

Ordinanza Corte di Cassazione 29 settembre 2003, n. 14529

RITENUTO IN FATTO

Con Pdg 25 luglio 1997 era bandito un concorso ad otto posti di collaboratore di cancelleria, settima qualifica funzionale del personale dell'Amministrazione giudiziaria, disponibili negli uffici del distretto della Corte d'appello di Genova.

Con Pdg 28 novembre 1999, conclusa la procedura selettiva, era approvata la graduatoria finale ? che vedeva collocate rispettivamente al ventesimo ed al ventunesimo posto le signore R.L. e M.S. ? ed erano dichiarati vincitori i candidati collocatisi ai primi sei posti, nonché quelli collocatisi al tredicesimo ed al quattordicesimo posto, beneficiari della quota di riserva del trenta per cento dei posti messi a concorso, attribuita dall'articolo 2 del bando al personale dell'Amministrazione suddetta inquadrato da almeno cinque anni nella sesta qualifica funzionale ed in possesso del diploma di istruzione secondaria di secondo grado.

Successivamente, in forza di Dpr 30 agosto 2000 (che autorizzava l'Amministrazione ad assumere personale risultato idoneo in concorsi già espletati), era deliberata, con Pdg 28 novembre 2000, l'assunzione di altri undici candidati risultati idonei nel concorso di cui sopra, secondo l'ordine della graduatoria generale di merito.

Erano, così, assunti i candidati collocatisi ai posti dal settimo al dodicesimo e dal quattordicesimo al diciannovesimo compresi.

Le candidate L. e S., sostenendo che, anche ai fini di queste ulteriori assunzioni, dovesse essere rispettata la descritta riserva, garantita dal bando di concorso, la cui osservanza avrebbe comportato l'attribuzione, in loro favore, di due degli undici posti disponibili, agivano ex articolo 700 Cpc, per ottenere in via cautelare ed urgente, la tutela della loro pretesa.

L'adito Tribunale di Genova dichiarava, tuttavia, l'inammissibilità dell'istanza, ritenendosi privo di giurisdizione.

Con ricorso del 3 agosto 2001, le interessate introducevano il giudizio di merito, nel quale si costituiva il ministero della Giustizia, sollevando, fra l'altro, l'eccezione di difetto della giurisdizione ordinaria.

Le ricorrenti proponevano, allora, istanza di regolamento preventivo, sostenendo, e poi illustrando con memoria, che la controversia ha ad oggetto non la procedura concorsuale, bensì il loro diritto all'inquadramento nella settima qualifica funzionale, per effetto dell'operatività della riserva anche in sede di assunzioni per scorrimento della graduatoria, al fine della copertura di posti superiori, per numero, a quelli originariamente messi a concorso.

Resiste con controricorso l'Amministrazione intimata, sul rilievo che la controversia attiene ad una procedura concorsuale e, pertanto, è devoluta alla cognizione del giudice

amministrativo, ancorché in tema di rapporti di impiego soggetti al regime contrattuale e privatistico.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Le conclusioni del Pg, in ordine alla necessità di integrazione del contraddittorio nei confronti dei controinteressati ai quali era stato notificato il ricorso per provvedimento urgente, non possono essere condivise.

Il procedimento cautelare è stato proposto ante causam e si è concluso con declaratoria di inammissibilità del ricorso, per difetto di giurisdizione, resa con ordinanza del 10 febbraio 2001.

Successivamente, con ricorso in data 3 agosto 2001, è stato introdotto il giudizio di merito con riferimento al quale è stata proposta l'istanza di regolamento, che, del resto, sarebbe stata inammissibile, ove formulata nella suddetta sede cautelare (Cassazione, Sezioni unite, 3878/02; Id., 125/00; Id., 12705/98 ecc.).

Il testé menzionato ricorso è stato proposto esclusivamente nei confronti del Ministero della Giustizia, che, poi, avendo ricevuto rituale notificazione dell'istanza di regolamento, si è costituito con controricorso nel susseguente procedimento davanti a questa Corte, il quale, pertanto, si svolge esattamente fra le medesime parti del giudizio di merito, in piena osservanza del principio per cui la statuizione sull'istanza suddetta non può essere resa in assenza di soggetti che nella causa pendente davanti al giudice a quo abbiano già assunto, anche in senso formale, la qualità di parti (Cassazione, Sezioni unite, 1945/02; Id., 558/00; Id., 113/99; Id., 113/99 ecc.), restando, peraltro, affidata all'esclusiva competenza del giudice del merito ogni indagine in ordine alla integrità del contraddittorio relativamente a detta causa (Cassazione, Sezioni unite, 1012/93).

Va, poi, notato che vengono in rilievo rapporti di impiego pubblico soggetti alla regola del contratto, i quali ratione temporis, soggiacciono al regime della giurisdizione desumibile dal decreto legge 165/01: invero, sebbene il concorso che ha dato inizio alla vicenda controversa sia stato bandito con provvedimento del 1997, ciò che rileva quale momento di collegamento coi detto regime, ai sensi e per gli effetti di cui alla disposizione transitoria dettata dall'articolo 69, comma settimo, dello stesso decreto legislativo, è il provvedimento dirigenziale che fa luogo allo scorrimento senza prevedere la persistente osservanza della quota di riserva e che è stato emesso nell'anno 2000, ossia in epoca di gran lunga posteriore alla data del 30 giugno 1998, indicata in tale disposizione come termine ultimo per la conservazione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche di rapporti di impiego privatizzati.

Si pone, quindi, la questione se, rispetto alla giurisdizione ordinaria, ormai operante sulle controversie aventi ad oggetto rapporti della suddetta natura, sussistano, nel caso di specie, i tratti propri dell'eccezione prevista dall'articolo 63, comma quarto, del decreto legislativo 165/01, che conserva alla giurisdizione amministrativa le controversie relative alle procedure concorsuali per la costituzione di tali rapporti.

La Corte osserva, a tal fine, che la domanda proposta dalle ricorrenti nel giudizio di merito, dalla quale deve determinarsi, ai sensi dell'articolo 386 Cpc, la giurisdizione, si fonda sul seguente assunto: avendo l'Amministrazione deliberato di utilizzare, al fine di copertura di posti vacanti, ulteriori rispetto a quelli originariamente stabiliti, la graduatoria approvata a conclusione del concorso per l'assegnazione di questi ultimi, era obbligata a tenere conto, anche in occasione di questo reclutamento aggiuntivo, della quota di riserva (30%) che il bando di tale concorso garantiva (articolo 2) in favore del personale già dipendente dall'Amministrazione stessa, inquadrato da almeno cinque anni nella sesta qualifica funzionale ed in possesso del diploma di istruzione secondaria di secondo grado.

Orbene, la controversia intorno a questa pretesa non può considerarsi attinente alla procedura concorsuale per l'assunzione e devoluta, per l'oggetto, alla giurisdizione amministrativa, in forza di quanto disposto dall'articolo 63, comma 4, del decreto legislativo 165/01.

Simili procedure iniziano con il bando, atto amministrativo generale che esprime, o anche soltanto attua, la decisione di coprire un certo numero di posti e detta la cosiddetta *lex specialis* del concorso; proseguono con le domande di partecipazione e l'espletamento delle procedure tecniche di selezione (generalmente ad opera di una commissione, organo straordinario dell'amministrazione) e si concludono con l'approvazione della graduatoria, che individua i soggetti da assumere.

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

Invero, come queste Sezioni unite hanno riconosciuto con giurisprudenza pacifica (cfr, da ultimo, Cassazione, Sezioni unite 2514/02; 2954/02; 6041/02; 9332/02), esaurita la procedura concorsuale, si è ormai sul terreno degli atti di gestione e della capacità di diritto privato dell'Amministrazione pubblica, sensi dell'articolo 36, comma 2, decreto legislativo 165/01, sicché il soggetto individuato all'esito del procedimento amministrativo di selezione, ad evidenza pubblica, versa nella condizione propria dell'aggiudicatario di qualsiasi altro contratto, svolgendosi ormai il suo rapporto con la controparte in modo paritario e ponendosi la decisione di quest'ultima di coprire un certo numero di posti e di assumere i vincitori del concorso come fonte, per l'interessato, del suo diritto alla stipulazione.

La situazione non muta nei casi in cui, assunti i vincitori nel numero corrispondente ai posti originariamente messi a concorso, l'Amministrazione delibera ulteriori assunzioni utilizzando la possibilità del cosiddetto scorrimento.

Certamente l'utilizzazione delle graduatorie anche oltre i termini e le modalità prefissate nella singola procedura concorsuale, risponde a finalità ed esigenze che non sono correlate all'interesse del singolo (l'idoneo) alla copertura effettiva del posto, ma che

rispondono all'interesse pubblico di procedere ad assunzioni, in relazione a vacanze sopravvenute di posti in organico che l'amministrazione decida di coprire, avvalendosi della graduatoria di un precedente concorso, piuttosto che procedere all'avvio di un nuovo (costoso e lungo) procedimento concorsuale: le numerose disposizioni normative che hanno sancito la conservazione dell'efficacia delle graduatorie di concorso per un certo tempo, a decorrere dalla data di pubblicazione della stessa (cfr. l'articolo 3, comma 22, legge 537/93, recante il termine di 18 mesi, e l'articolo 6, comma 21, legge 127/97 che, derogando limitatamente agli enti locali al limite di 18 mesi previsto nella legge del 1993, ha esteso a tre anni dalla data di pubblicazione l'efficacia delle graduatorie «per l'eventuale copertura dei posti che si venissero a rendere successivamente vacanti e disponibili»), sono preordinate, in attuazione dei principi di economicità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa (articolo 97 Costituzione articolo 1 legge 241/90) ad offrire uno strumento che consenta di individuare immediatamente il soggetto da assumere, rispettando nel contempo la regola inderogabile della scelta del personale mediante concorso.

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

Pertanto, il candidato, il quale, in presenza di utilizzazione del sistema dello scorrimento, vantando una determinata posizione nella graduatoria già approvata ed il possesso di requisiti stabiliti dal bando di concorso per fruire di una riserva di posti, pretenda di essere incluso nel novero degli ulteriori chiamati alla stipulazione del contratto di lavoro, fa valere il proprio diritto all'assunzione e non pone in discussione le procedure concorsuali, con la conseguenza che la domanda giudiziale a tal fine proposta è devoluta ? trattandosi di rapporto di impiego assoggettato al regime contrattuale - alla giurisdizione del giudice ordinario, ai sensi dell'articolo 63, primo comma del decreto legislativo 165/01, restando, poi, questione di merito e non di giurisdizione quella concernente l'operatività anche nella procedura di scorrimento dell'intera disciplina dell'originario bando, ivi compresa quella concernente eventuali riserve di posti.

In conclusione, la Corte deve provvedere alla declaratoria della giurisdizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria.

La novità delle questioni induce alla compensazione per intero delle spese e degli onorari del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte, a Sezioni unite dichiara la giurisdizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria e compensa le spese del giudizio di regolamento.

Così deciso alla c.c. del 3 luglio 2003

Depositata in cancelleria il 29 settembre 2003.