

Cassazione civile, Sez. lavoro, 27 maggio 2010, n. 12967

Svolgimento del processo

1. Con ricorso al Tribunale di Trapani, giudice del lavoro, Rosaria B. chiedeva di dichiarare l'obbligo dell'Azienda Ospedaliera (OMISSIS), della stessa città, di far scorrere fino al 7^o posto la graduatoria degli idonei alle prove di concorso per dirigente amministrativo, di cui al bando pubblicato sulla G.U.R.I. del 19 giugno 1998 e, per l'effetto, dichiarare costituito tra le parti, a far data dal 4 ottobre 2001, il rapporto di lavoro con le modalità dettate dalla relativa deliberazione dirigenziale. Si costituiva in giudizio l'Azienda - che impugnava integralmente la domanda attorea e ne chiedeva il rigetto - e, integrato il contraddittorio, si costituiva, altresì, il controinteressato D.B.F. - che sollevava eccezione di difetto di giurisdizione dell'a.g.o -. 2. Il Tribunale - con sentenza del 23 gennaio 2004 - rigettava il ricorso, ma - a seguito di impugnativa della soccombente e ricostitutosi il contraddittorio - la Corte di appello di Palermo, disattesa l'eccezione di difetto di giurisdizione come dianzi proposta, con sentenza del 12 luglio 2006, condannava l'Azienda Ospedaliera a fare scorrere fino al 7^o posto la graduatoria degli idonei alle prove di concorso e, per l'effetto, ad assumere la B. con la qualifica di dirigente amministrativo mediante la stipula di contratto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato.

2.1. In particolare, la Corte territoriale rilevava che: a) la B. era risultata idonea nella procedura concorsuale, indetta dall'Azienda Ospedaliera con Delib. 29 aprile 1998, n. 821, per la copertura di 3 posti di dirigente amministrativo, collocandosi al 7^o posto della graduatoria, approvata con Delib. del Direttore Generale n. 941 del 14 ottobre 1999; b) con Delib. 19 dicembre 2000, n. 1547, l'Azienda aveva rideterminato la pianta organica, prevedendo nove posti di dirigente amministrativo, e, con Delib. 1 febbraio 2001, n. 277, aveva proceduto alla programmazione triennale del fabbisogno del personale, per il triennio 2001/2003, prevedendo la copertura di quattro posti di dirigente amministrativo; c) successivamente l'Azienda, con Delib. 4 ottobre 2001, n. 1093, aveva deliberato di utilizzare la graduatoria, approvata con la detta Delib. n. 941 del 1999, relativa al concorso nel quale la B. era risultata idonea,

collocandosi al settimo posto, prevedendo di procedere alla stipula del contratto individuale soltanto con le tre idonee collocatesi, rispettivamente, al quarto, quinto e sesto posto, poichè, nelle more, l'Azienda aveva proceduto alla copertura del quarto dei posti da coprire dando seguito alla procedura di mobilità volontaria, attraverso l'immissione in servizio del D.B., che, in data 10 novembre 2000, aveva fatto istanza di trasferimento dall'Azienda per i Servizi Sanitari n. (OMISSIS), di (OMISSIS), alla Azienda Ospedaliera (OMISSIS), di (OMISSIS); d) la B. aveva acquisito un vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione, a seguito del provvedimento dell'Azienda inteso alla utilizzazione della graduatoria; e) alla assunzione della ricorrente, poi, non poteva ostare il trasferimento del D.B., il quale era impedito dalla espressa previsione dell'art. 20 del c.c.n.l. 8 giugno 2000 secondo cui i trasferimenti riguardavano solo i dirigenti che avevano superato il periodo di prova, mentre, nella specie, l'interessato non aveva ancora ultimato tale periodo al momento della domanda di mobilità, non rilevando che la domanda dovesse intendersi come condizionata sospensivamente al superamento della prova e che il trasferimento fosse stato disposto in un momento successivo; f) il trasferimento del D.B. doveva dunque essere disapplicato, così come la B. aveva chiesto sin dal primo grado di giudizio a seguito dell'acquisizione degli atti relativi alla procedura di mobilità. 3. Per la cassazione di tale sentenza hanno proposto distinti ricorsi il D.B. e l'Azienda Ospedaliera, rispettivamente con sei e quattro motivi di impugnazione, cui la B. ha resistito con relativi controricorsi.

4. Con sentenza n. 8736 del 2008 le Sezioni unite di questa Corte, cui è stato assegnato il ricorso del D.B. in ragione della riproposizione - con il primo motivo - della questione di giurisdizione, hanno dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario rimettendo a questa Sezione Lavoro per la decisione dei restanti motivi. Il D.B. ha depositato memoria illustrativa in relazione sia all'udienza di discussione fissata dinanzi alle Sezioni unite, sia all'odierna udienza dinanzi alla Sezione lavoro; in relazione a quest'ultima ha depositato memoria, altresì, l'Azienda Sanitaria Provinciale di Trapani, subentrata ex lege all'Azienda Ospedaliera (OMISSIS).

Motivi della decisione

1. In via preliminare, i due ricorsi devono essere riuniti ai sensi *dell'art. 335 c.p.c.*, in quanto proposti avverso la stessa sentenza.

1.1. Ancora in limine occorre precisare che il ricorso dell'Azienda Ospedaliera, notificato in data successiva rispetto a quello del D. B., va qualificato come ricorso incidentale, ai sensi *dell'art. 333 c.p.c.*, per il quale, peraltro, risulta rispettato il termine di cui *all'art. 371 c.p.c.* (cfr. Cass. n. 9710 del 2002; n. 7325 del 2002).

2. Il ricorso del D.B. consta di sei motivi.

2.1. Con il primo motivo di ricorso il ricorrente - denunciando "la violazione del *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4*" - formula il seguente quesito di diritto: "se sussista, la giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi del *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4*, sulla rivendicazione del diritto all'assunzione mediante scorrimento della graduatoria concorsuale, dedotta come conseguenza della negazione della possibilità dell'Amministrazione di fare ricorso ad altra soluzione procedimentale per la copertura dei posti disponibili, nel caso di specie la procedura di mobilità, e della illegittimità della stessa soluzione alternativa allo scorrimento della graduatoria". 2.2. Con il secondo motivo il ricorrente - denunciando "violazione *dell'art. 345 c.p.c.*, e del *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 1*" - formula il seguente quesito di diritto: "se la domanda di disapplicazione di atti presupposti ai sensi del *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 1*, può essere formulata per la prima volta con l'atto di appello e se può esser formulata quando la posizione di cui si chiede tutela non è di diritto soggettivo ma di interesse legittimo". 2.3. Con il terzo motivo il ricorrente - denunciando "violazione dell'art. 20 del c.c.n.l. 8 giugno 2000 e *dell'art. 1362 c.c.*" - formula il seguente quesito di diritto: "se contrasta con l'art. 20 c.c.n.l. dell'8 giugno 2000 l'interpretazione della citata disposizione che ritiene possibile la presentazione della istanza di mobilità durante l'esperimento del periodo di prova, ma subordinata al superamento del predetto esperimento e per questo improduttivo di effetto sino al verificarsi di tale condizione e se non viola *l'art. 1362 c.c.*, l'interpretazione meramente letterale della citata disposizione contrattuale". 2.4. Con il quarto motivo il ricorrente - denunciando, ancora, "violazione dell'art. 2000 del c.c.n.l. 8 giugno 2000" - formula il seguente quesito di diritto: "se da luogo a falsa applicazione dell'art. 20 c.c.n.l. dell'8 giugno 2000 il computo del periodo semestrale di prova che, decorrente dal 1^o ottobre 2000, viene fatto scadere il 30 aprile 2001 e se la reiterazione della istanza di mobilità ed il suo accoglimento dopo il superamento del periodo di prova è procedura corretta ai sensi dell'art. 20

c.c.n.l. cit.". 2.5. Con il quinto motivo il ricorrente - denunciando "omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto controverso e decisivo di giudizio" - rileva criticamente che "l'oggettiva incongruenza della motivazione rende illogica l'intera argomentazione della sentenza poichè priva di presupposti fattuali le successive considerazioni della Corte sul fatto che il ricorrente abbia chiesto la mobilità e l'abbia ottenuta mentre era ancora in prova". 2.6. Con il sesto motivo di ricorso il ricorrente - denunciando "violazione del *D.P.R. n. 483 del 1997, art. 18*" - formula il seguente quesito di diritto: "se la graduatoria di un concorso bandito da una Azienda del Servizio Sanitario Nazionale, disciplinato dal *D.P.R. n. 483 del 1997*, possa essere utilizzata, in relazione a quanto stabilito dal *D.P.R. citato, art. 18*, per la copertura di posti diversi da quelli per i quali il concorso è stato bandito ed istituiti successivamente al suo svolgimento". 3. Il ricorso dell'Azienda Ospedaliera consta di quattro motivi.

2.1. Con il primo motivo si deduce il difetto di giurisdizione del giudice ordinario ai sensi del *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63*. 2.2. Con il secondo motivo si denuncia la violazione dell'art. 20 del c.c.n.l. 8 giugno 2000, sostenendosi la correttezza della procedura di mobilità del D.B. in quanto la citata disposizione contrattuale non precludeva la presentazione, da parte del dirigente in prova, della domanda di trasferimento, subordinata al superamento della prova.

2.3. Il terzo motivo denuncia vizio di motivazione, per non avere la sentenza impugnata correttamente individuato il termine di ultimazione del periodo di prova e per non avere considerato che la domanda di trasferimento era stata reiterata dopo tale periodo.

2.4. Il quarto motivo denuncia violazione dell'*art. 345 c.p.c.* e del *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63*, sostenendosi la inammissibilità della domanda di disapplicazione del provvedimento di mobilità, in quanto formulata per la prima volta in appello e in quanto relativa a posizione di mero interesse legittimo.

3. Con la citata sentenza delle Sezioni unite è stata dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario, così rigettandosi il primo motivo del ricorso proposto dal D.B., in ragione della configurazione di un diritto all'assunzione maturato, in favore della B., a seguito della determinazione della p.a. di procedere alla copertura dei posti disponibili mediante "scorrimento" della graduatoria; tale declaratoria va estesa al primo motivo del ricorso dell'Azienda, che propone la medesima questione, senza necessità di ulteriore rimessione alle Sezioni unite, in virtù dell'*art. 374 c.p.c.*, comma 1, nel testo - qui applicabile *ratione temporis* -

modificato dal *D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 8. 4*. I restanti motivi dei due ricorsi, da esaminare congiuntamente per l'intima connessione, sono infondati.

4.1. La deduzione della B. relativa alla illegittimità dell'atto di trasferimento di altro dirigente, e alla conseguente disapplicabilità di tale atto, non costituisce una autonoma domanda, soggetta al divieto di *jus novorum* ai sensi dell'*art. 437 c.p.c.*, e comunque, nella specie, essa era stata avanzata già in primo grado, a seguito della acquisizione degli atti della procedura di mobilità così come ha accertato la sentenza qui impugnata. Il potere di disapplicazione da parte del giudice ordinario si configura, poi, in tutta la sua pienezza essendo in controversia un diritto soggettivo all'assunzione, così come già qualificato dalle Sezioni unite ai fini della declaratoria della giurisdizione ordinaria, rispetto al quale l'atto di mobilità disposto dalla p.a. si pone come ostacolo de jure - secondo l'assunto dei ricorrenti - ed è dunque soggetto alla cognizione del giudice ordinario, se pure incidenter tantum.

4.2. Nella specie il diritto della B. conseguiva, come hanno rilevato i giudici d'appello, alla determinazione della p.a., adottata nell'ambito di un poterdovere previsto dalla legge (e il cui esercizio, comunque, non risultava tempestivamente contestato da alcuno, sì che la contestazione in questa sede sarebbe inammissibile perchè nuova), di utilizzare la graduatoria concorsuale, mediante il suo "scorrimento", al fine della copertura di posti resisi vacanti:

situazione più volte esaminata nella giurisprudenza di legittimità, che ha equiparato la decisione di coprire i posti all'espletamento di tutte le fasi di una procedura concorsuale finalizzata alla identificazione degli ulteriori vincitori, ancorchè mediante l'utilizzazione dell'intera sequenza di atti apertasi con il bando originario, recante la cd. *lex specialis* del concorso, e conclusasi con l'approvazione della graduatoria, che individua i soggetti da assumere (cfr. Cass, sez. un., n. 17780 del 2007; n. 8736 del 2008;

Cass. n. 3252 del 2003).

4.3. La disapplicazione - operata dalla Corte territoriale - dell'atto di mobilità interna disposto dall'Azienda trova un riscontro puntuale e ineccepibile nella disposizione di cui all'*art. 20* del contratto collettivo applicabile, secondo cui la mobilità interna avviene a domanda del dirigente che abbia superato il periodo di prova: previsione che, in maniera inequivocabile, fissa al momento di presentazione della domanda il possesso del requisito del superamento della prova e che, pertanto, toglie ogni rilevanza alle distinzioni puntualizzate dai

ricorrenti in ordine all'esistenza di tale requisito in momenti successivi, ovvero alla reiterazione della domanda di trasferimento dopo il completamento del periodo di prova;

e, d'altra parte, la previsione contrattuale, così chiaramente esplicitata, risulta pienamente coerente con lo stesso interesse generale alla efficienza della pubblica amministrazione (*art. 97 Cost.*), in relazione ad una evidente esigenza di celerità nella copertura di posti dirigenziali, che potrebbe essere pregiudicata dal condizionamento della relativa mobilità (e dal suo eventuale prolungamento) al superamento del periodo di prova da parte di qualcuno degli aspiranti.

4. In conclusione, i ricorsi, come sopra riuniti, devono essere respinti. L'esito alterno dei giudizi di merito e la complessità delle questioni esaminate inducono a compensare fra tutte le parti le spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte riunisce i ricorsi e li rigetta. Compensa fra le parti le spese del giudizio