINI, (voce) *Impiego pubblico. a) profili storici e teorici*, in *Enc. dir.*, vol. XX, 1970, p. 293 ss.; L. RAINALDI, (voce) *Impiego pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, 1993, p. 144 ss.; M. CLARICH – D. IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, Rimini, II ed., 1994; F. CARINCI, *La riforma del pubblico impiego*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, p. 189 ss.; F. CARINGELLA – R. MARINO, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999; F. CARINCI – M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, II ed., 2000; M. DELL'OLIO – B. SASSANI (a cura di), *Amministrazione pubblica, lavoro, processo*, Milano, 2000; P. VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, 2000; R. FOGLIA in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Milano, III ed., 2000, p. 369 ss.; L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Torino, X ed., 2000, in part. p. 257 ss.; C. VIDETTA, (voce) *Impiego pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. I agg., 2000, p. 323 ss.; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, tomo I, Milano, 2001, p. 929 ss.; L. IEVA, *Pubblico impiego e dottorato di ricerca: un binomio ancora da realizzare*, in *Il lav. nelle pubbliche amministrazioni*, n. 5, 2001, III, p. 925 ss.; E. A. APICELLA (voce), *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Enc. dir.*, vol. VI agg., Milano, 2002, p. 602 ss.; S. BATTINI, *Il personale*, in S. CASSESE (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo. Dir. amm. gen.*, tomo I, Milano, II ed. 2003, p. 373 ss.

¹² Sull'organizzazione amministrativa, in generale, cfr.: G. ZANOBINI, (voce) *Amministrazione pubblica; b) Nozione e caratteri generali*, in *Enc. dir.*, vol. II, 1958, p. 233 ss.; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; M. NIGRO, (voce) *Amministrazione pubblica (Organizzazione giuridica dell')*, in *Enc. giur.*, vol. II, 1988; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, III ed., 1993, p. 175 ss.; G. DI GASPARÉ, (voce) *Organizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, 1995, p. 513 ss.; M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, II ed., 2000, p. 35 ss.; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 521 ss.

¹³ Come è noto, la posizione dei dipendenti pubblici è caratterizzata da un doppio profilo: per

In quest'ottica assume un rilievo fondamentale, ai fini di cui sopra, il principio del concorso pubblico che rinviene la sua base giuridica nell'articolo 97 della Costituzione¹⁴ – il cui IV comma afferma testualmente che “*agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge*” – e che rappresenta lo strumento di selezione obbligatorio e necessario rispettivamente per l'aspirante candidato ai fini dell'accesso al lavoro nel settore pubblico e per la pubblica amministrazione in ordine al reclutamento¹⁵.

Uniformandosi alle norme costituzionali, l'art. 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 – recante “*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*” – prevede che l'assunzione nelle pubbliche amministrazioni avvenga: a) tramite procedure selettive, volte all'accertamento della professionalità richiesta e ciò tanto per le assunzioni a tempo indeterminato, quanto per quelle a tempo determinato; b) mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento; c) mediante chiamata numerica per le assunzioni obbligatorie; d) mediante chiamata diretta nominativa per moglie e figli di personale

quanto riguarda il primo, essi si configurano come veri e propri organi dell'amministrazione, manifestandone nei rapporti esterni la volontà e compiendone gli obiettivi istituzionali (c.d. rapporto organico o di ufficio); mentre, per il secondo, i medesimi sono legati al soggetto pubblico da un rapporto di lavoro caratterizzato da diritti e obblighi analoghi a quelli che derivano dal rapporto di lavoro privato (c.d. rapporto di servizio).

¹⁴ La scelta dei Costituenti si volse a confermare, costituzionalizzandola, una prassi già frequentemente in uso, non senza larghe eccezioni, dalla legge sullo statuto giuridico degli impiegati civili del 25 giugno 1908, n. 290. (Si veda in argomento R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, 2016, p. 74 e ss.). Nel campo del diritto positivo l'illustre precedente è rappresentato dall'allora rivoluzionario e innovativo articolo 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 che, per la prima volta, sanciva la regola generale mediante la quale “[...] Tutti i cittadini essendo uguali ai suoi occhi sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici secondo le loro capacità, e senza altra distinzione che quella della loro virtù e dei loro talenti”.

¹⁵ Sul concorso pubblico, vedi: P. VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, 2000, in part. p. 49 ss., nonché M. AMENDOLA, (voce) *Concorso a pubblico impiego*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, p. 613 ss.; N. ASSINI – M. SOLINAS, (voce) *Concorso a pubblico impiego*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Roma, 1988; M. LIPARI, *I profili generali del procedimento concorsuale*, in *Dir. & formazione*, n. 1, 2003, p. 105 ss.; L. IEVA, *Sulla obbligatorietà della motivazione delle valutazioni tecniche espresse dalle commissioni giudicatrici sulle prove di esame nei concorsi pubblici (commento a C. d. S., sez. VI, 30 aprile 2003 n. 2331)*, in *Foro amm. – C.d.S.*, n. 5, 2003, I, p. 1682 ss.; M. MONTINI, *Concorsi pubblici: una rassegna giurisprudenziale*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 7, 2003, p. 719 ss.

di forze dell'ordine deceduto in servizio e per le vittime di terrorismo e della criminalità organizzata ¹⁶.

Una dottrina autorevole ha recentemente rilevato che *“la Corte Costituzionale ha, negli ultimi tempi, dato nuova vita all'art. 97 della Costituzione, ribadendo in ogni occasione la necessità del rispetto del principio del concorso per l'accesso ai pubblici uffici, così escludendo stabilizzazioni, immissioni in ruolo, nomine politiche e progressioni senza valutazione comparativa”* ¹⁷.

È opportuno precisare che il principio in esame soddisfa l'interesse pubblico al buon andamento ed all'imparzialità della Pubblica Amministrazione e rappresenta inoltre uno strumento corrispondente al canone di efficienza amministrativa, garantendo al contempo la selezione dei soggetti chiamati ad esercitare le proprie funzioni in condizioni di equidistanza dagli interessi coinvolti nell'attività amministrativa e così ponendo le premesse necessarie per garantire l'operato al *“servizio esclusivo della Nazione”* (art. 98 Cost.).

La giurisprudenza costituzionale, nella sentenza n. 333 dell'11 Giugno 1993, ha sottolineato che il principio di imparzialità stabilito dall'art. 97 della Costituzione *“costituisce un valore essenziale cui deve informarsi, in tutte le sue diverse articolazioni, l'organizzazione dei pubblici uffici”*. La stessa Corte, riprendendo peraltro la chiara volontà espressa nel medesimo senso dai Costituenti, ha affermato come il principio di imparzialità, enunciato solennemente nel ricordato art. 97, si riflette immediatamente in altre norme costi-

¹⁶ Nel terzo comma dell'art. 35, del D.lgs. n. 165/2001 si precisa altresì che:

“Le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi:

- a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione;*
- b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire;*
- c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori;*
- d) decentramento delle procedure di reclutamento;*
- e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali”*.

¹⁷ S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo Stato presente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, fasc. 3, p. 603.

tuzionali, quali gli artt. 51, I comma (*"tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini"*) e 98 (*"i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione"*) della Costituzione, attraverso cui si mira a garantire l'amministrazione pubblica e i suoi dipendenti da influenze politiche o, comunque, di parte, in relazione al complesso delle fasi concernenti l'impiego pubblico (accesso all'ufficio e svolgimento della carriera).

Più precisamente, con la sentenza n. 453 del 15 Ottobre 1990 la Corte ha affermato che nell'insieme delle predette norme costituzionali *"viene ad esprimersi la distinzione più profonda tra politica e amministrazione, tra l'azione del "governo" – che, nelle democrazie parlamentari, è normalmente legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza – e l'azione della "amministrazione" – che, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento. Si spiega, dunque, come in questa prospettiva, collegata allo stesso impianto costituzionale del potere amministrativo nel quadro di una democrazia pluralista, il concorso pubblico, quale meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci, resti il metodo migliore per la provvista di organi chiamati a esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità ed al servizio esclusivo della Nazione"*, sempreché questo metodo sia ispirato *"al rispetto rigoroso del principio di imparzialità"*.

In altri termini, secondo la Consulta, *"il principio stabilito dall'art. 97 della Costituzione ha un duplice significato: uno "negativo" e uno "positivo". Sotto il primo profilo, esso garantisce che l'esame del merito sia indipendente da ogni considerazione connessa a orientamenti politici o a particolari condizioni personali e sociali; sotto il profilo "positivo", invece, esso comporta l'adozione di un metodo, di cautele e di regole attinenti alla formazione delle commissioni giudicatrici tali da assicurare il perseguimento del solo interesse connesso alla scelta delle persone più meritevoli e più idonee all'esercizio della funzione pubblica considerata"*.

A giudizio della giurisprudenza costituzionale, le commissioni giudicatrici nei concorsi pubblici sono tenute ad esprimere giudizi di carattere tecnico

e ad osservare, in quanto organi dell'amministrazione, il criterio di imparzialità che impone "ad ogni autorità pubblica, nell'esercizio della funzione amministrativa, di considerare in modo oggettivo i vari interessi pubblici e privati che è chiamata a valutare, senza soggiacere a pressioni esterne di qualsiasi natura"¹⁸. Il principio d'imparzialità è destinato, pertanto, a riflettersi anche sulla composizione delle commissioni giudicatrici nei concorsi pubblici, in quanto organi dell'amministrazione destinati a garantire la realizzazione di tale principio nella provvista delle persone cui affidare l'esercizio delle funzioni pubbliche. In particolare deve essere garantita la presenza di membri in possesso di adeguati titoli di studio e dotati di qualificazioni professionali coerenti alle materie oggetto di prova.

Siffatto principio del concorso pubblico, come poc'anzi osservato, è destinato ad operare in riferimento all'accesso agli impieghi. È utile precisare che l'espressione va intesa in senso "estensivo" riferibile, cioè, non soltanto alle procedure finalizzate all'assunzione di personale e preordinate dunque all'ingresso per la prima volta nei ruoli dell'amministrazione, ma anche alle ipotesi di nuovo inquadramento di personale già in servizio tramite procedure finalizzate al passaggio dei dipendenti alle qualifiche superiori nonché all'accesso del personale dipendente al ruolo della dirigenza.

In tal senso si è espressa la giurisprudenza costituzionale, nella sentenza n. 217 del 13 Settembre 2012, che ha sottolineato, in linea con precedenti pronunce¹⁹, che "la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio del pubblico concorso, di cui all'art. 97 Cost., deve essere delimitata in modo rigoroso, potendo tali deroghe essere considerate legittime solo quando siano funzionali esse stesse al buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle; con la conseguenza che va esclusa la legittimità di arbitrarie restrizioni alla partecipazione alle procedure selettive, dovendosi riconoscere al concorso pubblico un ambito di applicazione ampio, tale da non includere soltanto le ipotesi di assunzione di soggetti precedentemente estranei alle pubbliche amministrazioni, ma anche i casi di nuovo inquadramento di dipendenti già in servizio e quelli di trasformazione di rapporti non di ruolo, e non instaurati dall'origine mediante concorso, in rapporti di ruolo".

¹⁸ Cfr. Corte Costituzionale, 15 ottobre 1990, n. 453.

¹⁹ Tra le tante, si vedano le sentenze della Corte Costituzionale n. 90, n. 62, n. 51, n. 30 del 2012 e n. 299 del 2011.

Tale interpretazione corrisponde alla soluzione accolta dalla giurisprudenza di legittimità in tema di giurisdizione sulle controversie inerenti a “*procedure concorsuali*” per l’assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell’art. 63, comma 4, del Decreto legislativo n. 165 del 30 marzo 2001²⁰ secondo cui “*restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l’assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*”.

In tale contesto, infatti, il termine “*assunzione*” è interpretato in chiave “*estensiva*” e si intende come necessariamente correlato alla qualifica che il candidato tende a conseguire e non all’ingresso iniziale nella pianta organica personale. Il concetto di “*procedure concorsuali per l’assunzione*” è, quindi, interpretato come riferimento sia alle procedure preordinate alla costituzione “*ex novo*” dei rapporti di lavoro alle dipendenze della p.a., sia alle procedure di accesso del personale in servizio ad una fascia o area funzionale superiore²¹. Al riguardo si è osservato in giurisprudenza che “*rientrano nelle procedure concorsuali di assunzione attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo, non solo quelle preordinate alla costituzione "ex novo" dei rapporti di*

²⁰ Si segnala una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione la quale afferma che: “*In tema di impiego pubblico privatizzato, ai sensi dell’art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro, incluse quelle concernenti l’assunzione al lavoro ed il conferimento di incarichi dirigenziali, mentre la riserva in via residuale alla giurisdizione amministrativa, contenuta nel comma 4 del citato art. 63, concerne esclusivamente le procedure concorsuali strumentali alla costituzione del rapporto con la P.A., le quali possono essere anche interne, purché configurino "progressioni verticali novative" e non meramente economiche oppure comportanti, in base alla contrattazione collettiva applicabile, il conferimento di qualifiche più elevate, ma comprese nella stessa area, categoria o fascia di inquadramento (...)*”. Così Cassazione civile Sez. Un. 13 Marzo 2020, n. 7218.

²¹ È stato osservato, in giurisprudenza, che il lemma “*assunzione*” (contenuto nel comma 4 cit.) è stato inteso in senso estensivo, così da comprendervi, come si è detto, non solo i concorsi aperti agli esterni (essendo indifferente che vi partecipino anche lavoratori già dipendenti pubblici) ma anche quelli riservati agli interni e finalizzati a “*progressioni verticali novative*”, da identificare e distinguere da quelle meramente orizzontali sulla base delle fonti che le regolano, di volta in volta. Di contro, al termine “*concorso*” è stato attribuito un significato restrittivo, riferito alle sole procedure caratterizzate dall’emanazione di un bando, da una successiva fase di svolgimento delle prove e di confronto delle capacità, dalla valutazione comparativa dei candidati e dalla compilazione finale di una graduatoria di merito, cioè alle procedure conformi ai principi indicati nel Decreto Legislativo n. 165 del 30 marzo 2001, art. 35, comma 3. Così la già citata Corte di Cassazione, Sez. Un. 13 Marzo 2020, n. 7218.

lavoro, ma anche i procedimenti concorsuali interni, destinati a consentire l'inquadramento dei dipendenti in aree funzionali o categorie più elevate, mediante novazione oggettiva dei rapporti di lavoro” ²².

Va rilevato infine che il principio del concorso pubblico tollera eccezioni, giacché il dettato costituzionale ne ammette la derogabilità in via legislativa, ai sensi dell'art. 97, comma 3. È noto, infatti, che le deroghe al principio che impone la modalità del concorso pubblico (aperto a tutti) sono consentite soltanto quando risultino funzionali al “*buon andamento dell'amministrazione*” e giustificate da “*peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico*”.

In particolare, nella sentenza n. 149 del 29 Aprile 2010, la Corte Costituzionale ha affermato più volte che “*solo esigenze obiettive, quali la necessità di valorizzare le esperienze lavorative maturate all'interno dell'amministrazione, possono giustificare la validità di procedure di selezione diverse dal concorso pubblico, e solo a condizione che il principio del buon andamento della pubblica amministrazione sia assicurato in via alternativa con adeguati criteri selettivi idonei a garantire la professionalità dei soggetti prescelti*” ²³.

Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale, in altra sentenza particolarmente significativa sul tema, la n. 225 del 21 Giugno 2010, ha messo in rilievo, al termine di una ricognizione sui propri precedenti, quali sono gli elementi che legittimano il legislatore statale e quello regionale a discostarsi dalla regola del concorso pubblico, elaborando un insieme di criteri elastici che possono essere verificati dal giudice di legittimità costituzionale. Questo insieme di criteri prevede: “*a) che le eccezioni al principio siano, dal punto di vista numerico, rispetto alla globalità delle assunzioni da effettuare, rigorosamente contenute in percentuali limitate; b) che l'assunzione deve corrispondere "a una specifica necessità funzionale dell'amministrazione"; c) che siano previsti adeguati accorgimenti per assicurare comunque che il personale abbia la professionalità necessaria allo svolgimento dell'incarico. La mancanza di questi requisiti che consentono al legislatore statale e regionale di derogare al principio del concorso pubblico comporta l'illegittimità costituzionale della norma che prevede tali modalità di provvista del personale*” ²⁴.

²² Così T.A.R. Roma, (Lazio) sez. III, 17 Maggio 2019, n. 6180 in www.giustizia-amministrativa.it; si veda anche Corte di Cassazione, Sez. Un. 20 Dicembre 2016, n. 26270.

²³ Si veda Corte Costituzionale, sentenze n. 9 del 2010, n. 191 del 2007, n. 427 del 2007, n. 190 del 2005, n. 205 del 2004, n. 34 del 2004, n. 517 del 2002 e n. 141 del 1999.

²⁴ Cfr. anche Tribunale di Roma sez. lav., 28 Febbraio 2020, n. 2102.

In altri termini, la regola del pubblico concorso non ha carattere assoluto, potendo recedere in presenza delle esigenze connesse alle progressioni di carriera che, permettendo di salvaguardare valori di premialità, efficienza ed economicità, si risolvono nell'attuazione del principio del buon andamento della Pubblica Amministrazione.

4. – La L. n. 160 del 27 dicembre 2019 (legge di bilancio 2020) – pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 304 del 30 dicembre 2019 – ha introdotto alcune novità rispetto alle limitazioni di assunzioni con le quali si erano trovate a dover fare i conti le amministrazioni a seguito della L. 30 dicembre 2018, n. 145 (Legge di bilancio 2019).

Al riguardo, si segnala un recente pronunciamento della Corte dei Conti, intervenuta in materia mediante il parere n. 85/2019 della sezione della Sardegna evidenziando che *“nel rispetto della normativa in materia dei vincoli di spesa e di vincoli assunzionali, le Amministrazioni pubbliche possono procedere all'assunzione di personale anche ricorrendo allo scorrimento di graduatorie già esistenti e ancora efficaci”*. Si precisa, inoltre, che *“il loro utilizzo mediante scorrimento, per l'assunzione di candidati “idonei non vincitori”, ha conosciuto, nel tempo, una tendenza espansiva, almeno sino all'introduzione della legge di bilancio n. 145/2018, in vigore dal 1° gennaio 2019”*. *“La richiamata tendenza – si osserva – si è manifestata, in un primo momento, attraverso la dilatazione dell'efficacia temporale delle graduatorie, estesa da uno a tre anni (al netto di interventi una tantum volti a ulteriormente prorogare l'efficacia di talune graduatorie) e, successivamente, con l'introduzione della possibilità di utilizzare le graduatorie da parte di Amministrazione diversa da quella che aveva bandito il concorso e approvato la conseguente graduatoria”*²⁵.

²⁵ Il potere di scorrere la graduatoria formata da altra Amministrazione era stato previsto, per la prima volta, dall'art. 9, comma 1, della legge n. 3/2003, secondo cui *“a decorrere dal 2003 ... con regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400 ... sono stabiliti le modalità e i criteri con i quali le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, e gli enti pubblici non economici possono ricoprire i posti disponibili, nei limiti della propria dotazione organica, utilizzando gli idonei delle graduatorie di pubblici concorsi approvate da altre amministrazioni del medesimo comparto di contrattazione”*. In tempi più recenti, l'art. 4 del decreto-legge n. 101/2013, per come successivamente modificato e integrato, è nuovamente intervenuto in materia, prevedendo che le amministrazioni dello Stato possono autorizzare l'avvio di nuove procedure concorsuali previa verifica, tra l'altro, *“dell'assenza, nella stessa amministrazione, di idonei collocati nelle proprie graduato-*

Rileva la magistratura contabile che “*prima dell’entrata in vigore della legge n. 145/2018, la giurisprudenza si era soffermata in più occasioni sui possibili problemi connessi all’utilizzo delle graduatorie mediante loro scorrimento, sia nei casi di graduatoria “propria” che in quelli di altra amministrazione, individuando i presupposti in presenza dei quali lo scorrimento fosse legittimo e non si risolvesse in una pratica sostanzialmente elusiva del principio costituzionale del concorso pubblico e dei suoi corollari della parità dei concorrenti, predeterminazione dei posti e delle regole di attribuzione, ecc.*”²⁶.

Sino alla legge di bilancio 2019, dunque, emergeva nella legislazione una chiara preferenza per l’assunzione di personale mediante scorrimento di graduatorie, proprie o altrui, e tale facoltà di scorrimento era stata estesa anche agli Enti locali dall’art. 3, comma 5-ter del decreto-legge n. 90/2014, secondo cui i principi dell’art. 4, comma 3, del D.L. n. 101/2013 si applicano alle amministrazioni di cui al comma 5 del medesimo art. 3 ovvero alle regioni e agli enti sottoposti al patto di stabilità interno. Quest’ultima disposizione non risulta espressamente abrogata dalla legge di bilancio 2019.

In discontinuità con il passato, i commi 360-367²⁷ dell’art. 1 della predetta Legge n. 145/2018 – concernenti le modalità delle procedure concorsuali per il reclutamento del personale nelle pubbliche amministrazioni – hanno inciso nella materia “*de quo*” ammettendo l’utilizzo delle graduatorie concorsuali solo per la copertura dei posti messi a concorso²⁸

rie vigenti e approvate a partire dal 1° gennaio 2007, relative alle professionalità necessarie anche secondo un criterio di equivalenza” (art. 4, comma 3, lettera b) D.L. n. 101/2013). Quest’ultima norma è stata espressamente abrogata dall’art. 1, comma 363, della legge n. 145/2018 con decorrenza 1° gennaio 2019. Prevede inoltre l’art. 4, comma 3-ter del D.L. n. 101/2013 che “*resta ferma per i vincitori e gli idonei delle graduatorie di cui al comma 3 del presente articolo l’applicabilità dell’art. 3, comma 61, terzo periodo, della legge 24 dicembre 2003, n. 350*”, ossia la possibilità per costoro di essere assunti da altra Amministrazione, previo accordo tra questa e l’Amministrazione che ha bandito il concorso pubblico. Anche il comma 3-ter, appena richiamato, risulta espressamente abrogato, a decorrere dal 1° gennaio 2019, dall’art. 1, comma 363 della legge n. 145/2018.

²⁶ Corte dei Conti, Sez. reg. contr. Sardegna, 20.6.2019, deliberazione n. 36/2019/PAR.

²⁷ I commi in esame – afferma il comma 366, art. 1 della L. n. 145/2018 – riguardano tutte le pubbliche amministrazioni (di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, e successive modificazioni), con esclusione delle assunzioni del personale scolastico (ivi compresi i dirigenti) e del personale delle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica.

²⁸ Testualmente il comma 361 disponeva “*Fermo quanto previsto dall’art. 35, comma 5-ter del d.lgs. 3 marzo 2001, n. 165 le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale pres-*

e hanno modificato, in via transitoria, i termini di vigenza delle graduatorie medesime.

In merito, la più recente giurisprudenza contabile ha evidenziato come la legge di bilancio 2019 si ponga in “*evidente discontinuità con il percorso normativo avviato dal 2003 e connotato (...) da un regime di “favor” per l'utilizzo delle graduatorie mediante loro scorrimento, anche da parte di amministrazioni “terze” rispetto alla graduatoria*”²⁹.

In termini analoghi si è anche espressa la Corte dei Conti, Sez. reg. contr. Marche, nella deliberazione n. 41/2019 secondo cui “*la regola introdotta dal menzionato art. 1, comma 361, della legge n. 145/2018, pertanto, determina una inversione di tendenza nella utilizzabilità delle graduatorie di concorso, non consentendo più lo scorrimento da parte di altre amministrazioni, né da parte della medesima Amministrazione che intendesse utilizzare una propria graduatoria, ancora efficace, per la copertura di un posto diverso da quelli messi a concorso. Il successivo art. 1, comma 363, nell'abrogare alcune norme che prevedevano la possibilità di utilizzare le graduatorie di altre amministrazioni, si pone in coerenza con la volontà legislativa espressa nella nuova regola generale di cui al comma 361: da un lato, infatti, si crea uno stretto collegamento tra graduatoria e posto messo a concorso; dall'altro, coerentemente, vengono abrogate le norme che prevedevano l'utilizzo della graduatoria per la copertura di posti diversi da quelli messi a concorso*”³⁰.

I magistrati contabili della Sardegna, con parere n. 85/2019 hanno ricordato, pertanto, che: a) ai sensi dell'art. 1, comma 365³¹ della predetta legge n. 145/2018 gli enti possono utilizzare graduatorie proprie afferenti soltanto a bandi di concorsi pubblici pubblicati prima del 31 dicembre 2018; b) il divieto di utilizzare graduatorie di altri enti opera solo per le graduatorie relative a concorsi banditi nel 2019³².

In forza della regola introdotta dal menzionato art. 1, comma 361 della

so le Amministrazioni Pubbliche di cui all'art. 1, comma 2 del medesimo decreto legislativo, sono utilizzate esclusivamente per la copertura dei posti messi a concorso”.

²⁹ Così Corte dei Conti, Sez. reg. contr. Sardegna, n. 36/2019/PAR.

³⁰ Cfr. Corte dei Conti, Sez. reg. contr. Sardegna, deliberazione n. 36/2019/PAR; negli stessi termini, cfr. anche Corte dei Conti, Sez. reg. contr. Liguria, n. 82/2019/PAR.

³¹ Tale disposizione afferma che “*la previsione di cui al comma 361 si applica alle graduatorie delle procedure concorsuali bandite successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge*”.

³² Cfr. Corte dei Conti, Sez. reg. contr. Marche, n. 41/2019.

legge n. 145/2018 risulta acclarata, pertanto, l'inversione di tendenza nella utilizzabilità delle graduatorie di concorso, non essendo più consentito lo scorrimento da parte di altre amministrazioni, né da parte della medesima Amministrazione che intendesse utilizzare una propria graduatoria, ancora efficace, per la copertura di un posto diverso da quelli messi a concorso.

Per contro, nella legge n. 160 del 27 Dicembre 2019 (legge di bilancio 2020) si rilevano numerose novità in materia di gestione del personale e di utilizzo e validità delle graduatorie.

Una delle novità più rilevanti è contenuta nell'articolo 1, comma 148, che ha abrogato i commi da 361 a 365³³ della legge 145/2018. In particolare, riguardo al limite d'uso, viene abrogata la disposizione per cui le graduatorie dei concorsi banditi dal 1 Gennaio 2019 potevano essere utilizzate esclusivamente per la copertura dei posti messi a concorso.

La disposizione in oggetto aveva portato ad una situazione di "stallo", sentita particolarmente dagli enti locali di piccole dimensioni o meno "strutturati". Tale situazione era determinata dalla contestuale presenza di due fenomeni: la difficoltà di assunzione, dovuta alle limitazioni, e l'aumento dei pensionamenti, determinato anche da manovre come per esempio la 'Quota 100'³⁴.

L'abrogazione di tale disposizione consente quindi alle amministrazioni pubbliche di poter scorrere le proprie graduatorie e permette di utilizzare le graduatorie di altri enti, previo accordo tra le amministrazioni. È stato infatti abrogato anche il comma 363 che aveva abrogato la facoltà per gli enti locali di utilizzare le graduatorie di altri enti, ai sensi dell'articolo 3, comma 61 della legge 350/2003: una disposizione questa che aveva esteso a tutte le amministrazioni, e quindi anche agli enti locali, la possibilità di attingere a graduatorie valide di altre amministrazioni, previo accordo tra le stesse e nel rispetto dei limiti assunzionali vigenti.

³³ L'art. 365 così disponeva: "La previsione di cui al comma 361 si applica alle graduatorie delle procedure concorsuali bandite successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge".

³⁴ Il 28 Gennaio 2019 è uscito in Gazzetta Ufficiale il decreto legge 4/2019 contenente la cd. quota 100, una proposta per anticipare l'età pensionabile per i lavoratori iscritti presso l'assicurazione generale obbligatoria (AGO), le gestioni speciali dei lavoratori autonomi, la gestione separata dell'Inps ed i fondi sostitutivi ed esclusivi dell'assicurazione generale obbligatoria. Il provvedimento è entrato in vigore il 29 Gennaio 2019 ed è stato convertito definitivamente con la legge numero 26/2019.

5. – La facoltà di dar luogo al c.d. scorrimento delle graduatorie dei concorsi è espressamente prevista dall'art. 35, comma 5-ter del Decreto legislativo n. 165 del 30 marzo del 2001, che nel testo vigente *pro-tempore* all'epoca dei fatti di causa così disponeva: “*Le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione. Sono fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali. Il principio di parità di condizioni per l'accesso ai pubblici uffici è garantito, mediante specifiche disposizioni del bando, con riferimento al luogo di residenza dei concorrenti, quando tale requisito sia strumentale all'assolvimento di servizi altrimenti non attuabili o almeno non attuabili con identico risultato*”³⁵.

Ad avviso della giurisprudenza amministrativa “*Il principio per cui le graduatorie concorsuali non hanno, di norma, valore a tempo indeterminato, ma sono utilizzabili solo entro margini di tempo definiti, è dettato a tutela dell'interesse della Amministrazione ad assumere dipendenti la cui idoneità all'impiego sia stata accertata entro un intervallo di tempo ragionevolmente ristretto essendo comune esperienza che un candidato, che in origine era stato giudicato idoneo, ma non essendo stato assunto non aveva potuto dare effettiva prova delle sue capacità, né tenere vive queste ultime con l'esercizio effettivo e duraturo dell'attività, a distanza di tempo non dà più affidamento, quanto meno con uguale certezza, a notevole distanza di tempo*”³⁶.

In merito alla “*ratio*” sottesa all'utilizzo delle graduatorie concorsuali la magistratura contabile ha di recente evidenziato che quest'ultima “*(...) si fonda, da un lato sulla necessità di contenere e ridurre la spesa pubblica oltre che il costo ed i tempi per l'esperimento e la gestione delle procedure concorsuali per il reclutamento di personale e dall'altro sull'opportunità di tutelare le posizioni dei vincitori e/o idonei potenzialmente penalizzati dai reiterati “blocchi delle assunzioni” nel pubblico impiego, il tutto al fine di dare attuazione ai principi generali di buon*

³⁵ Come poc'anzi accennato, tra le recenti novità apportate dalla Legge n. 160 del 27 dicembre 2019 (legge di bilancio 2020), si segnala il comma 149 che ha modificato l'articolo 35 comma 5-ter stabilendo che le graduatorie hanno una validità ordinaria di 2 (due) anni e non più di 3 (tre), decorrenti dalla data di approvazione.

³⁶ Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, 10 Luglio 2013, n. 3707 in www.giustizia-amministrativa.it

*andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa*³⁷.

Come osservato da Consiglio di Stato, Ad. Plen. 28 luglio 2011, n. 14 la disciplina in oggetto si caratterizza per alcuni elementi di novità.

In primo luogo è definitivamente confermato che la vigenza delle graduatorie è un istituto ordinario delle procedure di reclutamento del personale pubblico, disciplinato da una fonte di rango legislativo e non più dal solo regolamento generale dei concorsi (D.P.R. n. 487/1994); in secondo luogo l'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto generale dello "scorrimento" è riferito, indistintamente, a tutte le amministrazioni, senza limitazioni di carattere soggettivo od oggettivo.

Ciò posto, nell'ambito del lavoro pubblico privatizzato, il diritto all'assunzione, come diritto a che venga costituito il rapporto di lavoro, può venire in rilievo - ed è questa l'ipotesi più controversa - quando, esaurita la procedura concorsuale, si giunga all'approvazione della graduatoria³⁸. Il riconoscimento di un tale diritto, che nella fase antecedente alla privatizzazione era stato negato dalla prevalente giurisprudenza del Consiglio di Stato³⁹, è ancora dubbio in dottrina e in giurisprudenza.

Ebbene, per la giurisprudenza amministrativa maggioritaria, la posizione soggettiva del vincitore di concorso pubblico non è ritenuta un diritto soggettivo "perfetto", in quanto soggetta alla permanenza delle condizioni soggettive e oggettive sussistenti al momento dell'emanazione del bando. In sostanza, ad avviso della giurisprudenza amministrativa, riguardo alla natura giuridica della situazione soggettiva coinvolta, il vincitore di un concorso pubblico "vanta non un diritto soggettivo "perfetto", bensì un interesse legittimo all'assunzione, in considerazione del rilievo secondo cui l'assunzione è rimessa a puntuali atti formali degli organi competenti ed è espressione della potestà organizzatoria della pubblica amministrazione datrice di lavoro. Sicché, ben può la

³⁷ Corte di Conti, Sez. reg. contr. Veneto, deliberazione n. 290/2019/PAR.

³⁸ Si segnala sul tema il recente pronunciamento del Consiglio di Stato sez. V, 01 febbraio 2021, n. 908, in www.giustizia-amministrativa.it secondo cui "la procedura concorsuale è disciplinata dal diritto pubblico con conseguente posizione di interesse legittimo in capo ai partecipanti, ma, una volta che la stessa si sia esaurita, deve, invece, riconoscersi il grado di protezione del diritto soggettivo all'interesse del vincitore a stipulare il contratto individuale di lavoro, correlato all'obbligo dell'amministrazione di prestare il proprio consenso".

³⁹ Con riferimento al vincitore di concorso per la copertura di un posto si veda Consiglio di Stato 9 marzo 1995, n. 315; Consiglio di Stato, 1995, I, 349 e Consiglio di Stato 23 aprile 1998, n. 478; Consiglio di Stato, 1998, I, 617.

p.a., laddove sopravvengano, nelle more del completamento del procedimento amministrativo concorsuale, circostanze preclusive di natura normativa, organizzativa o anche solo finanziaria, paralizzare o, se del caso, annullare la procedura stessa, salvo l'ovvio controllo sulla congruità e la correttezza delle scelte in concreto operate”⁴⁰.

Pertanto, l'assunzione del vincitore di un concorso pubblico, in quanto manifestazione della potestà organizzativa dell'Amministrazione datrice di lavoro, non costituisce di per sé un obbligo giacché, se nelle more del completamento del procedimento amministrativo concorsuale sopravvengano circostanze preclusive di natura normativa (per esempio, un blocco generalizzato delle assunzioni), organizzativa (per esempio, riordino delle dotazioni organiche) o anche solo finanziaria (per esempio, difetto di copertura), la p.a. può paralizzare o, se del caso, anche annullare la procedura stessa.

Al contrario, la giurisprudenza ordinaria, consolidatasi in seguito alla devoluzione alla giurisdizione del giudice ordinario del contenzioso riguardante la fase successiva all'approvazione della graduatoria concorsuale, ritiene che il vincitore del concorso vanti un vero e proprio “*diritto soggettivo*” all'assunzione. In particolare, la Corte di Cassazione, con sentenza del 14 giugno 2012, n. 9807, ha chiarito che “*In tema di pubblico impiego privatizzato, l'atto di approvazione della graduatoria, costituisce, ad un tempo, il provvedimento terminale del procedimento concorsuale e l'atto negoziale di individuazione del futuro contraente, dal quale discende il diritto all'assunzione del partecipante utilmente collocato in graduatoria e il correlato obbligo della amministrazione, assoggettato al regime dell'inadempimento contrattuale di cui all'art. 1218 c.c. Ne consegue che, in caso di mancata assunzione, va riconosciuto al vincitore del concorso il diritto al risarcimento del danno, salvo che l'ente pubblico dimostri che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, escludendo che tale onere possa ritenersi assolto con la mera deduzione di difficoltà finanziarie*”.

Da ultimo, si segnala un intervento dei Giudici di legittimità, i quali, sulla scia dell'orientamento testé esaminato, hanno sostenuto che con l'approvazione della graduatoria si esaurisce l'ambito riservato al procedimento am-

⁴⁰ Così Consiglio di Stato sez. V, 01 febbraio 2021 n. 908 in www.giustizia-amministrativa.it; si veda anche Consiglio di Stato, sez. V, 18 dicembre 2003, n. 8337, *ibidem*; Consiglio di Stato, sez. V, 19 marzo 2001, n. 1632, *ibidem*; T.A.R. Valle d'Aosta, 12 dicembre 2001, n. 190, *ibidem*.

ministrativo, subentrando una fase in cui i comportamenti dell'amministrazione vanno ricondotti in ambito privatistico, espressione del potere negoziale della stessa nella veste di datrice di lavoro, pertanto "il soggetto individuato all'esito del procedimento di selezione, versa nella condizione propria di 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 come fonte, per l'interessato, del suo diritto alla stipulazione"⁴¹.

Essendo la posizione giuridica del vincitore qualificabile quale vero e proprio diritto soggettivo, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia per l'accertamento del diritto alla costituzione del rapporto di lavoro promossa da un candidato utilmente collocato nella graduatoria finale, ritualmente approvata, di un concorso per l'assunzione di personale in un ente pubblico⁴².

L'opinione generalmente condivisibile è che il lavoratore pubblico, in quanto selezionato per concorso, dal momento dell'approvazione della graduatoria abbia il vantaggio di godere di un vero e proprio diritto soggettivo al posto di lavoro che, per mezzo del bando, la pubblica amministrazione ha definitivamente dichiarato disponibile⁴³. La fonte di tale diritto è individuata talora nella figura del contratto preliminare, che verrebbe a costituirsi all'atto di approvazione della graduatoria⁴⁴, talaltra nella fattispecie di un'offerta al pubblico⁴⁵ emergente al momento della emanazione del bando. Problematica risulta invece la questione della configurabilità di un diritto all'assunzione del sogget-

⁴¹ Si veda Corte di Cassazione, Sez. Un. 11 Gennaio 2007, n. 307.

⁴² Così Corte di Cassazione, Sez. Un. 16 Aprile 2007, n. 8951.

⁴³ In dottrina, D. IARIA, *L'ambito oggettivo della giurisdizione del giudice del lavoro e del giudice amministrativo dopo i decreti legislativi n. 80 e n. 387 del 1998*, in *L.P.A.*, 1999, I, p. 288; M. RUSCIANO, *Pubblico impiego e giudice ordinario: la costituzione «iussu iudicis» del rapporto di lavoro*, nota a ord. Trib. Napoli 24 marzo 1999, in *DML*, 2000, 1, p. 131; M. NAVILLI, *Graduatorie concorsuali nel pubblico impiego: giurisdizione, diritto degli idonei allo scorrimento e derogabilità della contrattazione collettiva*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, 3-4, p. 686. In giurisprudenza v. Trib. Napoli 10 febbraio 2001, in *Orient. Giur. Lav.*, 2001, p. 203.

⁴⁴ Si veda Tribunale di Taranto 11 luglio 2002, ord., con nota di D. CASALE, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, 5, p. 778.

⁴⁵ Cf. Tribunale di Grosseto 14 novembre 2000, n. 451, in www.altalex.com; Corte di Cassazione, Sez. Un. 12 marzo 2003, n. 3658, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 511.

to idoneo inserito nella graduatoria finale ancora efficace ⁴⁶.

L'ipotesi può determinarsi a seguito di rinuncia o decadenza del vincitore o per ulteriori posti resisi successivamente disponibili che potrebbero dar luogo allo scorrimento della graduatoria ancora valida o indurre l'amministrazione a bandire un nuovo concorso, con evidenti ripercussioni sull'individuazione del giudice competente.

Per l'orientamento che è emerso come prevalente, il candidato ritenuto idoneo è titolare di una posizione soggettiva di "mera aspettativa", e non di diritto soggettivo, cui corrisponde la facoltà dell'amministrazione di valutare discrezionalmente se provvedere alla copertura dei posti vacanti mediante l'utilizzo di una graduatoria ancora vigente o attraverso l'espletamento di un nuovo concorso ⁴⁷. In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato affermando che "al riguardo deve rilevarsi che la giurisprudenza, in modo pressoché unanime, è dell'avviso che la posizione vantata dal soggetto risultato idoneo in graduatoria, a seguito dell'espletamento di un pubblico concorso, non ha natura e consistenza di un diritto soggettivo, ma di "mera aspettativa" allo scorrimento della relativa graduatoria essendo il c.d. scorrimento della graduatoria una facoltà eccezionale (e non un obbligo dell'amministrazione) e perciò espressione del suo ampio potere discrezionale" ⁴⁸.

Una presa di posizione esplicita a favore della qualificazione della posizione dell'idoneo non vincitore in termini di "interesse legittimo" è stata espressa invece dalla pronuncia della Suprema Corte di Cassazione, Sez. Un. n. 2676 del 4 febbraio 2011 ⁴⁹. D'altro canto, in generale, l'obbligo di assunzione de-

⁴⁶ Cfr.: R. DI PACE, *Graduatorie concorsuali ed idonei*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 49; G. VIRGA, *L'utilizzazione delle graduatorie di concorso tra facoltà ed obbligo*, in *Lexitalia.it*, n. 3/2008.

⁴⁷ Si veda Consiglio di Stato, 10 gennaio 2007, n. 53, sez. V, in *Foro amm. CDS*, 2007, 2, p. 557, con nota di S. MONZANI, *La ultrattività della graduatoria non comporta in capo alla pubblica amministrazione un obbligo di assunzione per «scorrimento»*.

⁴⁸ Così Consiglio di Stato, sez. IV 12 Settembre 2006, n. 5320 in www.giustizia-amministrativa.it

⁴⁹ In particolare – al punto 5 della prefata decisione – si afferma che "la pretesa allo "scorrimento" della graduatoria, cioè la pretesa, correlata a previsioni normative o del bando di concorso, dei partecipanti al concorso risultati non vincitori ma idonei, alla stipulazione del contratto di lavoro in base ad eventi successivi all'approvazione della graduatoria, quali la copertura entro un certo periodo di tempo di posti nel frattempo resisi disponibili, dà luogo ad una controversia conosciuta dal giudice ordinario in quanto relativa al diritto all'assunzione (cfr., ex pluri-

gli idonei sorge unicamente quando l'amministrazione – nella sua discrezionalità – si determini all'assunzione di personale della medesima qualifica e categoria professionale. Pertanto, la giurisprudenza ha affermato che non sussiste un diritto soggettivo pieno alla assunzione degli idonei mediante scorrimento che sorgerebbe per il solo fatto della vacanza e della disponibilità di posti in organico, dovendo comunque la amministrazione assumere la decisione organizzativa di procedere al reclutamento di personale, correlata a eventuali limiti normativi alle assunzioni, alla disponibilità di bilancio, alle scelte programmatiche compiute dagli organi di indirizzo e ad ulteriori altri elementi di fatto e di diritto rilevanti⁵⁰.

6. – In seguito al processo di privatizzazione del rapporto alle dipendenze della p.a., gli atti posti in essere dalla pubblica amministrazione datrice di lavoro non si configurano più tutti come atti amministrativi propriamente detti, ma solo quelli di macro – organizzazione. Infatti, prima della contrattualizzazione, tutti gli atti emessi dalla pubblica amministrazione erano dei

mis, Cass., sez. un., n. 8736/2008, 12967/2010)". Si rileva, inoltre, che "in alcune pronunce si è ritenuto che la pretesa in questione sia qualificabile come di diritto soggettivo anche nel caso in cui la determinazione dell'amministrazione datrice di lavoro di coprire gli ulteriori posti si evinca dalla indizione di una selezione concorsuale finalizzata a tale copertura, (cfr. Cass., sez. un., n. 5397/2007 e 26113/2007)". Tuttavia, precisano le Sezioni Unite: "si è affermato il diverso orientamento che, senza prendere posizione circa la legittimità (o le condizioni di legittimità) del ricorso ad una nuova procedura concorsuale in presenza di una graduatoria per legge ancora efficace ai fini della copertura di ulteriori posti, ha ritenuto che di fronte a un provvedimento di apertura della nuova procedura concorsuale, la pretesa del lavoratore aspirante all'assunzione si risolve necessariamente nella contestazione della legittimità di tale provvedimento amministrativo ed ha quindi la consistenza di un interesse legittimo (Cass., sez. un., n. 20107/2005, 16527/2008, 16906/2006, 3055/2009)".

⁵⁰) Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 09 aprile 2015, n. 1796 in www.giustizia-amministrativa.it il cui principio di diritto recita: "in presenza di una graduatoria concorsuale ancora efficace, la regola generale da seguire per la copertura dei posti vacanti è quella dello scorrimento della medesima, in preferenza dell'indizione di un nuovo concorso. Infatti, la disciplina positiva, pur non spingendosi fino ad assegnare agli idonei un vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione mediante scorrimento della graduatoria, con correlativo obbligo cogente per l'ente, impone all'amministrazione, che abbia a determinarsi diversamente, un rigoroso obbligo di motivazione della propria scelta derogatoria. Questo obbligo non recede ma è solo ridimensionato e attenuato in presenza di particolari ragioni di opportunità che militino per una scelta organizzativa diversa dallo scorrimento, come l'esigenza di stabilizzare personale precario o il sopraggiungere di una modifica sostanziale della disciplina applicabile alla procedura concorsuale".

veri e propri provvedimenti amministrativi laddove, ora, lo sono solo quelli cc.dd. di “macro – organizzazione” con cui, ai sensi dell’art. 2 del d.lgs. n. 165/2001, “*le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive*”.

Gli atti di organizzazione minore degli uffici e di gestione diretta del rapporto di lavoro sono, invece, riconducibili alla categoria degli atti di diritto privato. Questi atti, definiti di “micro-organizzazione” e di gestione, trovano la loro fonte nell’art. 5 del d.lgs. n. 165/2001, secondo cui “*nell’ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all’art. 2, comma 1, le determinazioni per l’organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro*”.

È noto che, secondo un primo consolidato orientamento giurisprudenziale⁵¹, “*ai fini del riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di pubblico impiego, si distingue tra atti c.d. di "macro - organizzazione", che riguardano linee fondamentali di organizzazione degli uffici, assoggettati come tali a principi e regole pubblicistiche, e atti di "micro - organizzazione", conseguenziali alla configurazione degli uffici pubblici, con i quali si dispone l’organizzazione delle singole unità e si regola la disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A., regolati dalla disciplina privatistica*”⁵².

In forza di questa interpretazione, dunque, appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie concernenti i primi, nei cui confronti sono astrattamente configurabili posizioni di interesse legittimo, mentre i secondi, direttamente ed unicamente incidenti sulla concreta gestione del rapporto di lavoro, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario⁵³.

Ciò perché, precisa la giurisprudenza amministrativa, “*la c.d. "configurazione strutturale" degli uffici - intesa quale indicazione delle linee fondamentali dell’organizzazione, individuazione degli uffici di maggiore rilevanza, precisazio-*

⁵¹ Cfr. *ex multis*, Cons. St., Sez. V, 28 novembre 2013, n. 5684 in www.giustizia-amministrativa.it; Sez. V, 16 gennaio 2012, n. 138, *ibidem*; Sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6705, *ibidem*.

⁵² Cfr. di recente T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 04 marzo 2019, n.2773 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵³ Cfr., *ex multis*, Cassazione Civ., SS.UU, 27 Febbraio 2017, n. 4881.

*ne dei modi di conferimento della titolarità dei medesimi e determinazione delle piante organiche - è funzione alla quale l'amministrazione provvede mediante atti organizzativi generali, eventualmente anche di natura normativa, espressione di attività autoritativa, i quali, rispetto agli atti di mera organizzazione e gestione dei singoli rapporti di lavoro, assumono il ruolo di "atti funzionali presupposti", estranei alla capacità di diritto privato delle pubbliche amministrazioni..."*⁵⁴.

In base ad un secondo – parimenti consolidato – indirizzo⁵⁵, in materia di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a procedure concorsuali nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, è necessario diversificare le varie fattispecie, e invero:

a) 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";

b) 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, ai sensi dell'art. 63, 4° comma, D.lgs. n. 165 del 2001.

In definitiva, allorquando la controversia ha per oggetto il controllo giudiziale sulla legittimità della scelta discrezionale operata dall'amministrazione, la situazione giuridica dedotta in giudizio appartiene alla categoria degli interessi legittimi, la cui tutela è demandata al giudice deputato al controllo del potere amministrativo ai sensi dell'art. 103 della Costituzione.

Nel caso di specie, come si legge nella pronuncia in commento al punto 4, "*la domanda proposta dai dipendenti ricorrenti, - da individuarsi alla luce del petitum sostanziale, ossia della l'intrinseca consistenza della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed individuata con riguardo alla sostanziale protezione accordata a quest'ultima dal diritto positivo (Cass. Sez. Un. 22/10/2018, n. 26596; Cass. Sez. Un. 23/9/2013, n. 21677; Cass. Sez. Un.*

⁵⁴ Cfr. T.A.R. Roma, (Lazio) sez. I, 4 marzo 2019, n. 2773 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁵ Cfr. fra le altre, Cass. civ., sez. un., 6 maggio 2013, n. 10404; 12 novembre 2012, n. 19595; 28 maggio 2012, n. 8410; 13 giugno 2011, n. 12895; 9 febbraio 2009, n. 3055.

25/6/2010, n. 15323) -, non ha ad oggetto il diritto all'assunzione, sul presupposto che l'amministrazione li abbia illegittimamente esclusi attraverso un erroneo o illegittimo uso della graduatoria, ma l'asserita illegittimità della decisione dell'amministrazione di coprire solo in parte i posti vacanti in organico, pur in presenza di scoperture maggiori: la contestazione investe all'evidenza l'esercizio di un potere discrezionale dell'amministrazione che si pone a monte rispetto alla scelta di utilizzare la graduatoria e rispetto alla quale il privato, pur dichiarato idoneo e inserito nella graduatoria, vanta una situazione di mero interesse legittimo": ne consegue, da quanto detto, che la pronuncia delle Sezioni Unite in commento si colloca sulla scia dell'orientamento consolidato in "subiecta" materia.

7. – La sentenza in rassegna si colloca, ad avviso di chi scrive, sulla scia della giurisprudenza consolidata⁵⁶, per la quale 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"; mentre ove, come nella specie, la pretesa al riconoscimento del suddetto diritto sia "conseguenziale alla negazione degli effetti di un provvedimento amministrativo che disponga di non coprire più (o di coprire diversamente, come nel caso di indizione di un nuovo concorso) i posti resisi vacanti, anziché avvalersi dello scorrimento della graduatoria del concorso anteriormente espletato", la contestazione investe l'esercizio del potere autoritativo dell'Amministrazione, a cui corrisponde una situazione di interesse legittimo.

Al riguardo il Consiglio di Stato ha proprio di recente ribadito che "tutte le questioni relative al mero scorrimento delle graduatorie, coinvolgendo il diritto soggettivo all'assunzione, appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, mentre le questioni in cui si controverte in ordine alla legittimità dell'esercizio del potere pubblico inerente alla decisione se indire un concorso o utilizzare

⁵⁶ Si veda Consiglio di Stato, Sez. III, 3 luglio 2018 n. 4078 in www.giustizia-amministrativa.it ai sensi del quale "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"; mentre ove la pretesa al riconoscimento del suddetto diritto sia conseguenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di una nuova procedura concorsuale, la contestazione investe l'esercizio del potere dell'amministrazione, a cui corrisponde una situazione di interesse legittimo".

*una determinata graduatoria appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo*⁵⁷. Nella specie, come rileva la sentenza in rassegna, l'amministrazione resistente deliberava di far scorrere le graduatorie vigenti in misura inferiore rispetto alle disponibilità di posti vacanti non consentendo l'assunzione dei ricorrenti. La contestazione investe, pertanto, l'esercizio di un potere autoritativo della Amministrazione, al quale corrisponde una situazione di interesse legittimo del singolo candidato idoneo, la cui tutela spetta al giudice amministrativo, ai sensi del Decreto Legislativo n. 165 del 2001, art. 63, comma 4⁵⁸.

Nella pronuncia in oggetto – al punto 5 – si legge, infatti, che “*diversamente da quanto ritiene il Tribunale amministrativo, i ricorrenti non fanno valere un diritto all'assunzione (D. Lgs. n. 165 del 2001, ex art. 63, comma 2, in relazione al comma 1 cit. art.), bensì un diritto allo scorrimento della graduatoria in una misura diversa e superiore rispetto a quella ritenuta dalla pubblica amministrazione, con ciò pretendendo di interferire in una scelta discrezionale della Provincia di non coprire tutti posti vacanti in organico*”.

Dall'indagine fin qui svolta, emerge con sufficiente evidenza la difficoltà di superare l'opinione, che appare ancora oggi consolidata in giurisprudenza, secondo cui allorquando la controversia – come nella fattispecie in esame – abbia ad oggetto il controllo giudiziale sulla legittimità della scelta discrezionale operata dalla amministrazione la situazione giuridica dedotta in giudizio

⁵⁷ Si veda Consiglio di Stato, Sez. II, 27 Gennaio 2021, n. 824 in www.giustizia-amministrativa.it. Nella pronuncia in rassegna si legge che “*costituisce, infatti, jus receptum (cfr. Cass. 20 ottobre 2017, n. 24878, e Cass. SS. UU., 29 dicembre 2016, n. 27460) che i candidati, utilmente collocati in una graduatoria finale di un concorso pubblico ancora efficace possono ricorrere alla giurisdizione del giudice ordinario nel caso in cui vantino un diritto perfetto all'assunzione, 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. Diversamente, se la pretesa al riconoscimento del suddetto diritto è consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di un nuovo concorso, la contestazione investe l'esercizio di un potere autoritativo dell'Amministrazione, al quale corrisponde una situazione di interesse legittimo del singolo candidato idoneo, la cui tutela spetta al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 63, comma 4, del D.Lgs. n. 165 del 2001 (cfr., ex multis, Cass., SS.UU., 28 maggio 2013, n. 13177, 6 maggio 2013, n. 10404 e 31 ottobre 2012, n. 18697)*”.

⁵⁸ Ai sensi dell'art. 63, comma quarto del Decreto legislativo n. 165 del 30 marzo 2001 “*restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi*”.

appartiene alla categoria degli interessi legittimi, la cui tutela è demandata al giudice cui spetta il controllo delle modalità di esercizio del potere amministrativo ai sensi dell'art. 103 Cost.⁵⁹.

⁵⁹ Ai sensi della disposizione costituzionale sopra citata “*il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi*”.

Abstract

Il presente contributo si propone di analizzare la tematica relativa allo scorrimento di graduatoria concorsuale avuto particolare riguardo ai problemi di giurisdizione che si pongono in tale materia. Dopo aver ripercorso la vicenda fattuale, l'autore si sofferma in primo luogo sulla portata e sui limiti di derogabilità del principio del concorso pubblico alla luce della giurisprudenza costituzionale. Segue una breve analisi delle novità apportate in materia di scorrimento di graduatoria dalla legge di bilancio 2020 (n. 160 del 27 Dicembre 2019). Per meglio comprendere la soluzione abbracciata dalle Sezioni Unite con la sentenza in commento, l'analisi – tenendo presenti i contributi giurisprudenziali in materia – si concentra sul problema concernente la configurabilità o meno di un “diritto all'assunzione” in capo al soggetto idoneo non vincitore in una precedente procedura concorsuale. Si affronta quindi il tema della distinzione tra atti di macro-organizzazione e atti di micro-organizzazione rilevante ai fini dell'individuazione del giudice competente. Seguono considerazioni finali alla luce della più recente giurisprudenza in materia.

This paper aims to analyze the issue relating to the scrolling of the ranking lists which particular regard to the problems of jurisdiction that arise in this matter. After reviewing the factual story, the author focuses first on the importance and limits of derogation of the principle of public competition in the light of constitutional jurisprudence. Below is a brief analysis of the changes made in the matter of scrolling rankings by the 2020 Budget Law (n.160 of 27 December 2019). To better understand the solution embraced by the United Sections with the sentence in question, the analysis - focusing the jurisprudential contributions on the subject – explores the problem if a “right to be hired” can or cannot be invoked by the eligible non-winner in a previous insolvency procedure. We then proceed to analyze the distinction between acts of macro-organization and acts of micro-organization relevant for the purpose of identifying the competent judge. Final considerations follow in the light of the most recent case law on the subject.