

**Cassazione Civile, sez. Unite**  
**Ordinanza 6 maggio 2013, n. 10409**

**Svolgimento del processo e motivi della decisione**

L'università degli Studi della Basilicata ha proposto ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione in relazione ai giudizi riuniti (R.G. n. 940/2011 e 964/2011), con i quali V.L. e P.L. hanno adito il Giudice del lavoro del Tribunale di Potenza, lamentando la illegittimità della procedura di assunzione nella categoria EP (elevata professionalità) bandita e svolta dall'Ateneo e chiedendo l'accertamento del loro diritto all'inquadramento nella detta categoria con le pronunce consequenziali anche relative al risarcimento dei danni patiti.

In particolare l'Università il 6-2-2004 ha indetto una procedura selettiva per titoli ed esami riservata ai dipendenti di ruolo, per il passaggio dalla categoria D alla categoria EP, per un posto nell'area amministrativa e per un posto nell'area tecnica. Il bando non conteneva una "clausola di scorrimento" delle graduatorie per gli idonei, disponendo espressamente per la cat. EP la limitazione della copertura ai posti così come individuati nel bando.

Alla selezione hanno partecipato il V. e il P., collocandosi rispettivamente al terzo e al secondo posto e dunque risultando non vincitori.

Entrambi nel 2007 hanno attivato un tentativo di conciliazione D.Lgs. n. 165 del 2001, ex art. 65, chiedendo di essere inquadrati nella cat. EP, "a seguito di procedura per progressione verticale ex art. 57 ccnl Comparto Università", e ciò sul presupposto di una inidonea programmazione del fabbisogno di personale.

Nonostante l'avvenuta scadenza dei termini per la procedibilità della domanda, veniva acquisito un parere di un consulente giuridico esterno che si esprimeva nel senso della necessità di "evitare il contenzioso". Al detto parere facevano seguito, nel marzo 2009, ulteriori istanze di conciliazione sempre con la richiesta di inquadramento nella cat. EP. All'esito, in data 17-4-2009, venivano conclusi verbali di conciliazione con i quali il collegio costituito

presso la Direzione provinciale del lavoro competente proponeva di inquadrare i dipendenti nella categoria richiesta, con decorrenza giuridica dal 1/7/2003 e con rinuncia degli stessi a qualsiasi pretesa economica ricollegabile alla decorrenza di inquadramento giuridico. In tali termini, quindi, in data 20-4-2009, venivano sottoscritti i contratti individuali di lavoro tra l'Università e i due dipendenti, con i quali si conveniva l'inquadramento degli stessi nella cat. EP, area amministrativa, nei termini detti.

Successivamente, sul rilievo di una molteplicità di profili di illegittimità dell'intero iter che aveva condotto alla stipula dei detti contratti, con implicazioni anche sul piano della responsabilità contabile, l'Università disponeva per un verso la sospensione dell'efficacia giuridica ed economica degli stessi e per altro verso l'annullamento, in autotutela, dei provvedimenti prodromici alla conciliazione, comunicando ai due dipendenti interessati la inefficacia dell'atto conciliativo.

Il V. e il P., con distinti ricorsi, hanno quindi adito il Giudice del lavoro del Tribunale di Potenza per l'accertamento del loro diritto all'inquadramento nella cat. EP, chiedendo altresì altresì il risarcimento del danno.

Instauratosi il contraddittorio, in entrambi i giudizi, poi riuniti, l'Università, tra l'altro, ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, appartenendo la controversia al giudice amministrativo.

In tali sensi l'Università propone, quindi, l'odierno regolamento preventivo di giurisdizione, rilevando, in sintesi, che nella specie "non vale a radicare la giurisdizione del giudice ordinario il fatto che nella vicenda de qua vi sia stato un accordo conciliativo (poi annullato) atteso che il bene della vita cui aspirano i concorrenti è la superiore categoria EP ed il petitum sostanziale è, appunto, tale progressione verticale, le cui controversie spettano al G.A.", in base alla giurisprudenza costante di queste Sezioni Unite.

Il V. e il P. resistono con controricorso, deducendo che nel caso in esame "basandosi la controversia su un atto negoziale (il contratto individuale di lavoro) formatosi successivamente all'approvazione della graduatoria degli idonei nella selezione per la cosiddetta progressione verticale, la competenza a decidere in relazione alla

domanda formulata è incontestabilmente dell'A.G.O.", "attenendo l'oggetto della controversia all'esercizio di un atto di gestione del rapporto quale è il contratto individuale di lavoro, indi illegittimamente annullato".

Al riguardo i controricorrenti tra l'altro rilevano che "nei giudizi innanzi al Tribunale di Potenza Sez. Lavoro non si controverte della procedura concorsuale strictu sensu adottata per le progressioni, quanto piuttosto dell'impossibilità per la Pubblica Amministrazione di annullare in autotutela i contratti individuali, con conseguente vincolatività degli obblighi assunti dalle parti con la sottoscrizione dei medesimi, così come sancito dall'art. 1372 c.c."

Nelle conclusioni scritte il Pubblico Ministero ha concluso per la declaratoria della giurisdizione del giudice amministrativo.

Fissata l'adunanza in camera di consiglio ed eseguiti gli adempimenti di rito, infine i controricorrenti hanno depositato memoria.

Ciò posto, come più volte affermato da queste Sezioni Unite la giurisdizione amministrativa D.Lgs. n. 165 del 2001, ex art. 63, comma 4, in materia di "procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni" comprende anche la progressione verticale da una categoria ad un'altra più elevata, e che assegna una posizione funzionale qualitativamente diversa, costituendo tale passaggio un nuovo rapporto di lavoro assoggettato alla regola della selezione per concorso (v. fra le altre Cass. S.U. 15403/2003, 6217/2005, 3717/2007, 23439/2007).

In particolare, proprio in relazione ad un caso di passaggio dalla categoria D alla categoria EP da parte di un dipendente della Università della Basilicata, è stato affermato il principio secondo cui "in tema di lavoro pubblico contrattualizzato, atteso che le procedure concorsuali ai fini dell'attribuzione alla giurisdizione amministrativa del D.Lgs. n. 165 del 2001, "ex" art. 63, comprendono anche quelle dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area funzionale superiore, con progressione verticale che consista nel passaggio ad una posizione funzionale qualitativamente diversa, e che, rispetto a tale passaggio, rilevano le previsioni della contrattazione collettiva, spetta al giudice amministrativo la controversia relativa al concorso per l'accesso a

categoria superiore nell'ambito della stessa area relativamente al personale non docente del comparto Università, poichè il sistema di classificazione del relativo c.c.n.l. 9 agosto 2000 è articolato in categorie, che si caratterizzano per il diverso grado di autonomia e responsabilità, mentre le aree contrassegnano i diversi campi di specializzazione trasversalmente alle categorie" (v. Cass. S.U. 31/1/2008 n. 2288).

Con riguardo, poi, al tema del c.d. "scorrimento" della graduatoria approvata all'esito della procedura concorsuale, queste Sezioni Unite hanno ripetutamente affermato che "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).

In definitiva, allorquando la controversia ha per oggetto il controllo giudiziale sulla legittimità della scelta discrezionale operata dall'amministrazione (in specie sulle determinazioni della pianta organica e/o sulle modalità per la copertura dei posti, cfr.

Cass. S.U. 12895/2011 cit.), 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 del citato articolo), proprio per la diversa natura della situazione giuridica azionata.

Infine sull'incidenza dell'esercizio del potere di autotutela che porta ad escludere la maturazione di un diritto soggettivo alla categoria superiore, va ricordato che queste Sezioni Unite, in un caso in cui l'originario concorso era stato revocato in autotutela ed il piazzamento degli impiegati che vi avevano partecipato era stato confermato ai soli fini del loro inquadramento in una posizione diversa (della stessa categoria), hanno dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo perchè, a ben vedere, non vi era mai stata l'approvazione della graduatoria per il passaggio all'area superiore nè si era, pertanto, mai perfezionato alcun diritto del candidato in tal senso (v. Cass. S.U. 26-2-2010 n. 4648, cfr. anche Cass. S.U. 2-11-2011 n. 22685).

Orbene nella fattispecie, come esattamente ha rilevato il P.M. "alla stregua del criterio del *petitum sostanziale*" "la controversia appartiene alla giurisdizione amministrativa, involgendo scelte dell'amministrazione universitaria in ordine alla copertura di posti ulteriori in una data categoria e senza lo svolgimento di un pubblico concorso che ne possa costituire, vuoi per i contenuti del bando vuoi per la scadenza di validità temporale della graduatoria, la fonte legittimante".

Non è possibile, infatti, classificare in termini di "diritto all'assunzione" la posizione di soggetti idonei non vincitori che pretendano l'inquadramento nella superiore categoria (da D a EP) nella mancanza (non contestata) di un meccanismo di scorrimento della graduatoria, riguardando, del resto, la domanda dei controricorrenti, in sostanza, la scelta discrezionale dell'amministrazione di non ampliare la platea dei posti di categoria EP da coprire (e nel contempo di non ricorrere, quindi, a procedure di scorrimento o ad un nuovo concorso).

Al riguardo è significativo il fatto che entrambi nel ricorso introduttivo di merito, a sostegno delle rispettive domande, assumano che gli atti amministrativi dimostrerebbero che il fabbisogno dell'Università includeva anche un più ampio numero di posti nella categoria EP e che in particolare con una delibera del Consiglio di amministrazione del febbraio 2003 erano stati approvati gli stanziamenti finalizzati allo svolgimento delle procedure concorsuali, così contestando la scelta discrezionale, poi adottata dall'amministrazione, sulla base della capienza iniziale del budget e della valorizzazione di un atto prodromico.

In tale quadro, infine, non può assumere rilievo decisivo contrario (nel senso della affermazione della giurisdizione del giudice ordinario) la circostanza che, nella fattispecie, per entrambi i controricorrenti sia stato stipulato un contratto di lavoro in conformità con la precedente conciliazione attivata dai dipendenti, divenuta poi inefficace a seguito dell'annullamento, in autotutela, degli atti deliberativi, che ne costituivano il presupposto.

Nella fattispecie, infatti, il momento contrattuale costituisce soltanto una mera conseguenza della conciliazione e, del resto, non si controverte su un "atto di gestione" del rapporto di lavoro, conseguente al contratto, bensì sulla legittimità della scelta discrezionale operata dall'amministrazione e dell'esercizio della autotutela.

Va pertanto dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo.

Infine, in considerazione della complessità della vicenda, le spese vanno compensate 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