

**Cass. civ. Sez. Unite,**

**Ordinanza del 19 aprile 2010, n. 9224**

### **Svolgimento del processo**

1. La ricorrente M.K. chiede alle Sezioni unite della Corte di Cassazione di regolare preventivamente la giurisdizione in relazione al giudizio promosso da C.R. con ricorso del 19.12.2007 nei confronti dell'Azienda unità sanitaria locale di Pescara, pendente dinanzi al Tribunale di Pescara, giudizio di cui è parte quale cointeressata chiamata in causa per l'integrazione del contraddittorio.
2. La C. si era classificata al quinto posto della graduatoria del concorso pubblico bandito dall'Ausl il 26.2.2002 per l'assunzione di due collaboratori professionali salutari - posizione di tecnico della prevenzione nell'ambiente e luoghi di lavoro - graduatoria approvata con Delib. Direttore Generale n. 1187 del 23.9.2004. Con Delib. 5 dicembre 2006, n. 1824, l'Ausl aveva disposto l'ulteriore assunzione dei due candidati idonei classificati al terzo e quarto posto (occupato dalla M.) della graduatoria di concorso ancora efficace. Con il ricorso al Tribunale di Pescara la C. ha rivendicato il diritto alla stipulazione del contratto di lavoro in luogo della M., nell'assunto che questa non fosse in possesso dei requisiti di ammissione al concorso e, di conseguenza, l'esclusione dalla graduatoria della candidata priva di titolo comportava il suo inserimento al quarto posto della graduatoria con diritto all'assunzione.
3. Resiste con controricorso C.R., mentre non svolge attività di resistenza l'Azienda unità sanitaria locale di Pescara. Ricorso e controricorso sono ulteriormente precisati con memorie depositate ai sensi dell'art. 368 c.p.c..
4. Il Pubblico ministero, con le conclusioni scritte, chiede che sia dichiarata la sussistenza della giurisdizione ordinaria sulla controversia.

### **Motivi della decisione**

1. Le conclusioni del Pubblico ministero non possono essere condivise e la giurisdizione va regolata con la dichiarazione dell'appartenenza della controversia alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo.
2. Nel rapporto di lavoro pubblico di fonte contrattuale, diversamente da quello di fonte provvedimentale, è certamente configurabile un diritto soggettivo alla costituzione del rapporto, è ciò è stato esplicitato dal legislatore con la previsione di giurisdizione ordinaria sulle controversie relative all'assunzione (*D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 1*). L'interesse all'assunzione assume però la consistenza del diritto soggettivo (in astratto e indipendentemente dalla questione di merito della

sussistenza in concreto di tale situazione giuridica soggettiva) allorchè debba escludersi la presenza di attività autoritative dell'amministrazione.

3. La riserva in favore del giudice amministrativo della giurisdizione sulle controversie in materia di procedure concorsuali di assunzione (*D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4*) rende manifesta la scelta legislativa, operata sul terreno del diritto sostanziale, di conservare a questi procedimenti la caratterizzazione pubblicistica su piano soggettivo ed oggettivo: la dizione letterale "restano devolute" evoca il mantenimento della tradizionale giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo. La norma, però, inserendosi in un assetto che, tendenzialmente, assegna all'area del diritto privato tutte le scelte organizzative non riservate al diritto pubblico e, soprattutto, la totalità degli atti di gestione del lavoro pubblico (tra i quali rientra senza dubbio la stipulazione dei contratti di lavoro), impone di considerare in un certa misura eccezionale la previsione di assegnazione della materia al diritto pubblico e la conseguente giurisdizione amministrativa (per questa precisazione vedi Cass. S.u. 3 febbraio 2004). Questo il fondamento, all'interno di una prospettiva rigorosa, dell'identificazione della procedura concorsuale esclusivamente in quella caratterizzata dall'atto che indice il concorso e ne fissa le regole di svolgimento, dalle operazioni di valutazione comparativa dei candidati e dalla compilazione finale di una graduatoria, la cui approvazione, individuando i "vincitori", rappresenta l'atto amministrativo terminale del procedimento (vedi Cass., sez. un., 8 maggio 2007, n. 10374 1 marzo 2006, n. 4517; 20 ottobre 2006, n. 2250).

5. Nel caso di specie, oggetto della controversia è proprio la legittimità dell'atto di approvazione della graduatoria, contestata perchè, secondo la prospettazione del soggetto che ha fatto valere l'interesse all'assunzione, vi sarebbe stata inserita una candidata che doveva essere esclusa per difetto dei requisiti richiesti per la partecipazione al concorso. La contestazione, quindi, concerne l'esercizio del potere amministrativo di assumere al lavoro mediante procedure concorsuali (mancata esclusione del partecipante privo dei requisiti e conseguente invalidità della graduatoria approvata) e la controversia esulta da quelle relative al diritto all'assunzione dell'idoneo non vincitore a seguito di "scorrimento" (presupponente una posizione utile occupata nella graduatoria che l'amministrazione decide di utilizzare ai fini dello scorrimento: vedi, tra le numerose pronunce: Cass. sez. un., 16 novembre 2009, n. 24185), per rientrare in quelle concernenti le procedure di assunzione ai sensi del *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4* (vedi, in termini, Cass. sez. un., 16 luglio 2008, n. 19510).

5. In conclusione, si prospetta nel giudizio il diritto all'assunzione in forza dello "scorrimento" di una graduatoria diversa da quella approvata e si asserisce perciò l'esistenza di un diritto che necessariamente è consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento amministrativo di approvazione della graduatoria. Si chiede, pertanto, tutela nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, tutela che deve essere accordata dal giudice amministrativo ai sensi del *D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4*. 6. Resta escluso, infatti, che siffatta tutela possa essere concessa dal giudice ordinario mediante disapplicazione dell'atto di approvazione, atteso che l'istituto della disapplicazione presuppone che la controversia cada sopra un diritto soggettivo sul quale incide un atto amministrativo (oggetto quest'ultimo di cognizione incidenter tantum). Nel caso di specie, invece, il provvedimento amministrativo non viene in considerazione quale atto presupposto della gestione del rapporto giuridico, bensì quale oggetto diretto e immediato della pretesa, posto che la situazione di diritto soggettivo (all'assunzione mediante "scorrimento") potrebbe scaturire soltanto dalla sua previa rimozione (vedi Cass., sez. un., 18 ottobre 2005, n. 20107; 18 giugno 2008, n. 16527).

7. Per le considerazioni svolte la causa, dichiarata la sussistenza della giurisdizione amministrativa generale di legittimità, va riassunta dinanzi al tribunale amministrativo regionale competente, ai sensi delle disposizioni di cui alla *L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 59*. 8. Le oggettive difficoltà di individuare, nella materia, la linea di demarcazione tra atti di diritto privato e provvedimenti amministrativi, confermate

dal segno delle conclusioni del Pubblico ministero, giustificano la compensazione per l'intero delle spese e gli onorari del regolamento preventivo di giurisdizione.

**P.Q.M.**

La Corte, a Sezioni unite, decidendo sull'istanza di regolamento, dichiara l'appartenenza della controversia alla giurisdizione amministrativa generale di legittimità e rimette le parti dinanzi al Tribunale amministrativo regionale competente. Compensa per l'intero le spese e gli onorari del giudizio di regolamento preventivo della giurisdizione.