

Cassazione Civile, sez. Unite
Ordinanza 6 maggio 2013, n. 10404

Svolgimento del processo e motivi della decisione

E.R. ha proposto istanza di regolamento preventivo di giurisdizione in relazione al giudizio n. 1219/2010 dallo stesso promosso nei confronti della Regione Calabria e di altri dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria, sede di Catanzaro, avente per oggetto la domanda di annullamento delle delibere della Regione, con le quali l'Amministrazione si era determinata a procedere alla copertura di posti di dirigente - resisi vacanti dopo l'assegnazione di analoghi posti messi a concorso espletato nel 2006 con approvazione della graduatoria nel 2008 - avvalendosi dell'istituto della mobilità esterna e del conferimento di incarichi a dirigenti esterni.

Nel giudizio a quo il ricorrente deduceva la illegittimità delle suddette delibere (per violazione di legge in relazione al superamento dei limiti disposti dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 19, commi 6 e 6 ter e succ. mod., per carenza di motivazione ed eccesso di potere) giacchè l'Amministrazione nella specie avrebbe dovuto procedere all'assunzione "per scorrimento della graduatoria" in favore degli idonei della precedente procedura concorsuale (tra i quali figurava il ricorrente collocatosi al 25 posto della graduatoria utilizzata fino alla 18^a posizione), stante la efficacia triennale della graduatoria medesima.

A fronte della eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore del giudice ordinario sollevata in giudizio dalla Regione, il ricorrente con la istanza di regolamento ha chiesto l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo.

La Regione Calabria con il controricorso ha insistito per la giurisdizione del giudice ordinario.

L' E. e la Regione hanno depositato memorie.

La causa, dapprima trattata in Camera di consiglio, con la relazione del consigliere relatore ex art. 380 bis c.p.c., che si esprimeva in

sensu favorevole alla eventuale affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo, è stata poi rimessa con ordinanza 4/13-10-2011 alla pubblica udienza e, in data 6-11-2012, è stata rinviata a nuovo ruolo per trasmissione degli atti al Procuratore Generale ai sensi dell'art. 380 ter c.p.c..

Con la memoria in data 23-8-2011 la Regione ha sollevato eccezione di intervenuta inammissibilità del ricorso in relazione al fatto che nel giudizio a quo il TAR Calabria ha dichiarato il difetto di giurisdizione in favore del giudice ordinario con sentenza n. 965/2011 depositata il 7-7-2011 (non appellata). Tale eccezione è stata ribadita nelle memorie del 4-1-2012 e del 27-9-2012, nella quale ultima è stato anche rappresentato che il ricorrente E. "è stato nelle more del giudizio di Cassazione, assunto dalla Regione Calabria per "scorrimento di graduatoria" del concorso cui aveva partecipato, giusta Delib. Giunta Regionale Calabria 12 settembre 2011, n. 406 e decreto dirigenziale di esecuzione n. 12172 del 28-9-2011".

Con le conclusioni scritte il Pubblico Ministero ha chiesto la declaratoria di giurisdizione del giudice amministrativo, deducendo preliminarmente la infondatezza della eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalla Regione, e rilevando che nella specie "la cognizione della domanda riguarda la censurata scelta dell'Amministrazione di provvedere alla copertura di posti dirigenziali vacanti attraverso le richiamate procedure (l'istituto della mobilità esterna e il conferimento di incarichi a dirigenti esterni), di modo che la pretesa al riconoscimento del diritto allo "scorrimento" della graduatoria del concorso espletato (e quindi il "diritto all'assunzione") appare consequenziale alla negazione degli effetti dei provvedimenti di indizione delle nuove procedure concorsuali adottate con le delibere oggetto di impugnazione".

Espletati gli adempimenti ex art. 380 ter, comma 2, infine la Regione Calabria ha depositato memoria ex art. 378 c.p.c., ribadendo che, essendo stato nel frattempo l' E. assunto dalla Regione, il suo interesse sarebbe cessato.

Ciò posto, rileva preliminarmente il Collegio che l'eccezione di inammissibilità del ricorso avanzata dalla Regione è infondata.

Come è stato costantemente affermato da queste Sezioni Unite e va qui ribadito, "qualora, proposto regolamento preventivo di giurisdizione, non sia disposta - ai sensi dell'art. 367 cod. proc. civ. - la sospensione del processo pendente, questo prosegue e la pronuncia sul regolamento non è preclusa dalla sentenza del giudice di primo grado, neppure se sia passata in giudicato, trattandosi di sentenza dipendente e condizionata dalla conferma del potere giurisdizionale del giudice che l'ha pronunciata" (v. Cass. S.U. Ord. 14070/2003, 5463/2004, 10703/2005, 4508/2006, 10531/2011).

Neppure, poi, può ritenersi cessata la materia del contendere in ragione della assunzione dell' E. nel frattempo intervenuta in virtù di un successivo scorrimento della graduatoria effettuato dalla Regione, non essendo venute meno le ragioni di contrasto in relazione all'epoca pregressa oggetto della domanda e neppure risultando all'uopo conclusioni conformi delle parti (cfr. Cass. 8/11/2007 n. 23289, Cass. 20-3-2009 n. 6909).

Con riguardo, poi, allo specifico tema del c.d. "scorrimento" della graduatoria approvata all'esito della procedura concorsuale, queste Sezioni Unite hanno più volte affermato che il fenomeno consente la stipulazione del contratto di lavoro con partecipanti risultati idonei e non vincitori, in forza di eventi successivi alla definizione del procedimento concorsuale con l'approvazione della graduatoria. Ciò può avvenire o in applicazione di specifiche previsioni del bando, contemplanti l'ammissione alla stipulazione del contratto del lavoro degli idonei fino ad esaurimento dei posti messi a concorso; ovvero perchè viene conservata (per disposizione di atti normativi o del bando) l'efficacia della graduatoria ai fini dell'assunzione degli idonei in relazione a posti resisi vacanti e disponibili entro un determinato periodo di tempo. La pretesa allo "scorrimento", di conseguenza, si colloca di per sè fuori dell'ambito della procedura concorsuale (esclusa, nella seconda delle ipotesi indicate, proprio dall'ultrattività della graduatoria approvata) ed è conosciuta dal giudice ordinario quale controversia inerente al "diritto all'assunzione", salva la verifica del fondamento di merito della domanda, esulante dall'ambito delle questioni di giurisdizione.

Queste Sezioni Unite, inoltre, hanno precisato che l'operatività dell'istituto presuppone necessariamente una decisione dell'amministrazione di coprire il posto utilizzando la graduatoria rimasta efficace (si deve trattare di posti non solo vacanti, ma anche

disponibili, e tali diventano sulla base di apposita determinazione), decisione che, una volta assunta, risulta equiparabile all'espletamento di tutte le fasi di una procedura concorsuale, con l'identificazione degli ulteriori vincitori (v. fra le altre Cass. S.U. 29-9-2003 n. 14529, Cass. S.U. 7-2-2007 n. 2698, Cass. S.U. 9-2-2009 n. 3055).

In tale quadro è stato ripetutamente affermato il principio secondo cui "in materia di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a procedure concorsuali nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, la cognizione della domanda, avanzata dal candidato utilmente collocato nella graduatoria finale, riguardante la pretesa al riconoscimento del diritto allo "scorrimento" della graduatoria del concorso espletato, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, facendosi valere, al di fuori dell'ambito della procedura concorsuale, il "diritto all'assunzione". Ove, invece, la pretesa al riconoscimento del suddetto diritto sia consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di una nuova procedura concorsuale, 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 ai sensi del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4" (v. Cass. S.U. 18-6-2008 n. 16527, Cass. S.U. 16-11-2009 n. 24185, cfr. Cass. S.U. 13-6-2011 n. 12895, Cass. S.U. 7-7-2011 n. 14955).

Da ultimo è stato anche precisato che l'istituto del cosiddetto "scorrimento della graduatoria" presuppone necessariamente una decisione dell'amministrazione di coprire il posto; pertanto l'obbligo di servirsi della graduatoria entro il termine di efficacia della stessa preclude all'amministrazione di bandire una nuova procedura concorsuale ove decida di reclutare personale, ma non la obbliga all'assunzione dei candidati non vincitori in relazione a posti che si rendano vacanti e che l'amministrazione stessa non intenda coprire, restando inoltre escluso che la volontà dell'amministrazione di coprire il posto possa desumersi da un nuovo bando concorsuale, poi annullato, ovvero da assunzioni di personale a termine" (v. Cass. S.U. 12-11-2012 n. 19595).

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 cui spetta il controllo del potere amministrativo ai sensi dell'art. 103 Cost.. Del resto, in tale ipotesi, la controversia non riguarda il "diritto all'assunzione" (v.

D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 2, in relazione al comma 1 dello stesso articolo), proprio per la diversa natura della situazione giuridica azionata.

Orbene nella fattispecie, in sostanza, l' E. ha censurato la scelta della Regione, volta a coprire i posti ulteriori rispetto a quelli del concorso, non con lo "scorrimento" della graduatoria, bensì con altre procedure (di conferimento di incarichi esterni e di mobilità esterna).

Alla stregua della domanda proposta va pertanto dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo.

Infine, in considerazione della particolare vicenda processuale e sostanziale, vanno compensate le spese tra le parti.

P.Q.M.

La Corte dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo e compensa le spese.

Così deciso in Roma, il 26 marzo 2013.

Depositato in Cancelleria il 6 maggio 2013