

DIRITTO ALLO SCORRIMENTO E NUOVI CONCORSI: IL PUNTO DELLA GIURISPRUDENZA

di Giuseppe ABBRACCIAMENTO

Sommario: 1. La questione. 2. L'Adunanza Plenaria n. 14/2011. 3. La giurisprudenza successiva. 4. Cassazione, SS.UU. n. 19595/2012. 5. Prospettive *de iure condendo*.

1. La questione

Questione assai delicata e particolarmente ricorrente nelle aule dei tribunali amministrativi e civili di tutta Italia, il fenomeno noto come "scorrimento della graduatoria" - e conseguente diritto all'assunzione - è stato spesso oggetto delle attenzioni della dottrina e della giurisprudenza, con l'effetto di offrire all'interprete un quadro di riferimento per molti versi incerto e frastagliato.

In tema, la recente sentenza resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la n. 19595 del 12 novembre 2012, si propone all'attenzione come ultimo anello di una lunga catena di pronunce giurisprudenziali che, a partire dall'Adunanza Plenaria n. 14/2011 del Consiglio di Stato, hanno letteralmente ribaltato i termini della questione riuscendo opportunamente a fissare dei punti fermi in grado di arrestare le oscillazioni giurisprudenziali verificatesi sul punto in passato.

2. L'Adunanza Plenaria n. 14/2011

Infatti, in applicazione dell'art. 99, co. 5, del codice del processo amministrativo, il massimo consesso di giustizia amministrativa espresse, con la sentenza del luglio 2011, il seguente principio di diritto: "*In presenza di graduatorie concorsuali valide ed efficaci, l'amministrazione, se stabilisce di provvedere alla copertura dei posti vacanti, deve motivare la determinazione riguardante le modalità di reclutamento del personale, anche qualora scelga l'indizione di un nuovo concorso, in luogo dello scorrimento delle graduatorie vigenti*".

In sostanza, l'Adunanza Plenaria, chiarì che, ferma la discrezionalità riguardo la decisione sull'an della copertura del posto vacante, l'Amministrazione, espressa la volontà di procedere alla copertura della posizione disponibile, avrebbe potuto indire una nuova procedura concorsuale solo a patto di dare adeguata motivazione della sua necessità a fronte dello scorrimento della graduatoria (se ancora valida ed efficace) quale preferibile sistema di reclutamento del personale.

Sul punto, la prassi invalsa di tutte le PP.AA. era stata nel senso di ritenere ogni bando di concorso, in quanto atto generale, non soggetto all'obbligo di motivazione o, addirittura, trattandosi di una scelta tipicamente organizzativa, del tutto legittimo anche quando privo di qualsivoglia supporto giustificativo.

Il ragionamento dei Giudici di Palazzo Spada partì, invece, sul piano sistematico, da una riflessione complessiva sull'ordito normativo, per la verità assai complesso e labirintico, che il legislatore aveva sviluppato sul punto a partire dal T.U. n. 3 del 1957, sostenendo che erano proprio gli sviluppi legislativi accavallatisi in tema a rafforzare il ruolo dello scorrimento quale modalità ordinaria di provvista del personale, tanto più giustificata in relazione alla finalità primaria di ridurre gli ingenti costi gravanti sulle amministrazioni per la gestione delle procedure selettive.

In estrema sintesi, le argomentazioni del Consiglio di Stato muovevano dalla mancata utilizzazione ad opera dell'art. 15, co. 7, del d.P.R. n. 487/1994 e delle successive disposizioni in materia del termine "facoltà" (presente, invece, nel d.P.R. n. 3/1957) per giungere ad evidenziare l'intento del legislatore di comprimere drasticamente il potere discrezionale delle amministrazioni. In più, l'ultrattività delle graduatorie, continuamente reiterata dal legislatore nazionale con appositi interventi normativi, evidenziava la chiara volontà di una riduzione dei costi conformemente ai principi generali di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa. Infine, particolarmente pregnante e significativa era un passaggio dell'ordinanza di deferimento alla Plenaria, richiamato e fatto proprio dalla Plenaria medesima, secondo cui "se si considera che i nominativi dei soggetti in graduatoria sono ben noti a tutti, potrebbe indebitamente interferire sulla decisione di utilizzare o meno la graduatoria (ove l'amministrazione avesse mano libera in tal senso) il maggiore o minore "gradimento" che i soggetti che vi si trovano incontrano presso l'ente che deve procedere all'assunzione".

In definitiva, secondo in Consiglio di Stato,

il quadro normativo sedimentatosi in materia nel corso del tempo appariva del tutto coerente con l'art. 97 Cost. sul principio del concorso quale modalità di accesso all'impiego pubblico tanto da poter affermare la sostanziale inversione, sul piano dell'ordinamento positivo, del rapporto tra l'opzione per un nuovo concorso e la decisione di scorrimento della graduatoria preesistente ed efficace. Quest'ultima modalità di reclutamento rappresenta ormai la regola generale, mentre l'indizione del nuovo concorso costituisce l'eccezione e richiede un'apposita e approfondita motivazione che dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico, tanto più quando - come era già emerso in un orientamento giurisprudenziale anteriore all'Adunanza Plenaria (Cons. St., Ssez. V, n. 1395/2011) - la stessa graduatoria è stata già utilizzata in precedenza per la copertura di altri posti.

3. La giurisprudenza successiva

La giurisprudenza amministrativa successiva si è adeguata, naturalmente, al nuovo indirizzo giurisprudenziale e numerose sono state le sentenze rese dai Tribunali di primo grado in cui è prevalsa la regola dello scorrimento con contestuale annullamento delle procedure concorsuali indette in violazione della suddetta regola. Una volta affermata, infatti, la giurisdizione del Giudice Amministrativo in ordine al sindacato sulla scelta discrezionale dell'amministrazione circa la determinazione di quale sia il canale di provvista del personale cui intende fare ricorso (trattandosi di violazione di interesse legittimo), i Giudici Amministrativi hanno annullato, nel caso concreto, o gli atti della mobilità volontaria ex art. 30 d.lgs. 165/01 indetta da un'Amministrazione (si veda Cons. St., sez. V, n. 4329/2012) o vere e proprie procedure concorsuali (si veda, *ex plurimis*, Tar Catania n. 2073/2012; Tar Lazio n. 7221/2012; Tar Sardegna n. 394/2012). Tra le più recenti, la sentenza n. 1914 del 09.11.12 emessa dalla seconda sezione del Tar Puglia ha espresso un punto fondamentale in materia. Innanzitutto, i Giudici pugliesi

hanno ricordato, conformemente alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 14/2011, che la questione dirimente nelle controversie in oggetto sta nello stabilire quale sia il rapporto tra le due diverse modalità di reclutamento del personale pubblico: "scorrimento" o indizione di un nuovo concorso. Nel caso concreto, l'Amministrazione aveva eluso qualsiasi obbligo motivazionale omettendo, tra l'altro, di considerare minimamente le posizioni giuridiche degli idonei di un concorso per funzionari di categoria D - e per questo titolari di un'aspettativa protetta - che vedevano la loro posizione assai menomata dall'indizione di un nuovo concorso per il medesimo profilo professionale. Al conseguente annullamento degli atti della procedura si accompagna, tuttavia, un'importante principio espresso dalla sentenza in epigrafe in tema di riparto di giurisdizione.

È ben vero, si legge nella sentenza, che *"nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, la pretesa al riconoscimento del diritto allo "scorrimento" della graduatoria del concorso espletato, avanzata dal candidato utilmente collocato nella graduatoria finale, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, facendosi in tal caso valere, al di fuori dell'ambito della procedura concorsuale, il "diritto all'assunzione". Tuttavia, ove, vi sia un provvedimento di indizione di un nuovo concorso, la pretesa azionata implica la contestazione dell'esercizio del potere della P.A., a cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, la cui tutela spetta al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 63, comma 4, del D.L.vo n. 165 del 2001 (Corte Cass., SS.UU., 20 agosto 2009, n. 18499). Pertanto, deve escludersi la giurisdizione amministrativa solo allorché non si muovano contestazioni sulle relative procedure concorsuali e conseguenti graduatorie, ma si "pretenda" esclusivamente di far scorrere la graduatoria stilata".*

In sostanza, pur rimanendo ferma, secondo una giurisprudenza ormai consolidatasi sul punto, la giurisdizione del G.O. quando si controverta sull'assunzione al lavoro a seguito di scorrimento, è possibile rintracciare un'ipotesi derogatoria nella circostanza

in cui il preteso scorrimento si fondi, per la sua natura consequenziale, sull'impugnazione del provvedimento di indizione di un nuovo concorso in luogo dell'utilizzazione di una graduatoria per lo stesso profilo. In questo caso, infatti, continua la pronuncia in discorso, *"la contestazione investe, infatti, l'esercizio del potere dell'amministrazione di indire una nuova procedura concorsuale e, pertanto, si verte nuovamente in materia di procedure concorsuali, la cui cognizione è demandata al G.A., vantando l'aspirante una posizione di interesse legittimo rispetto al corretto esercizio del potere.*

In estrema sintesi, pertanto, quando si invochi lo scorrimento di una graduatoria, disatteso da una P.A., il discrimen per radicare la giurisdizione dinanzi al G.O., "naturalmente" competente per le controversie in tema di assunzione al lavoro, è dato dal concomitante esercizio del potere di bandire un nuovo concorso, perché laddove ciò si verifichi, la controversia dovrà essere conosciuta dal G.A. che, in primo luogo, dovrà delibare la legittimità dell'esercizio di tale potere.

Per ciò: le controversie in materia di "scorrimento" sono devolute alla G.O., ma se questo è negato perché è bandito un nuovo concorso, oggetto di contestazione, sarà il G.A. a dover decidere sulla controversia".

Si tratta di un punto importante. Il principio così espresso vale a radicare la giurisdizione, in caso di annullamento di una procedura concorsuale e conseguente richiesta di assunzione mediante scorrimento, in capo ad un'unica autorità giudicante - il Giudice Amministrativo - con l'effetto, tra l'altro, sul piano pratico, di evitare al ricorrente di sobbarcarsi gli oneri di un ulteriore giudizio davanti ad altro Giudice per il riconoscimento del diritto all'assunzione in conseguenza dell'annullamento dell'atto.

4. Cassazione, SS.UU., n. 19595/2012

Il principio espresso dal Tar Bari si innesta in un copioso filone giurisprudenziale della Corte di Cassazione (cfr. Cass. SS.UU. n. 16527/2008; Cass. SS.UU. n. 24185/2009; Cass. SS.UU. n. 12895/2011; Cass. SS.UU. n.

14955/2011) e fa capolino, da ultimo, nella recentissima sentenza resa a Sezioni Unite della Suprema Corte n. 19595 del 12.11.12. In essa il Collegio giudicante è rigoroso nel precisare che l'operatività dell'istituto dello scorrimento deve immancabilmente presupporre una decisione dell'amministrazione di coprire il posto che si rivendica, ma qualora la pretesa al riconoscimento del diritto all'assunzione "sia consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di un nuovo concorso, la contestazione investe l'esercizio del potere dell'amministrazione di merito, a cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, la cui tutela spetta al giudice amministrativo".

5. Prospettive de iure condendo

C'è da sperare che il grado di certezza cui è arrivata la giurisprudenza, dopo una lunga serie di oscillazioni al suo interno e di rimbalzi tra differenti giurisdizioni, consenta la possibilità di definire una cornice più precisa per un tema, quale quello dello scorrimento delle graduatorie, che si caratterizza per una sua intrinseca complessità. In questo senso, vale la pena riferire, in conclusione di discorso e per esigenze di completezza, che è in discussione alla Camera dei Deputati un progetto di legge volto a positivizzare in un'apposita norma il divieto da parte delle PP.AA di procedere a nuovi concorsi in presenza di una graduatoria valida ed efficace insieme alla definizione di un meccanismo teso a superare progressivamente il blocco del *turn-over* nelle Pubbliche Amministrazioni.

Si tratta dell'atto Camera 4116, recante «Disposizioni per il superamento del blocco delle assunzioni nelle pubbliche amministrazioni e per la chiamata dei vincitori e degli idonei nei concorsi», il cui testo - adottato il 25 gennaio scorso a seguito dei lavori di un comitato ristretto - è la risultante dell'unificazione di alcune proposte di legge presentate da parlamentari appartenenti ai gruppi PD, PDL e IdV.

Il provvedimento in questione, intervenendo sulla questione dei vincitori di concor-

so non assunti, prevede che per il triennio 2012-2014 le amministrazioni pubbliche, nel rispetto dei vincoli finanziari previsti in materia di assunzioni a tempo indeterminato e di contenimento della spesa per il personale, ferme restando le disposizioni vigenti in materia di reclutamento speciale e di mobilità, utilizzino, in relazione al proprio fabbisogno, le graduatorie vigenti dei concorsi pubblici per il reclutamento di personale a tempo indeterminato quando si tratti di assumere pari o analoghe figure professionali previste nei bandi dei concorsi ai quali si riferiscono le graduatorie medesime. Inoltre, qualora le amministrazioni non dispongano di proprie graduatorie utili, potranno attingere alle predette graduatorie anche in caso di reclutamento a tempo determinato (articolo 36 decreto legislativo n. 165 del 2001), fermo restando che il reclutamento avviene a scorrimento decrescente e non pregiudica l'eventuale assunzione a tempo indeterminato.

Si stabilisce, altresì, la proroga al 31 dicembre 2014 dell'efficacia delle graduatorie dei concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato, approvate successivamente al 30 settembre 2003. Lo stesso testo, al comma 2 dell'articolo 1, prescrive che le amministrazioni pubbliche provvedano alle assunzioni di personale a tempo indeterminato attraverso il reclutamento, per il triennio 2012-2014, dei vincitori di concorso e, limitatamente al biennio 2012-2013, degli idonei inseriti nelle graduatorie di concorso, nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità e buona amministrazione.

La circostanza - tutt'altro che secondaria - che il progetto di legge sia il frutto di una positiva convergenza tra i diversi gruppi parlamentari e che abbia riscosso il parere favorevole del Governo Monti fa ben sperare, difatti, che il medesimo - in quanto volto a rendere «effettivi» i concorsi pubblici già svolti che abbiano graduatorie ancora aperte, a prevedere l'introduzione «a regime» di un diverso sistema di reclutamento basato su concorsi unici per qualifiche comuni, nonché a garantire, al contempo, la tutela degli idonei - possa andare incontro ad una rapida approvazione. A tal proposito si

riferisce che la fine anticipata della scorsa legislatura ha interrotto l'*iter* del progetto di legge di cui era stata già calendarizzata la discussione in Aula dopo aver positivamente concluso l'esame delle commissioni parlamentari. Nella XVII Legislatura lo stes-

so progetto è stato ripresentato alla Camera sotto il numero C.635 affinché possa andare incontro ad una rapida approvazione non appena si sarà risolto l'*impasse* istituzionale determinatosi in seguito alle ultime consultazioni elettorali.

Abstract

L'Autore prende in considerazione il tema dello scorrimento delle graduatorie degli idonei di concorsi pubblici come canale normale di provvista del personale in alternativa all'indizione di nuove procedure concorsuali a partire dall'Adunanza Plenaria n. 14/2011 e gli adeguamenti registrati dalla giurisprudenza successiva anche in materia di riparto di giurisdizione. Inoltre si dà conto del progetto di legge in discussione alla Camera dei Deputati sull'obbligo di scorrimento della graduatoria.

Abstract

The author take a look at the issue of scrolling of the lists of suitable candidates of competitions as normal channel of funding staff as an alternative to calling for new bankruptcy proceedings starting from meeting Plenary n. 14/2011 and adjustments recorded by the subsequent case-law in respect of allocation of jurisdiction. He also analyzes the bill being debated in the Chamber of Deputies on the obligation of the ranking.