

Contratti individuali di lavoro e graduatorie concorsuali alla ricerca di un (solo) giudice: senza la concentrazione delle tutele non può esservi effettività*

Fabio Saitta

SOMMARIO: 1. Individuazione dell'ambito dell'indagine: i commi 1 e 4 dell'art. 63 del decreto legislativo n. 165 del 2001 a confronto. - 2. L'ambito della giurisdizione ordinaria: in particolare, la nozione di «controversie concernenti l'assunzione al lavoro». - 3. Il residuale ambito di cognizione del giudice amministrativo: in particolare, le «controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione». - 4. La c.d. «zona grigia». - 5. La disapplicazione degli atti del procedimento concorsuale da parte del giudice ordinario: esame critico delle tesi dottrinali e giurisprudenziali. - 6. Le possibili soluzioni per ovviare alle discrasie a cui dà luogo l'attuale sistema dualista: a) individuazione del criterio di riparto, ergo della natura (esclusiva o meno) dei rispettivi ambiti di giurisdizione, e conseguente conferma dell'esistenza di ipotesi di «doppia tutela». - 7. *Segue: b)* l'interpretazione restrittiva dell'art. 63, comma 1, del testo unico. Critica: il limite della «*vis attractiva*» della giurisdizione amministrativa è nella legge. - 8. *Segue: c)* i rapporti tra l'annullamento della graduatoria concorsuale ed il contratto di lavoro e le tecniche di tutela. La reintegrazione in forma specifica e/o il giudizio di ottemperanza come strumenti per evitare il frazionamento della pretesa. - 9. Riflessioni conclusive: l'incoerenza del sistema rende opportuno un ennesimo intervento legislativo.

1. Individuazione dell'ambito dell'indagine: i commi 1 e 4 dell'art. 63 del decreto legislativo n. 165 del 2001 a confronto

Sono ormai passati ben trentacinque anni da quando il Maestro che oggi onoriamo ci ha spiegato, in modo assolutamente convincente, che la graduale riduzione dell'ambito della giurisdizione ordinaria registratasi dal 1865 in poi, pur nel quadro di una sostanziale conformità di interpretazione dell'art. 2 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, non è stata altro che l'inevitabile riflesso processuale della modificazione della disciplina del rapporto sostanziale: quelli che, oltre un secolo prima, erano intesi come diritti soggettivi del privato si erano affievoliti in interessi legittimi o comunque in posizioni che si esaurivano entro l'ambito della sfera giuridica dell'amministrazione¹.

Quando, con il decreto legislativo n. 29 del 1993 ed i successivi decreti correttivi (fino al decreto legislativo n. 80 del 1998), sono state attribuite al giudice civile le controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ai primi commentatori è parso che si fosse verificato l'esatto opposto, cioè che tale ampliamento dell'ambito della giurisdizione ordinaria fosse la conseguenza necessitata della contrattualizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche

* Questo saggio è destinato agli *Scritti in onore di A. Romano*.

¹ A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 244 ss., spec. 248.

amministrazioni, che aveva fatto sì che le parti fossero divenute titolari reciprocamente di diritti ed obblighi e che anche gli atti unilaterali del datore di lavoro pubblico fossero ormai atti di diritto privato, e non più atti amministrativi². Vedremo più avanti se tale lettura dell'art. 68 del decreto legislativo n. 80 del 1998, poi confluito nel vigente art. 63 del decreto legislativo n. 165 del 2001, sia esatta o meno³.

Per il momento, c'interessa notare come la non limpida formulazione dei commi 1 e 4 del succitato art. 63 abbia generato, sia in dottrina che in giurisprudenza, un dibattito assai vivace sugli ambiti della giurisdizione ordinaria e di quella amministrativa in materia di rapporti di lavoro, nonché, soprattutto, sulle possibili interferenze reciproche⁴. A prescindere dal fatto che la privatizzazione del rapporto abbia di per sé determinato un abbassamento dello *standard* di tutela del lavoratore pubblico (al riguardo, non v'è concordanza di opinioni in dottrina⁵), è verosimile che a tale infausto esito abbia piuttosto

² Così F. PANARIELLO - L. GIUGLIANO - V. AMIRANTE, *Commento all'art. 68 D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 1444 ss.

³ Cfr. *infra*, § 6.

⁴ Per un'esatta rappresentazione dell'ondivaga giurisprudenza amministrativa in materia di riparto di giurisdizione sulle controversie di lavoro pubblico contrattualizzato, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sul contratto di lavoro del dirigente pubblico*, in *Giust. civ.*, 2000, II, 147 ss.

⁵ Tra i primi a sostenere che la privatizzazione avrebbe determinato un ridimensionamento della tutela dell'impiegato pubblico, R. VILLATA, *Prime considerazioni in tema di 'privatizzazione' del pubblico impiego e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 417, secondo cui si sarebbe dovuto mettere in bilancio una perdita secca sotto il profilo della possibilità di adempimento coattivo delle statuizioni del giudice civile, atteso che, per la giurisprudenza, «l'adempimento resta incoercibile» (è appena il caso di rilevare che già M. NIGRO, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, 14-15, ravvisava un vantaggio per il pubblico impiegato nella possibilità di utilizzare il giudizio di ottemperanza); ha espresso perplessità sulla riforma anche A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 631; ID., *Un (eterodosso) auspicio di una almeno parziale controriforma*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 265 ss., che ritiene praticabile la privatizzazione, al limite, per il solo personale pubblico che non esplica funzioni pubbliche, cioè per quello impiegatizio, esecutivo ed ausiliario, giammai per i funzionari direttivi o dirigenziali; nello stesso senso, R. CAVALLO PERIN, *Le ragioni di un diritto ineguale e le peculiarità del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2003, 119 ss.; dello stesso avviso è S.A. VILLATA, *Controversie di pubblico impiego, arbitrato e disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 784, secondo il quale «il giudizio ordinario non riesce comunque ad attribuire tutto quello che dava il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva»; in termini analoghi, più recentemente, M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, Napoli, 2008, 198-200 e 231 ss., che parla senza mezzi termini di «secca riduzione della tutela». A. TRAVI, *La giurisdizione civile nelle controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 32, ha, invece, affermato che la riforma del contenzioso dei dipendenti pubblici «è stata realizzata nella convinzione che il giudice ordinario sia in grado di offrire, a favore del lavoratore che agisca contro l'Amministrazione, una tutela non inferiore a quella che avrebbe potuto offrire il giudice amministrativo al pubblico impiegato in sede di giurisdizione esclusiva»; analogamente, E. FOLLIERI, *Riforma del lavoro pubblico e problemi di giurisdizione*, *ivi*, 1997, 512, riteneva che la diversità di fondo di formazione del giudice ordinario, tendenzialmente tutore del lavoratore, avrebbe portato ad una giurisprudenza più favorevole al dipendente pubblico.

contribuito la scelta, forse eccessivamente prudente, del legislatore di continuare a mantenere un sistema di tutela giurisdizionale che, seppure entro limiti più ridotti rispetto al passato, continua ad essere dualista.

E' proprio questo l'obiettivo di fondo dell'indagine che ci accingiamo a compiere ed alla quale, per circoscrivere un tema altrimenti sconfinato, abbiamo deciso di dare un taglio ben preciso, che riteniamo denso di implicazioni problematiche: quello del rapporto tra procedimento concorsuale e contratto di lavoro e delle connesse tecniche di tutela processuale.

Si tratta, in sostanza, di capire come l'attribuzione al giudice ordinario delle «controversie concernenti l'assunzione al lavoro» (art. 63, comma 1, del testo unico) si concili con la devoluzione (*rectius*: conservazione in capo) alla giurisdizione del giudice amministrativo delle «controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione» (art. 63, comma 4, cit.) e, soprattutto, se l'apparente contraddizione tra i due commi del medesimo articolo⁶, che rende inevitabili delle «collisioni» tra l'azione intesa a far valere il c.d. «diritto all'assunzione» (art. 63, comma 2, cit.) e quella mirante a lamentare illegittimità della procedura concorsuale, si traduca in una complessiva perdita in termini di effettività della tutela accordata al lavoratore pubblico, al quale un tempo era sufficiente rivolgersi al solo giudice amministrativo, innanzi al quale era consentito impugnare sia la graduatoria che il provvedimento di nomina del vincitore del concorso⁷.

Una siffatta concentrazione delle tutele non sembra praticabile nell'attuale sistema, in quanto - come vedremo meglio nel prosieguo⁸ - la giurisprudenza sembra ormai saldamente orientata nel senso che «[q]ualora, in seguito a domanda proposta da ricorrente risultato non vincitore di un concorso pubblico, si assista ad un annullamento degli atti della procedura concorsuale, la competenza in merito alla richiesta, da parte del medesimo ricorrente, di ottenere la dichiarazione di nullità, invalidità o inefficacia del contratto di lavoro così ingiustamente stipulato con il vincitore, non spetta al giudice amministrativo ma al giudice ordinario»⁹.

Il modello di tutela infine predisposto, non dopo alcuni tentennamenti, nel 1998 e nel 2001 è, invero, fonte di notevoli perplessità, perché, se è vero che lo scopo iniziale del legislatore era quello di trasformare una materia ricompresa nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in una corrispondente ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, così da ottenere la concentrazione in capo alla medesima autorità giudiziaria di una tutela interamente satisfattiva della situazione soggettiva azionata, è

⁶ In questi termini si esprime D. IARIA, *L'ambito oggettivo della giurisdizione del giudice del lavoro e del giudice amministrativo dopo i decreti legislativi n. 80 e n. 387 del 1998*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 284.

⁷ Sul precedente sistema di tutela, fondato sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, v. per tutti A. CORPACI, *Riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella pubblica amministrazione*, Milano, 1985.

⁸ *Infra*, §§ 2 e 3.

⁹ In tal senso, tra le più recenti, T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 2 settembre 2008, n. 9992, in www.giustizia-amministrativa.it.

anche vero che alla fine si è preferito mantenere un doppio canale, con conseguente mantenimento del tradizionale sistema dualista¹⁰,

Ai fini della presente ricerca, poco importa, tutto sommato, se la contrattualizzazione del rapporto e la privatizzazione dell'organizzazione fossero insufficienti per eliminare l'esigenza di una tutela al di fuori del rapporto *stricto sensu* inteso, ossia per determinare il superamento della necessità di distinguere fra diritto soggettivo ed interesse legittimo ai fini dell'individuazione del giudice competente a dirimere la relativa controversia¹¹, ovvero se la scelta di riservare al giudice amministrativo il contenzioso sui procedimenti concorsuali sia stata suggerita da esigenze pratiche, *id est* dalla preoccupazione di evitare un eccessivo aggravio di lavoro a carico del giudice ordinario e/o dalla convinzione che il modello impugnatorio del processo amministrativo si attagli meglio alla risoluzione di vertenze «di massa» come quelle in materia di concorsi pubblici, caratterizzate dal numero elevato delle parti e dalla varietà ed incompatibilità delle reciproche posizioni¹².

Ciò che, in questa sede, maggiormente rileva, almeno in una prospettiva *de iure condito*, è che una siffatta distribuzione del contenzioso fra due diversi giudici, che inevitabilmente comporta dei condizionamenti e delle interferenze che vanno nella direzione opposta rispetto all'obiettivo reale del legislatore¹³, dev'essere in qualche misura razionalizzata, se non altro per ridurre al minimo il *deficit* di tutela conseguente al

¹⁰ F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002, 160-161, secondo cui si è persa l'occasione per introdurre un'ipotesi di giurisdizione piena del giudice ordinario.

¹¹ Così F. FIGORILLI, *op. cit.*, 170; *contra*, A. TRAVI, *op. cit.*, 318, il quale osserva che la compatibilità di una procedura concorsuale con una qualificazione privatistica è stata dimostrata da decenni di giurisprudenza sui concorsi per l'assunzione banditi da enti pubblici economici (nel senso che le controversie relative a tali procedure concorsuali rientrano nella giurisdizione amministrativa in quanto la materia è relativa all'organizzazione ed alla struttura degli enti, v., però, Cons. St., Sez. VI, 22 maggio 1985, n. 201, in *Cons. Stato*, 1985, I, 586); analogamente, A. GARILLI, *Le controversie sui concorsi e sulla progressione verticale: riparto di giurisdizione, discrezionalità amministrativa e poteri del giudice ordinario*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 17, secondo cui non v'è ragione per sottrarre la concreta attività di selezione alla gestione privatistica, atteso che anche in quest'ambito la pubblica amministrazione agisce con i poteri del privato datore di lavoro, sicchè il giudice ordinario può garantire adeguatamente la legittimità della procedura alla stregua dei principî di correttezza e buona fede.

¹² Com'è ritenuto verosimile da A. TRAVI, *ibidem*, e da M. OCCHIENA, *Riparto di giurisdizione e poteri dei giudici nelle controversie di lavoro pubblico (art. 63, D.Lgs. 30.3.2001, n. 165)*, in *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, a cura di S. Battini, B.G. Mattarella, A. Sandulli e G. Vesperini, Torino, 2007, 1841. A tal proposito, è stato opportunamente rammentato che lo schema originario del d.lgs. n. 80/1998 prevedeva l'estensione della giurisdizione ordinaria anche alle controversie scaturenti da procedure concorsuali; in sede di formulazione definitiva del testo, è stato evidentemente ritenuto più opportuno mantenere tali controversie nell'ambito della cognizione del giudice amministrativo: D. IARIA, *op. cit.*, 285.

¹³ F. FIGORILLI, *op. cit.*, 179.

trasferimento del contenzioso da un solo giudice individuato *ratione materiae* a due giudici chiamati ad occuparsi di diversi segmenti del rapporto di lavoro (*lato sensu inteso*).

2. *L'ambito della giurisdizione ordinaria: in particolare, la nozione di «controversie concernenti l'assunzione al lavoro»*

Il tentativo di coordinare, almeno in certa misura, le due giurisdizioni non può che prendere le mosse dall'esatta delimitazione dei relativi ambiti, quali individuati dalla dottrina e, soprattutto, dalla giurisprudenza.

Circoscrivendo, ovviamente, la disamina alla questione che forma oggetto della presente indagine (concorso pubblico e contratto di lavoro), va, innanzitutto, delimitato l'ambito della giurisdizione ordinaria sulle «controversie concernenti l'assunzione al lavoro», di cui al comma 1 dell'art. 63 del testo unico.

A tal proposito, va detto subito che giurisprudenza (sia civile che amministrativa) e dottrina sono sostanzialmente concordi nell'individuare nell'approvazione della graduatoria lo spartiacque tra le due giurisdizioni, nel senso che prima di quel momento sussiste la giurisdizione amministrativa, mentre dopo la materia è riservata al giudice ordinario¹⁴, in quanto il candidato utilmente collocato in graduatoria vanta un diritto soggettivo all'assunzione¹⁵.

In sostanza, la giurisdizione del giudice ordinario si instaura a partire dal contratto di lavoro, quale stadio iniziale del rapporto, e si estende a tutte le fasi successive, sino alla sua estinzione¹⁶. Essa ricomprende, pertanto, oltre al provvedimento di nomina¹⁷, anche l'impugnazione dei provvedimenti successivi alla stipula del contratto di lavoro¹⁸, ancorché indirettamente incidenti sugli atti del procedimento concorsuale già concluso¹⁹.

¹⁴ In tal senso, D. PIZZONIA, *Sulla nozione di «procedura concorsuale» ai fini della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 381-382, al quale si rinvia per i relativi riferimenti. In giurisprudenza, più di recente, T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. III, 24 maggio 2007, n. 1443, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 22 maggio 2007, n. 2210, *ibidem*.

¹⁵ Così Cass., Sez. un., 16 aprile 2007, n. 8951, in *CED Cassazione*, 2007.

¹⁶ T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 31 luglio 2009, n. 4585 e 17 luglio 2009, n. 4068, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. II, 19 dicembre 2006, n. 5957, *ibidem*; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. II, 8 marzo 2006, n. 2771, 1 marzo 2006, n. 2505 e 10 febbraio 2006, n. 1949, *ibidem*; T.A.R. Liguria, Sez. II, 5 giugno 2003, n. 718, *ibidem*; T.A.R. Lazio-Latina, 8 aprile 2003, n. 314, *ibidem*; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 8 febbraio 2002, n. 736, in *Foro amm.: TAR*, 2002, 651; Sez. II, 14 marzo 2001, n. 1114, in *Foro amm.*, 2001, 1756, con nota di B. DELFINO, *Brevi osservazioni in tema di graduatorie permanenti per l'accesso ai ruoli del personale docente della scuola*, Trib. Parma, 3 dicembre 1998, in *Cons. Stato*, 1999, II, 970, con nota di A. MEALE, *Gli incerti della doppia giurisdizione in materia di pubblico impiego*.

¹⁷ T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VIII, 27 novembre 2008, n. 20287, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., Sez. V, 3 febbraio 2006, n. 437, in www.lexitalia.it.

¹⁸ T.A.R. Basilicata, 19 settembre 2003, n. 904, in www.giustizia-amministrativa.it; *contra*, T.A.R. Piemonte, Sez. II, 4 febbraio 1999, n. 55 (in *Foro amm.*, 1999, 1533, con nota di B. DELFINO, *Sui problemi di giurisdizione derivanti dalla «sterilizzazione» dell'art. 68, d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29: periodo di prova e sindacato sulle*

La *ratio* di tale orientamento è di tutta evidenza: «con l'approvazione della graduatoria si esaurisce l'ambito riservato al procedimento amministrativo e all'attività autoritativa dell'amministrazione, subentrando una fase in cui i comportamenti dell'amministrazione vanno ricondotti all'ambito privatistico, espressione del potere negoziale della p.a. nella veste di datrice di lavoro»²⁰.

Il *discrimen* tra «procedure concorsuali per l'assunzione» e vera e propria «assunzione al lavoro» non è, però, così netto come potrebbe apparire, tant'è che, ad es., con riguardo alla pretesa del concorrente risultato idoneo ad essere assunto mediante scorrimento della graduatoria, è sorto un acceso dibattito giurisprudenziale, che, stando alle più recenti pronunce, non sembra possa dirsi del tutto sopito. Si allude al fatto che, a fronte di una giurisprudenza tendenzialmente concorde nell'affermare che siffatte controversie, concernendo il c.d. «diritto all'assunzione» ex art. 63, comma 2, del testo unico, rientrano nella giurisdizione ordinaria²¹, recenti pronunce hanno puntualizzato che ove, invece, la pretesa al riconoscimento del suddetto 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, a cui corrisponde una situazione d'interesse legittimo, la cui tutela spetta al giudice amministrativo²².

decisioni arbitrali in materia di sanzioni disciplinari), che, muovendo dal convincimento che le innovazioni apportate con il d.lgs. n. 29/1993 non abbiano determinato il venir meno della posizione di supremazia dell'ente pubblico, ha ritenuto sussistente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine al provvedimento di recesso dell'amministrazione dal contratto di lavoro per negativo esperimento del periodo di prova, provvedimento che continuerebbe ad avere carattere amministrativo.

¹⁹ Così T.A.R. Campania-Napoli, Sez. II, 10 luglio 2002, n. 4048, in *Foro amm.*: TAR, 2002, 2614, con riguardo ad un provvedimento di rescissione di contratto a tempo indeterminato a seguito di deperimento, in via di autotutela, dalla graduatoria concorsuale; v., però, Cons. St., Sez. VI, 8 giugno 2009, n. 3472, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui la risoluzione di un contratto di lavoro che abbia avuto come effetto l'esclusione da una graduatoria radica l'impugnazione dell'esclusione presso la giurisdizione amministrativa.

²⁰ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2007, n. 307 e 6 luglio 2006, n. 15342, in www.lexitalia.it.

²¹ In tal senso, tra le più recenti, T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, 28 ottobre 2009, n. 1150, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II *bis*, 15 aprile 2009, n. 3869, *ibidem*; Cons. St., Sez. IV, 13 febbraio 2009, n. 793, in *Foro amm.*: CdS, 2009, 423; T.A.R. Molise, 11 febbraio 2009, n. 47, in *Foro amm.*: TAR, 2009, 476; Cons. St., Sez. VI, 28 gennaio 2009, n. 474, in *Giur. amm.*, 2009, I, 82; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I, 19 novembre 2008, n. 10423, in www.giustizia-amministrativa.it; Cass., Sez. un., ord. 13 dicembre 2007, n. 26113 e 14 maggio 2007, n. 10940, in *CED Cassazione*, 2007; T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. I, 20 agosto 2007, n. 1972, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III, 23 settembre 2004, n. 9708, in *Foro it.*, 2005, III, 51, che ha dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione il ricorso con cui viene impugnato il silenzio rifiuto di una pubblica amministrazione sull'istanza intesa ad ottenere l'assunzione presso la medesima, formulata da chi ha conseguito l'idoneità in un precedente concorso pubblico.

²² Così T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II *ter*, 16 aprile 2009, n. 3917, in www.giustizia-amministrativa.it; Cass., Sez. un., 20 agosto 2009, n. 18499, in www.giustizia-amministrativa.it, con nota di D. ZONNO, *Copertura di posti*

Le interferenze tra i due ambiti di giurisdizione sono, dunque, di palmare evidenza e non si arrestano certo al caso dello scorrimento della graduatoria.

Ed infatti, mentre non crea problemi, in linea di principio, l'affermazione giurisprudenziale, a nostro avviso condivisibile, secondo cui deve riconoscersi la giurisdizione del giudice ordinario sulla controversia in cui, sul presupposto della definitività della graduatoria e senza in alcun modo censurare lo svolgimento del concorso ed il relativo atto finale, si faccia valere il diritto - che sorge con l'assunzione al lavoro e, dunque, in un momento successivo all'approvazione della graduatoria concorsuale - alla scelta della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio²³, incominciano a destare qualche perplessità affermazioni come quella che spetterebbe al giudice ordinario la cognizione sulla pretesa del ricorrente che, in sede di esecuzione del giudicato nascente dalla sentenza che ha annullato l'approvazione della graduatoria concorsuale, chieda, oltre alla determinazione del punteggio spettantegli, la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato mediante stipulazione del relativo contratto²⁴.

Più in generale, se le controversie concernenti il diritto all'assunzione non possono che ritenersi devolute alla giurisdizione del giudice ordinario in quanto, a fronte di tale pretesa, l'amministrazione agisce esclusivamente con atti di natura gestionale privata ai sensi dell'art. 5 dello stesso testo unico²⁵, è quantomeno dubbio che possa pervenirsi alla

vacanti nei ruoli dell'amministrazione: nuovo concorso o scorrimento delle graduatorie?, 9 febbraio 2009, n. 3055 e 18 giugno 2008, n. 16527, in *CED Cassazione*, 2009 e 2008; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I, 19 novembre 2008, n. 10423, in www.giustizia-amministrativa.it; già prima, nel senso che dev'essere riconosciuta la giurisdizione amministrativa sulla controversia riguardante l'assunzione, a seguito di dimissioni dei vincitori di concorso per l'accesso all'impiego, di candidati riservisti interni in luogo di candidati esterni collocatisi in posizione di maggior favore in graduatoria approvata ed ancora vigente, considerato che questi ultimi non sono titolari di un diritto soggettivo all'assunzione, bensì di un mero interesse legittimo al regolare svolgimento della procedura concorsuale che s'innesta a scorrimento, seppure finalizzata all'assunzione, Trib. Rimini, 13 luglio 2000, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, 1128, con nota di M. NAVILLI, *Concorsi a posti riservati, utilizzo di graduatoria vigente a scorrimento e giurisdizione del giudice amministrativo*; più recentemente, muovendo dall'analogo presupposto che in capo agli idonei di un concorso non può sussistere una posizione di diritto soggettivo, che postula la qualità di vincitore del concorso stesso, Cons. St., Sez. V, 18 dicembre 2009, n. 8369, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Basilicata, Sez. I, 12 marzo 2008, n. 56, *ibidem*; T.A.R. Campania-Salerno, Sez. II, 16 gennaio 2007, n. 19, *ibidem*; Cons. St., Sez. VI, 12 settembre 2006, n. 5320, *ibidem*.

²³ Cass., Sez. un., 27 marzo 2008, n. 7945, in *CED Cassazione*, 2008. Nel senso che va riconosciuta la giurisdizione ordinaria allorché si agisca sul presupposto della definitività della graduatoria e, senza censurare in alcun modo lo svolgimento del concorso ed il relativo atto finale, si faccia valere il diritto alla nomina nella qualifica cui si aspira, T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 22 maggio 2009, n. 2859, in *Giur. amm.*, 2009, II, 831; App. Napoli, 10 dicembre 2008, ined.; Cons. St., Sez. VI, 1 ottobre 2008, n. 4751, in *Foro amm.: CdS*, 2008, 2769.

²⁴ In tal senso, T.A.R. Campania-Napoli, Sez. II, 25 febbraio 2003, n. 1732, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁵ In tal senso, da ultimo, L. FLORE, *Ancora in tema di permanenti: sulle graduatorie degli insegnanti decide il giudice ordinario*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 789-790. Del tutto condivisibile appare, pertanto, Cass., Sez. un.,

medesima conclusione quando la decisione su tali controversie implichi, in qualche modo, la verifica della legittimità del procedimento concorsuale²⁶.

L'intreccio di giurisdizioni è dovuto anche al fatto che, per giurisprudenza pacifica, peraltro aderente al dato normativo, la giurisdizione ordinaria non può essere esclusa per il solo fatto che la domanda proposta dal privato contenga la richiesta di annullamento di un atto amministrativo, posto che, ove tale richiesta si ricolleggi alla tutela di una posizione di diritto soggettivo, quella giurisdizione va ugualmente affermata, fermo restando il potere del giudice ordinario di procedere alla disapplicazione dell'atto amministrativo in quanto lesivo di detto diritto soggettivo²⁷. Ne consegue, secondo recente giurisprudenza, che la controversia avente ad oggetto la denunciata nullità del contratto di lavoro stipulato dal vincitore di un concorso pubblico rientra nella giurisdizione ordinaria anche se il ricorrente abbia preliminarmente contestato la legittimità del bando di concorso, potendo il giudice ordinario procedere alla disapplicazione del bando stesso²⁸. Quest'ultimo orientamento giurisprudenziale sviluppa in realtà la tesi sostenuta qualche anno prima dalla Corte di cassazione, che, verosimilmente al fine di superare almeno in parte le interferenze fra le due giurisdizioni, aveva affermato la sussistenza della giurisdizione ordinaria su ogni domanda introduttiva del giudizio caratterizzata da «un *petitum* sostanziale identificabile nella costituzione del rapporto d'impiego», ritenendo addirittura irrilevante «che la

14 gennaio 2009, n. 561, in www.giustamm.it, n. 2/2009, secondo cui sussiste la giurisdizione ordinaria in merito alla controversia che verta sul diritto all'assunzione dell'invalide che si sia utilmente collocato in graduatoria; nel senso che la pretesa ad usufruire di una riserva di posti rientra nella giurisdizione ordinaria, anche ord. 29 settembre 2003, n. 14529, in *Foro it.*, 2003, I, 3313; T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. II, 22 gennaio 2002, n. 131, in *Foro amm.: TAR*, 2002, 268. Parimenti esatta Trib. Foggia, Sez. lav., ord. 24 luglio 2007, in www.lexitalia.it, secondo cui rientra nella giurisdizione ordinaria la controversia con la quale alcuni soggetti, che sono già stati inseriti in una graduatoria concorsuale approvata e pubblicata, nonché ancora efficace, chiedono di essere assunti sulla base della graduatoria stessa. In tal caso, infatti, la controversia non riguarda una procedura concorsuale finalizzata all'assunzione, ma il prospettato diritto all'assunzione derivante da una procedura già espletata e cristallizzata in una graduatoria approvata e pubblicata; nello stesso senso, T.A.R. Toscana, Sez. I, 6 dicembre 2007, n. 4692, in www.giustizia-amministrativa.it, che evidenzia come la pretesa all'inserimento ed alla collocazione in graduatoria non possa che configurarsi come una posizione di diritto soggettivo, tutelabile innanzi al giudice ordinario in vista della futura possibile stipula del contratto di lavoro; *contra*, Cons. St., Sez. VI, 7 giugno 2001, n. 3088, in www.lexitalia.it, che fa leva sul fatto che il riconoscimento o meno della riserva si riflette sulla graduatoria.

²⁶ Come, ad es., i requisiti di partecipazione al concorso: T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, Sez. I, 19 dicembre 2006, n. 1847, in www.giustizia-amministrativa.it, che conclude peraltro nel senso che la cognizione spetta comunque al giudice ordinario.

²⁷ *Ex multis*, Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 14 settembre 2009, n. 794, in *Giur. amm.*, 2009, I, 1294; T.A.R. Liguria, Sez. II, 18 febbraio 2009, n. 231, in *Foro amm.: TAR*, 2009, 392; Cass., Sez. un., 15 maggio 2003, n. 7507, in *Foro amm.: CdS*, 2003, 1534.

²⁸ Trib. Prato, 22 aprile 2009, in *Corr. merito*, 2009, 728.

prospettazione della parte si esprima in senso impugnatorio di atti prodromici riferibili alla fase concorsuale»²⁹.

La tesi è stata giustamente definita «ardita» dalla dottrina, che ha osservato come essa contrasti con l'espressa previsione legislativa della giurisdizione del giudice amministrativo in materia di concorsi: quando non si lamenti la lesione di diritti nascenti direttamente dall'omessa o inesatta conclusione del contratto di assunzione, non v'è spazio per lamentare innanzi al giudice ordinario vizi presupposti della procedura concorsuale³⁰.

3. Il residuale ambito di cognizione del giudice amministrativo: in particolare, le «controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione»

Alla «regola di carattere generale»³¹ implicante l'integrale riconoscimento della giurisdizione ordinaria, il comma 4 dell'art. 63 del testo unico appone l'eccezione delle «controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione»³².

Come già detto, si tratta delle liti attinenti alla fase del concorso, dall'adozione del bando fino all'approvazione della graduatoria definitiva con cui si concludono le operazioni³³. Trattasi di nozione nella quale rientrano, in sostanza, «tutte le sequenze

²⁹ Sez. un., 11 giugno 2001, n. 7859, in *Foro it.*, 2002, I, 2968, con nota di G. D'AURIA, *La privatizzazione della dirigenza pubblica, fra decisioni delle corti e ripensamenti del legislatore*.

³⁰ A. GARILLI, *op. cit.*, 18.

³¹ L'espressione, frequentemente utilizzata, compare in Cass., Sez. un., 3 febbraio 2004, n. 1989, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, 226, con nota di M. AUDITORE - F. MAZZIA, *Il riparto di giurisdizione in materia di pubblico impiego*.

³² Esula dall'ambito del presente lavoro la disamina dell'altra fondamentale eccezione alla giurisdizione ordinaria prevista dallo stesso art. 63, comma 4, rappresentata dalle «controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3», cioè concernenti il personale a regime pubblicistico (magistrati, avvocati dello Stato, personale militare, docenti universitari, ecc.). Peraltro, secondo certa dottrina, il comma 1 dello stesso art. 63, nel prevedere che «[l]'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo, implicitamente ammette margini di sopravvivenza della giurisdizione amministrativa ulteriori rispetto all'ambito delle controversie in materia di concorsi: A. MANNA, *Relazione all'Incontro di studi su: «La giurisdizione del giudice ordinario in materia di pubblico impiego»* - Roma, 22 gennaio 2002, in www.appinter.csm.it, § 1.

³³ Così, tra le più recenti, Cons. St., Sez. V, 3 settembre 2009, n. 5179, in www.giustamm.it, n. 9/2009. Cfr., altresì, Sez. VI, 13 febbraio 2009, n. 797, in *Foro amm.: CdS*, 2009, 516, che ha precisato che le controversie che investono la nuova ed aggiuntiva fase concorsuale (nella specie, con riguardo ai criteri e modalità di formazione della graduatoria definitiva, secondo la novella introdotta dall'art. 1, comma 619- *bis*, della legge finanziaria 2007, in relazione alle concorrenti posizioni degli ammessi in virtù di provvedimento cautelare - c.d. riservisti - e dei candidati che avevano superato sì le prove di accesso al corso di formazione, senza però entrare nel contingente numerico dei posti previsti), non investono posizioni consolidate in una già definita graduatoria né, tantomeno, il mero scorrimento all'interno della stessa con carattere di automatismo, così che possa affermarsi la giurisdizione del giudice del lavoro secondo gli orientamenti interpretativi delle Sezioni unite della Corte di cassazione. Si è, invece, in presenza di un'attività che è strumentale alla

procedimentali, aperte a soggetti in possesso di predeterminati requisiti soggettivi, caratterizzate da concorrenzialità fra i partecipanti alla selezione, da effettuarsi in base al possesso di titoli predeterminati dal bando o a mezzo di prove rivelatrici del livello di preparazione culturale e/o di idoneità ed esperienza professionale dei candidati»³⁴. In pratica, le procedure concorsuali che radicano la giurisdizione amministrativa «sono quelle volte al reclutamento del dipendente, senza che abbia rilevanza a questo fine la natura della procedura concorsuale (per esami, per titoli ed esami, per soli titoli)»³⁵. Di contro, non vi resta ricompresa la fattispecie dell'inserimento in apposita graduatoria di tutti coloro che siano in possesso di determinati requisiti e che è preordinata al conferimento dei posti che si renderanno disponibili³⁶.

La *ratio* di tale residuale giurisdizione amministrativa è - come pure è già stato evidenziato - alquanto chiara: nemmeno la dottrina che ritiene che la privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico, specie dopo il reiterato avallo ottenuto dalla Corte costituzionale³⁷, debba condurre alla massima omologazione possibile con il lavoro privato può far a meno di ammettere «la necessità di tener conto di talune imprescindibili peculiarità del lavoro presso le P.A.»³⁸. Ecco, allora, che è proprio la connessione con l'interesse pubblico a costituire il tramite necessario di emersione di tratti di disciplina che, altrimenti, come avviene nel lavoro privato, potrebbero essere lasciati nell'informalità³⁹. Con specifico riguardo alla materia concorsuale, quindi, la giurisdizione amministrativa trova la sua *ratio* nell'esigenza di tutelare, innanzi al giudice specializzato, le posizioni giuridiche dei candidati in ordine alla discrezionalità delle valutazioni operate dalla commissione ed al rispetto dei principi in materia⁴⁰. In altri termini, la deroga alla giurisdizione ordinaria si giustifica, in tal caso, per il fatto che le «procedure concorsuali

costituzione del rapporto di pubblico impiego e che comporta nuove determinazioni autoritative ed ulteriori operazioni concorsuali da parte dei candidati (relazione finale o frequenza di corso intensivo di formazione) su cui interviene poi il giudizio di merito dell'amministrazione.

³⁴ Cons. St., Sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3331, in www.lexitalia.it. Nel senso che la controversia che abbia ad oggetto l'impugnazione di atti del procedimento di selezione dei candidati dev'essere incardinata innanzi al giudice degli interessi legittimi, T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. II, 19 dicembre 2007, n. 4294, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁵ Cons. St., Ad. plen., 24 maggio 2007, n. 8, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁶ T.A.R. Campania-Salerno, Sez. I, 26 maggio 2009, n. 2661, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Emilia Romagna-Bologna, Sez. I, 18 maggio 2009, n. 759, *ibidem*.

³⁷ Sul punto, sia consentito rinviare a F. SAITTA, *Burocrazia e indirizzo politico: il modello della Corte costituzionale* (Relazione al Convegno su: «Il diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale» - Bologna, 27-28 settembre 2007), in *DPA*, 2008, 175 ss., ed in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2007*, Milano, 2008, 61 ss.

³⁸ P. TOSI, *Dirigenze pubbliche e private*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 59.

³⁹ F. LUNARDON, *Specialità del rapporto di lavoro e giurisdizione del giudice ordinario*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 320.

⁴⁰ T.A.R. Puglia-Bari, Sez. II, 29 maggio 2008, n. 1329, in www.giustamm.it, n. 6/2008.

per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni» implicano l'adozione di un *iter* procedimentale valutativo molto peculiare: l'eccezione si giustifica, quindi, in quanto la materia è una tipica manifestazione dei poteri pubblici, attinente allo svolgersi dell'ordinaria azione amministrativa, implicante l'applicazione di principi generali quali quelli di trasparenza, eguaglianza e buon andamento⁴¹.

Ciò non significa, peraltro, che non vi siano interferenze con la giurisdizione ordinaria tali da suscitare perplessità.

Ed infatti, mentre appare del tutto corretta l'affermazione secondo cui all'interno della giurisdizione amministrativa deve ricomprendersi la contestazione della graduatoria concorsuale⁴², a nulla rilevando che l'annullamento della stessa involga il diritto all'assunzione⁴³, è lecito dubitare del fatto che tale giurisdizione si estenda - com'è stato recentemente affermato - fino a ricomprendere gli atti con cui l'amministrazione, «ancorché successivamente alla costituzione del rapporto, in sede di ripensamento delle valutazioni svolte nella conduzione autoritativa della procedura selettiva, ritorna sulle determinazioni assunte»⁴⁴. Tale orientamento giurisprudenziale si pone, infatti, in aperto contrasto con il criterio di riparto maggiormente accreditato, secondo cui tutte, indistintamente, le controversie successive all'instaurazione del rapporto di lavoro rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, che può eventualmente disapplicare gli atti amministrativi presupposti⁴⁵.

Così come genera una certa perplessità la tesi, recentemente sostenuta in dottrina, secondo cui, nel caso in cui l'amministrazione, anziché procedere allo scorrimento della graduatoria già esistente, indica un nuovo concorso, al fine di radicare la giurisdizione amministrativa *ex art. 63, comma 4, del testo unico* sarebbe sufficiente semplicemente allegare l'esistenza della procedura concorsuale, indipendentemente dall'esistenza del *petitum* di annullamento della medesima⁴⁶. A nostro avviso, se non s'è impugnato il nuovo bando, non ci si trova in presenza di una controversia in materia di procedura concorsuale per l'assunzione, bensì di una controversia concernente, semplicemente, l'assunzione, devoluta al giudice ordinario ai sensi del comma 1 dello stesso art. 63.

4. La c.d. «zona grigia»

Neanche a tal proposito la giurisprudenza pare aver assunto un atteggiamento

⁴¹ T.A.R. Sardegna, 23 aprile 2002, n. 423, in *Foro amm.: TAR*, 2002, 1427.

⁴² Cass., Sez. un., 1 marzo 2006, n. 4517, in www.giustamm.it, n. 3/2006.

⁴³ Cass., Sez. un., 27 ottobre 2006, n. 23075, in *CED Cassazione*, 2006.

⁴⁴ In tal senso, Cons. St., Sez. VI, 25 agosto 2009, n. 5056, in *Giur. amm.*, 2009, I, 1120.

⁴⁵ Cfr. *retro*, § 2.

⁴⁶ D. ZONNO, *op. cit.*, 5. Condivisibilmente, dunque, a nostro avviso, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I, 19 novembre 2008, n. 10423, in www.giustizia-amministrativa.it (coerentemente criticata dall'A.), ha declinato la giurisdizione proprio perché il nuovo bando non era stato impugnato.

univoco. L'affermazione, invero astrattamente ineccepibile, secondo cui la procedura concorsuale si conclude con l'approvazione della graduatoria e non già con il contratto individuale di lavoro⁴⁷, non basta, infatti, a chiarire se la giurisdizione amministrativa in materia concorsuale debba intendersi riferita anche all'attività amministrativa, successiva all'approvazione della graduatoria, che precede la stipulazione del contratto: in senso affermativo si è espressa certa giurisprudenza amministrativa⁴⁸, mentre la Corte di cassazione è dell'avviso che, conclusa la procedura concorsuale con l'approvazione della graduatoria, la controversia concernente gli atti successivi ma anteriori all'assunzione rientri nella previsione dell'art. 63, comma 1, del testo unico⁴⁹.

In dottrina, è stato evidenziato che la giurisdizione amministrativa concerne solo le controversie relative alle procedure concorsuali, non anche quelle conseguenti alla definizione delle stesse, sicchè le controversie relative alle fasi successive all'approvazione della graduatoria ed all'individuazione dei vincitori devono ricondursi nell'ambito della generale giurisdizione del giudice del lavoro in materia di assunzioni⁵⁰.

A nostro avviso, la c.d. «zona grigia» - che poi non è altro che un ambito in cui possono esservi veri e propri vuoti di tutela o quantomeno incertezze nell'individuazione del giudice - si evita soltanto immaginando che non vi siano soluzioni di continuità tra l'uno e l'altro ambito di giurisdizione, cioè ritenendo che, nel momento stesso in cui, con l'approvazione della graduatoria concorsuale, viene meno la giurisdizione amministrativa, subentri quella ordinaria.

L'adesione a tale impostazione, peraltro condivisa da autorevole dottrina⁵¹, presuppone, tuttavia, che si debba riconoscere in capo al vincitore del concorso un vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione, tutelabile appunto innanzi al giudice ordinario⁵²: questione che ci riserviamo di approfondire nel prosieguo⁵³.

⁴⁷ T.A.R. Calabria-Catanzaro, 26 ottobre 1999, n. 1150, in *Giust. civ.*, 2000, I, 270.

⁴⁸ Come sostenuto da T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. III, n. 1443/2007, cit.

⁴⁹ Sez. un., 1 marzo 2006, n. 4514, in www.giustamm.it, n. 3/2006.

⁵⁰ L. TORCHIA, *Giudice amministrativo e pubblico impiego dopo il d.lgs. n. 80/1998*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, 1060; adesivamente, D. IARIA, *op. cit.*, 287.

⁵¹ A. TRAVI, *op. cit.*, 319, secondo cui non è l'assunzione in quanto tale che rappresenta il presupposto per la giurisdizione civile, tant'è che lo stesso art. 63, comma 2, del testo unico contempla espressamente sentenze del giudice ordinario con «effetto [...] costitutivo [...] del rapporto di lavoro»; è, piuttosto, la conclusione della procedura concorsuale, che normalmente s'identifica con l'approvazione della graduatoria finale, a rappresentare il momento discriminante.

⁵² Così Trib. Modena, 2 agosto 2000, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, 1122. Nel senso che, nel pubblico impiego privatizzato, l'obbligo dell'amministrazione di contrarre con il vincitore del concorso, che sorge con l'approvazione della graduatoria, va considerato derivante da un contratto preliminare unilaterale stipulato per fatti concludenti del quale è ottenibile l'esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*, Trib. Taranto, ord. 11 luglio 2002 (in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, 777, con nota di D. CASALE, *Approvazione della graduatoria di concorso come contratto preliminare che dà diritto di ottenere una sentenza costitutiva del rapporto di lavoro*), secondo cui, nella fase precontrattuale di tipo privatistico successiva all'approvazione della

5. La disapplicazione degli atti del procedimento concorsuale da parte del giudice ordinario: esame critico delle tesi dottrinali e giurisprudenziali

Come si è visto⁵⁴, la tesi secondo cui la giurisdizione del giudice ordinario sul contratto di lavoro non viene meno per il fatto che il ricorrente abbia contestato anche la legittimità della procedura concorsuale che sta a monte della stipula del contratto medesimo fa leva sul potere di disapplicazione degli atti amministrativi presupposti riconosciuto al predetto giudice dall'art. 63, comma 1, del testo unico. A tal riguardo, giurisprudenza civile, amministrativa e financo costituzionale sembrano in sostanziale accordo, nel senso che convergono sulla necessità di assicurare la concentrazione delle tutele presso il solo giudice ordinario valorizzando il potere di disapplicazione di quest'ultimo⁵⁵.

Ai nostri fini, è importante stabilire se tale potere possa essere proficuamente utilizzato per raggiungere il medesimo obiettivo nella specifica ipotesi di controversia che involga al contempo la procedura concorsuale ed il contratto di lavoro. Poiché in simili ipotesi - in cui la declaratoria del diritto all'assunzione (e/o dell'insussistenza del diritto all'assunzione in capo a colui a cui è stata, invece, consentita la stipula del contratto di lavoro) presuppone un accertamento sulla (il)legittimità della procedura concorsuale - ci sono due domande, quella principale e quella pregiudiziale, che potrebbero astrattamente (vedremo poi se anche concretamente) essere trattate in modo autonomo l'una dall'altra, *id est* da giudici diversi o comunque «non comunicanti», per evitare tale evenienza ci sono due possibili soluzioni: o si ritiene, in contrasto con l'art. 63, comma 1, del testo unico, che la domanda attinente alla procedura concorsuale debba non soltanto essere proposta innanzi al giudice amministrativo, ma anche essere pregiudiziale rispetto al giudizio lavoristico avente ad oggetto il diritto all'assunzione, ovvero, stavolta in apparente dissonanza con il comma 4 del medesimo articolo, si consente che il giudice ordinario possa conoscere

graduatoria, si crea «un rapporto preliminare di natura legale in cui è ravvisabile una situazione obbligatoria in capo all'ente pubblico ed un corrispondente diritto del lavoratore, selezionato quale vincitore, all'assunzione mediante conclusione del contratto individuale». Di recente, sia al bando di concorso che all'atto di approvazione della graduatoria è stata riconosciuta la duplice natura giuridica di provvedimenti amministrativi, quali atti del procedimento di evidenza pubblica, e di atti negoziali, in quanto aventi la funzione, rispettivamente, di proposta al pubblico e di individuazione del futuro contraente, da cui discende il diritto all'assunzione del partecipante utilmente collocato in graduatoria ed il correlato obbligo dell'amministrazione, assoggettato al regime di cui all'art. 1218 c.c.: Cass., Sez. lav., 20 gennaio 2009, n. 1399, in *Giur. amm.*, 2009, III, 36.

⁵³ *Infra*, § 6.

⁵⁴ *Retro*, § 2.

⁵⁵ In tal senso, *ex multis*, Cass., Sez. un., 16 febbraio 2009, n. 3677, in *CED Cassazione*, 2009, e n. 15342/2006, cit.; Cons. St., Sez. VI, 23 dicembre 2005, n. 7384, in www.giustizia-amministrativa.it; Corte cost., ord. 9 dicembre 2002, n. 525, in www.giurcost.org.

incidenter tantum degli atti della procedura concorsuale collidenti con il diritto all'assunzione ed eventualmente disapplicarli⁵⁶.

A quest'ultima opzione ha aderito un primo orientamento interpretativo, che, evidentemente privilegiando la regola generale della giurisdizione ordinaria sancita dal comma 1 dell'art. 63 rispetto alla deroga prevista dal successivo comma 4, ammette un siffatto potere di disapplicazione del giudice del lavoro muovendo dal presupposto della piena sussumibilità degli atti concorsuali nella categoria degli atti amministrativi presupposti di cui all'anzidetto comma 1⁵⁷.

Invero, il potere del giudice ordinario di disapplicare l'atto amministrativo resta, di regola, escluso soltanto nel caso in cui la sua legittimità sia stata affermata dal giudice amministrativo nel contraddittorio della parte e con autorità di giudicato, e non anche nel caso in cui l'atto stesso non sia stato tempestivamente impugnato innanzi a quest'ultimo⁵⁸. Almeno da questo punto di vista, dunque, la disapplicabilità, da parte del giudice del lavoro, degli atti del procedimento concorsuale che siano rilevanti ai fini della sua decisione sul diritto all'assunzione sembrerebbe non incontrare ostacoli. Così come, *a fortiori*, la disapplicazione non dovrebbe essere preclusa dalla contemporanea pendenza di un giudizio innanzi al giudice amministrativo avente ad oggetto la procedura concorsuale, giudizio che, per espressa disposizione legislativa, non è causa di sospensione del processo innanzi al giudice del lavoro⁵⁹. Ed infatti, muovendo da tali presupposti, la giurisprudenza civile ha talvolta ammesso che, in quest'ultima ipotesi, il giudice ordinario disapplichì gli atti del procedimento concorsuale dai quali si assume derivi quel diritto all'assunzione che forma oggetto del processo del lavoro⁶⁰.

A nostro avviso, però, anche volendo ammettere che tra gli «atti amministrativi presupposti» disapplicabili dal giudice ordinario rientrino pure gli atti delle «procedure concorsuali per l'assunzione»⁶¹, tale opzione ermeneutica presta il fianco a svariati rilievi

⁵⁶ Questa l'alternativa prospettata da D. IARIA, *op. cit.*, 286-287.

⁵⁷ In tal senso, innanzitutto, B. SASSANI, *Il passaggio alla giurisdizione ordinaria del contenzioso sul pubblico impiego: poteri del giudice, esecuzione della sentenza, comportamento antisindacale, contratti collettivi in cassazione*, in G.C. PERONE - B. SASSANI (a cura di), *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Padova, 1999, 7; adesivamente, D. IARIA, *ibidem*.

⁵⁸ *Ex plurimis*, Cass., Sez. II, 15 febbraio 2007, n. 3390 e 26 maggio 2006, n. 12646, in *CED Cassazione*, 2007 e 2006, che osservano come l'istituto dell'inoppugnabilità concerna la tutela degli interessi legittimi e non quella dei diritti soggettivi; in termini, Sez. lav., 18 agosto 2004, n. 16175, in *Foro amm.: CdS*, 2004, 2018.

⁵⁹ Non mancano, peraltro, autorevoli processualcivili che si sono espressi in senso critico riguardo alla mancata applicazione dell'istituto della sospensione necessaria: G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 745; R. VACCARELLA, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 719.

⁶⁰ Cass., Sez. lav., 5 marzo 2003, n. 3252, in *Giust. civ.*, 2004, I, 817.

⁶¹ Così D.F.G. TREBASTONI, *La tutela giurisdizionale dei dipendenti di pubbliche amministrazioni*, Torino, 2006, 332; in giurisprudenza, Cass., Sez. un., 17 luglio 2001, n. 9650, in *Foro it.*, 2002, I, 2697; *contra*, A. TRAVI, *op. cit.*, 319. Sul criterio per qualificare un atto amministrativo come presupposto di un altro atto, da

critici.

A prescindere dal fatto che, in tal modo opinando, si vanificherebbe la riserva di giurisdizione al giudice amministrativo per le procedure concorsuali⁶², è di tutta evidenza che, l'ammissione di siffatto potere di disapplicazione presupporrebbe che il giudice ordinario conosca *principaliter*, e non già *incidenter*, degli atti del procedimento concorsuale⁶³. In altri termini, lo strumento della disapplicazione dell'atto amministrativo presupposto previsto dall'art. 63, comma 1, del testo unico non è qui utilmente invocabile in quanto il giudice del lavoro non è chiamato a conoscere di un rapporto obbligatorio con riferimento al quale la questione della legittimità del provvedimento amministrativo costituisca un antecedente logico-giuridico di una decisione concernente la fondatezza di una pretesa avente consistenza di diritto soggettivo, ma, al contrario, quest'ultima pretesa può essere ritenuta fondata solo a conclusione di un giudizio sulla legittimità del provvedimento, che conseguentemente viene a rappresentare l'oggetto principale della controversia⁶⁴.

ultimo, F. ANCORA, *L'individuazione dell'atto amministrativo presupposto*, in *Giur. amm.*, 2009, IV, 293 ss.; nell'ambito della dottrina più risalente, cfr., per tutti, A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 188, il quale, per riconoscere tale carattere ad un determinato atto, dà rilievo all'effetto di tale atto e lo presenta come un atto produttivo di un effetto che a sua volta va ad inserirsi nella fattispecie di un atto successivo in qualità di elemento di quest'ultimo.

⁶² A. TRAVI, *op. cit.*, 319; analogamente, M. DELL'OLIO, *La tutela dei diritti del dipendente pubblico dinanzi al giudice ordinario*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 136; P. SORDI, *Poteri del giudice ordinario nelle controversie di pubblico impiego*, in *Corr. giur.*, 1999, 510, secondo cui la formula omnicomprensiva contenuta nell'art. 68, comma 4, d.lgs. n. 29/1993 (oggi art. 63, comma 4, d.lgs. n. 165/2001) induce a ritenere che la volontà del legislatore «sia stata quella di attribuire solamente al giudice amministrativo la cognizione su qualsiasi tipo di questione che possa porsi in relazione ai concorsi per l'assunzione»; G. TRISORIO LIUZZI, *Controversie relative ai rapporti di lavoro*, in F. CARINCI - M. D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, 2ª ed., Milano, 2000, III, 1822; A. GARILLI, *op. cit.*, 18.

⁶³ V. TENORE, *Devoluzione al G.O. del contenzioso sul pubblico impiego*, in G. NOVELLO - P. SORDI - E.A. APICELLA - V. TENORE, *Le nuove controversie sul pubblico impiego privatizzato e gli uffici del contenzioso*, Milano, 2001, 31, nota 44, secondo cui, stante la loro immediata lesività, gli atti del procedimento concorsuale devono essere impugnati direttamente innanzi al giudice amministrativo. In giurisprudenza, v. per tutte Trib. Ravenna, ord. 27 giugno 2007 (in *Lav. nella giur.*, 2008, n. 3, 281, con commento di F. MARTELLONI, *I poteri di intervento del giudice ordinario sull'atto amministrativo presupposto*), che nota come la disapplicazione dell'atto amministrativo sia consentita dall'art. 63, comma 1, d.lgs. n. 165/2001 «solo come accertamento incidentale dell'illegittimità dell'atto stesso; non esiste un potere del giudice ordinario di disapplicare l'atto amministrativo in via principale, poiché un simile potere equivarrebbe a quello di annullamento, che è invece riservato al giudice amministrativo. La circostanza che, ammettendo la disapplicabilità di tali atti da parte del giudice ordinario, si solleverebbe l'interessato dall'onere di denunciare i vizi degli atti stessi entro termini di decadenza è evidenziata da D.F.G. TREBASTONI, *Tutela dei pubblici dipendenti e lacune normative*, in www.giustizia-amministrativa.it, § 2.

⁶⁴ P. PICONE, *Lavoro pubblico e lavoro privato: problemi di giurisdizione. Il punto di vista del giudice ordinario*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, 609; nello stesso senso, A. MANNA, *op. cit.*, § 4, il quale analogamente osserva che, in tal caso, il giudice ordinario verrebbe a conoscere in via principale di atti amministrativi lesivi di interessi

Se ne deve dedurre, ad avviso della stessa giurisprudenza civile, che, ove la controversia sul diritto all'assunzione implichi il sindacato sulla legittimità degli atti del procedimento concorsuale, nessuna disapplicazione è consentita al giudice del lavoro⁶⁵: la tutela dev'essere accordata dal giudice amministrativo perché il potere di disapplicazione del giudice ordinario presuppone proprio che la controversia cada su un diritto soggettivo sul quale incide un atto amministrativo oggetto di cognizione *incidenter tantum*⁶⁶, e non già, come nella specie, una situazione giuridica suscettibile di assumere la consistenza di diritto soggettivo solo dopo la rimozione del provvedimento⁶⁷.

Al giudice del lavoro spetta, dunque, accertare le conseguenze dei vizi della procedura concorsuale sul contratto di lavoro⁶⁸, senza, tuttavia, che ciò comporti il potere di sindacare in alcun modo la procedura di individuazione del contraente e di disapplicare il provvedimento amministrativo, restando devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie relative ai vizi del procedimento ad evidenza pubblica⁶⁹.

Stando così le cose, appare inevitabile individuare, anche in tal caso, quella «doppia tutela» che la stessa giurisprudenza civile, pur tendenzialmente incline ad attribuire al giudice del lavoro una giurisdizione piena al fine di superare le difficoltà di tutela cui dà luogo una giurisdizione ripartita⁷⁰, ha infine dovuto ammettere quantomeno con riguardo

legittimi, poiché l'illegittimità dell'atto, peraltro divenuto inoppugnabile per inutile decorso dei termini, costituisce la *causa petendi* della domanda. Per il giudice ordinario è, invece, possibile conoscere *incidenter tantum* di quegli atti amministrativi che, nel momento in cui sono stati adottati, non abbiano inciso immediatamente su posizioni soggettive del pubblico dipendente e non fossero, pertanto, dallo stesso impugnabili innanzi al giudice amministrativo.

⁶⁵ Così R. VACCARELLA, *ibidem*; negli stessi termini, S. EVANGELISTA, *Pubblica amministrazione e assunzioni: forme, conseguenze e mezzi di tutela*, in *Dir. & Giust.*, 2003, n. 12, 27; P. SORDI, *Il giudice ordinario e le procedure selettive e concorsuali nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2005, 295-296.

⁶⁶ Cass., Sez. un., 18 ottobre 2005, n. 20107, in *CED Cassazione*, 2005.

⁶⁷ Cass., Sez. un., ord. 9 febbraio 2009, n. 3052, in *CED Cassazione*, 2009.

⁶⁸ Sul punto, *amplius, infra*, § 10.

⁶⁹ Cass., Sez. lav., 24 marzo 2004, n. 5941, in *Foro amm. : CdS*, 2004, 683.

⁷⁰ Cfr., ad es., Cass., Sez. un., 8 novembre 2005, n. 21592, in www.lexitalia.it, n. 11/2005, secondo cui l'art. 63 d.lgs. n. 165/2001 non consente al titolare del diritto soggettivo che risenta degli effetti di un atto amministrativo di scegliere, per la tutela del diritto, di rivolgersi al giudice amministrativo per l'annullamento dell'atto oppure al giudice ordinario per la tutela del rapporto di lavoro, previa disapplicazione dell'atto presupposto, dato che il diritto positivo consente solo l'instaurazione del giudizio ordinario, nel quale la tutela del lavoratore è pienamente assicurata dalla disapplicazione dell'atto e dagli ampi poteri attribuiti al giudice ordinario quanto alla possibilità di emanare tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi o di condanna richiesti per la tutela del diritto fatto valere; negli stessi termini, T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. I, 4 agosto 2008, n. 1087, in www.giustizia-amministrativa.it. Questa soluzione è condivisa da L. MENGHINI, *Tutela del lavoratore pubblico e disapplicazione degli atti amministrativi presupposti*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, 5-6, il quale, tuttavia, avverte che essa enfatizza l'importanza del meccanismo della disapplicazione e rimette allo stesso i termini concreti della tutela giurisdizionale accordata al pubblico dipendente.

agli atti di c.d. macroorganizzazione⁷¹. Del resto, ancorché sia indubbio che siffatta interferenza e sovrapposizione tra giurisdizioni, tra potere di annullamento del giudice amministrativo e potere di disapplicazione del giudice ordinario, crea non pochi problemi, ci sembra sinceramente insostenibile che il lavoratore che intenda impugnare l'atto di macroorganizzazione sia carente d'interesse⁷².

La verità è che il legislatore, probabilmente per evitare l'efficacia *erga omnes* della pronuncia, ha evitato di infrangere il residuo tabù dell'annullamento dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario - invero astrattamente superabile ai sensi dell'art. 113, ultimo comma, della Costituzione⁷³ - ed ha preferito dar vita ad un sistema in cui l'atto amministrativo incidente sul diritto all'assunzione può essere disapplicato a beneficio del dipendente vittorioso in giudizio, ma essere ancora applicato dall'amministrazione soccombente agli altri dipendenti⁷⁴ e/o, pur essendo stato annullato dal giudice amministrativo con effetti *ex tunc*, costituire il fondamento logico (in quanto ritenuto legittimo) della decisione adottata dal giudice del lavoro⁷⁵.

6. Le possibili soluzioni per ovviare alle discrasie a cui dà luogo l'attuale sistema dualista: a) individuazione del criterio di riparto, ergo della natura (esclusiva o meno) dei rispettivi ambiti di giurisdizione, e conseguente conferma dell'esistenza di ipotesi di «doppia tutela»

Al fine di individuare le possibili soluzioni intese ad ovviare alle discrasie cui dà luogo l'attuale sistema dualista, occorre adesso stabilire se, in seguito alla contrattualizzazione del rapporto di lavoro, sia stato mantenuto il tradizionale criterio di riparto della giurisdizione basato sulla natura della posizione giuridica azionata ovvero ci si trovi ormai in presenza di ipotesi di giurisdizione esclusiva (del giudice ordinario e/o del giudice

⁷¹ Sul punto, *ex plurimis*, Cass., Sez. un., 16 febbraio 2009, n. 3677, in *Foro amm.: CdS*, 2009, 911, con nota di R. PAPANIA, *Gli atti di organizzazione tra questioni di giurisdizione e esecuzione in forma specifica*. In dottrina, nel senso che è lo stesso art. 63, comma 1, a prender atto dell'inevitabile ammissibilità di una doppia tutela, preoccupandosi di stabilire che «[l']impugnazione davanti al giudice amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo», F. FIGORILLI, *op. cit.*, 231.

⁷² Come sostenuto da D. BORGHESI, *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, Padova, 2002, 30 ss., le cui conclusioni sono definite addirittura «sconcertanti» da A. POZZI, *Lavoratori pubblici e giurisdizione esclusiva tra principi costituzionali e effettività di tutela*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, ...

⁷³ Sul punto, sia consentito rinviare a F. SAIITTA, *Art. 113*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, 2006, III, 2156 ss.. Nel senso che quella di cui all'art. 63, comma 1, d.lg. n. 165/2001 non sarebbe una vera e propria disapplicazione, ma piuttosto una forma di annullamento con cognizione diretta dell'atto da parte del giudice ordinario, *id est* una deroga all'art. 4 l. n. 2248/1865, all. E, con conseguente giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, F. PATRONI GRIFFI, *Lavoro pubblico e giurisdizione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, 211 ss.

⁷⁴ S. VENEZIANO, *Dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla giurisdizione (quasi) esclusiva del giudice del lavoro*, in *Trib. amm. reg.*, 2000, II, 112.

⁷⁵ F. FIGORILLI, *op. cit.*, 195.

amministrativo, negli ambiti rispettivamente loro assegnati dai commi 1 e 4 dell'art. 63 del testo unico).

Anche a tal proposito residuano profonde incertezze.

Con riguardo alla generale giurisdizione del giudice ordinario, sia in dottrina⁷⁶ che in giurisprudenza⁷⁷ v'è stato, specie all'indomani della riforma (ma anche più di recente), chi ha ritenuto che l'attribuzione legislativa sia stata effettuata *ratione materiae*, dunque prescindendo dalla qualificazione giuridica della posizione soggettiva dedotta in giudizio.

Persino il Consiglio di Stato aveva inizialmente affermato che l'art. 68 del decreto legislativo n. 29 del 1993 ha operato una devoluzione per materia delle controversie relative al rapporto di pubblico impiego, istituendo in definitiva una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, con l'unica eccezione della conservazione al giudice amministrativo delle controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione, che il legislatore ha considerato attinenti al profilo pubblicistico dell'organizzazione amministrativa⁷⁸.

Adesso, però, la prospettiva più largamente seguita è quella secondo cui il legislatore, anche nel 2001, si è mosso secondo una logica dualista, implicitamente escludendo un'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario: secondo questa impostazione, dunque, l'art. 63 del testo unico «risulta del tutto coerente con la consistenza di diritti soggettivi riconosciuti alle parti del rapporto di lavoro privatizzato»⁷⁹.

⁷⁶ Tra i primi, C. ZOLI, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, in *Giorn. dir. lav.*, 1993, 648, traendo spunto dal collegamento biunivoco tra materia e giurisdizione; successivamente, B. SASSANI, *op. cit.*, 4, il quale si basa proprio sul testo normativo, nella parte in cui si afferma la devoluzione al giudice del lavoro di «tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione» (art. 63, comma 1, d.lgs. n. 165/2001); G. VIRGA, *La materia concorsuale è incompatibile col criterio della natura giuridica della natura giuridica della pretesa azionata* (commento a TAR Abruzzo, Pescara, sent. 7 dicembre 2001 n. 1187), in www.lexitalia.it, n. 1/2002.

⁷⁷ In tal senso, senza pretese di completezza, T.A.R. Lazio, Sez. III *ter*, 14 agosto 2007, n. 7832, in www.giustizia-amministrativa.it; Trib. Ravenna, ord. 14 maggio 2007, cit.; App. L'Aquila, 8 gennaio 2002, in *Dir. lav.*, 2002, II, 65, con nota di M. GUALDI, *In tema di incarichi dirigenziali nel pubblico impiego*; T.A.R. Lombardia-Brescia, 8 luglio 2000, n. 618, in *Trib. amm. reg.*, 2000, I, 3805; Trib. Venezia, ord. 8 giugno 2000, in *Foro it.*, 2001, I, 719; Trib. Pordenone, 20 marzo 2000, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, 909, con nota di R. VIANELLO, *Pubblico impiego privatizzato e posizioni giuridiche transgeniche*; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 18 dicembre 1999, n. 1282, in *Giust. civ.*, 2000, I, 917; T.A.R. Lazio, Sez. III, 12 luglio 1999, n. 2125, in *Trib. amm. reg.*, 1999, I, 3112; T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. III, 20 maggio 1999, n. 1098, in *Giust. civ.*, 2000, I, 271; Pret. Venezia, 21 aprile 1999, in *Lav. nella giur.*, 1999, 837, con nota di R. VIANELLO, *Gli interessi legittimi nel pubblico impiego privatizzato*; Trib. Avellino, ord. 20 aprile 1999, in *Lav. nella giur.*, 1999, 872; Pret. Ancona, 22 ottobre 1998, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2191.

⁷⁸ Sez. V, 15 marzo 2001, n. 1519, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2526.

⁷⁹ Così A. TRAVI, *op. cit.*, 306. Nello stesso senso, più o meno nello stesso periodo, si sono espressi: D. IARIA, *La risarcibilità della lesione degli interessi legittimi nel contenzioso del lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, 249 ss.; Id., *L'ambito oggettivo*, cit., 288; U. COREA, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi nel pubblico impiego privatizzato*, in *Giust. civ.*, 2000, 2955 ss.; M. D'ANTONA, *Contratto collettivo*,

In giurisprudenza, la tesi secondo cui, nel nuovo pubblico impiego privatizzato, risulterebbero azionabili esclusivamente situazioni giuridiche definibili come diritti soggettivi ha avuto l'autorevole avallo della Corte di cassazione, che, in un'importante pronuncia di ormai un decennio fa, ha affermato che, a seguito della riforma del 1993, «le posizioni soggettive dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni sono state modificate nel senso che nei rapporti di lavoro non è dato di identificare interessi legittimi di diritto pubblico ai quali si riferisce l'art. 103 Cost. [...] quand'anche la lesione lamentata dal prestatore di lavoro derivi dall'esercizio di poteri discrezionali dell'amministrazione datrice di lavoro, la situazione soggettiva lesa dovrà qualificarsi alla stregua delle più recenti classificazioni civilistiche, come interesse legittimo di diritto privato, da riportare, quanto alla tutela giudiziaria, all'ampia categoria dei "diritti" di cui all'art. 2907 cod. civ.»⁸⁰.

Ebbene, a prescindere dalla dubbia utilità di ricorrere alla nozione di «interesse legittimo di diritto privato»⁸¹, peraltro rievocata in successive pronunce⁸², va dato atto che la giurisprudenza più recente è ormai quasi del tutto univoca nell'affermare che, a seguito dell'approvazione della graduatoria definitiva, la pubblica amministrazione non esercita più poteri autoritativi, ma adotta meri atti paritetici, a fronte dei quali vengono in luce posizioni consolidate implicanti diritti soggettivi, e non già interessi legittimi⁸³. L'idea di fondo, in sostanza, è che «i poteri di gestione del personale rispondono nel lavoro pubblico, come in quello privato, ad uno schema normativamente unificato, che non è quello del potere pubblico, ma quello dei poteri privati»⁸⁴.

Ne consegue, secondo l'opinione prevalente, che permane il criterio di riparto basato sulla situazione giuridica che s'intende tutelare, dovendosi escludere - anche alla luce del

sindacati e processo del lavoro dopo la "seconda privatizzazione" del pubblico impiego, in *Foro it.*, 1999, I, 630; A. CORPACI, *La giurisdizione dopo la seconda fase della riforma: novità e prima applicazione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 1059; M. MAZZAMUTO, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario?*, in *Giur. it.*, 1999, 1128. Già prima, M. CLARICH - D. IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, Rimini, 1994, 382 e 399, nota 18; F. CARINCI - M.T. CARINCI, *La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in *Dir. prat. lav.*, 1993, 15, XVIII. Più recentemente, D.F.G. TREBASTONI, *Tutela dei pubblici dipendenti*, cit., §§ 1 e 2; M. OCCHIENA, *op. cit.*, 1847; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *ibidem*; A. GARILLI, *op. cit.*, 14-15; E.A. APICELLA, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, 612; D. BORGHESI, *op. cit.*, 12.

⁸⁰ Sez. un., 24 febbraio 2000, n. 41, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1551 e in *Foro it.*, 2000, I, 1483.

⁸¹ Sul punto, per tutti, D. IARIA, *La Cassazione e gli interessi legittimi nel rapporto di lavoro pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 808.

⁸² Cfr., ad es., Cass., Sez. un., 22 febbraio 2006, n. 3880, in *CED Cassazione*, 2006; Trib. Bologna, 23 aprile 2001, in *Lav. nella giur.*, 2001, 1059, con nota di A. BOSCATI, *Conferimento degli incarichi dirigenziali tra discrezionalità del datore di lavoro pubblico e controllo giudiziale*.

⁸³ T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. II, 31 marzo 2007, n. 1354, in www.giustizia-amministrativa.it; Cass., Sez. un., 22 marzo 2001, n. 128, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1975; Trib. Modena, 2 agosto 2000, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, 1122; T.A.R. Sardegna, 23 giugno 1999, n. 805, in *Foro amm.*, 2000, 646 e in *Trib. amm. reg.*, 1999, I, 3726; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 10 maggio 1999, n. 601, *ibidem*, 2528.

⁸⁴ In questi termini si esprime Cass., Sez. un., n. 7859/2001, cit.

richiamo all'istituto della disapplicazione⁸⁵ - che il rapporto di lavoro sia oggetto di una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario⁸⁶. Del resto, anche in materia di appalti pubblici, la giurisprudenza è ormai del tutto unanime nell'affermare che le posizioni soggettive nascenti dal contratto hanno tutte consistenza di diritti soggettivi⁸⁷.

Analogamente, non è mancato chi, specie all'indomani della riforma, ha ritenuto «esclusiva», in quanto attribuita *ratione materiae*, la residua giurisdizione del giudice amministrativo in materia di concorsi⁸⁸. Anche in tal caso, tuttavia, tale convincimento - invero giustificato, almeno in parte, dall'esemplare vicenda delle «sette materie» di cui all'art. 2, comma, 1, lett. c), della legge delega n. 421 del 1992, in origine espressamente escluse dalla privatizzazione, dalla contrattazione e dalla giurisdizione ordinaria⁸⁹ - si è andato via via attenuando, nel senso che dottrina e giurisprudenza sono ormai pressoché unanimi nell'affermare che nel pubblico impiego contrattualizzato non residua più alcuna ipotesi di giurisdizione esclusiva, estesa cioè ai diritti soggettivi, sicché la riserva al giudice amministrativo in tema di concorsi risulta riferita alla giurisdizione di legittimità⁹⁰.

⁸⁵ Sul punto, F. LUNARDON, *op. cit.*, 326; S. VENEZIANO, *op. cit.*, 109.

⁸⁶ T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 17 gennaio 2000, n. 2, in *Giust. civ.*, 2000, I, 917; Pret. Catanzaro, 17 febbraio 1999, *ivi*, 1999, I, 1869.

⁸⁷ Tra le più recenti, T.A.R. Veneto, Sez. I, 13 marzo 2009, n. 601, in www.giustizia-amministrativa.it; Cass., Sez. un., ord. 7 novembre 2008, n. 26792, in *CED Cassazione*, 2008; T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. II, 6 maggio 2008, n. 1270, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 18 aprile 2008, n. 753, *ibidem*; Cass., Sez. un., 20 dicembre 2006, n. 27170, in *Giur. it.*, 2007, 1532; Cons. St., Sez. IV, 12 settembre 2006, n. 5318, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁸ Così D. BORGHESI, *op. cit.*, 18 ss., che, riconducendo al diritto soggettivo anche le controversie sulle procedure concorsuali e ritenendo che non venga «in discussione l'impugnazione di un atto amministrativo presupposto, ma la normale pregiudizialità-dipendenza che lega il concorso all'assunzione», perviene alla conclusione che il giudice ordinario possa sospendere il processo in attesa della definizione del giudizio amministrativo, ai sensi dell'art. 295 c.p.c.. In giurisprudenza, T.A.R. Lombardia-Brescia, n. 618/2000, cit.; Trib. Venezia, ord. 8 giugno 2000, cit.; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, n. 1282/1999, cit.; T.A.R. Lombardia-Brescia, 1 giugno 1999, n. 497, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2837, con nota di E.A. APICELLA, *Della giurisdizione sugli incarichi dirigenziali nelle amministrazioni pubbliche*; T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. III, n. 1098/1999, cit.; Trib. Avellino, ord. 20 aprile 1999, cit.. *Contra*, A. GARILLI, *op. cit.*, 19, secondo il quale ciò contrasta con il dato letterale dell'art. 63, comma 4, d.lgs. n. 165/2001, che qualifica come esclusiva soltanto la giurisdizione amministrativa sui rapporti di lavoro rimasti a regime pubblicistico, e lascerebbe priva di qualsivoglia giustificazione la scelta operata dal legislatore. A nostro avviso, la tesi di Borghesi si pone in contrasto anche con la lettera del comma 1 dello stesso art. 63, che esclude la sospensione del processo davanti al giudice del lavoro nel caso in cui vengano impugnati innanzi al giudice amministrativo gli atti amministrativi (semplicemente) «rilevanti» e non (necessariamente) «presupposti»: non sembra, infatti, che possa negarsi la rilevanza degli atti della procedura concorsuale ai fini della decisione sulla controversia concernente la pretesa all'assunzione.

⁸⁹ F. CARINCI, *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di una scommessa perduta)*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, 1049 ss.

⁹⁰ D. IARIA, *L'ambito oggettivo*, cit., 287, secondo cui ciò è confermato, *a contrario*, dal contestuale riferimento alla giurisdizione esclusiva per le controversie relative ai rapporti di lavoro concernenti il

Da questo punto di vista, dunque, non sarebbe cambiato nulla rispetto a prima della privatizzazione, quando la devoluzione alla cognizione del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità, delle controversie in materia di concorsi era giustificata dal fatto che, prima della costituzione del rapporto di pubblico impiego, le posizioni degli aspiranti hanno natura e consistenza di interessi legittimi⁹¹.

Peraltro, al contrario di quanto si potrebbe pensare, non è nemmeno scontato che chi configura come esclusiva la giurisdizione del giudice ordinario faccia altrettanto per la giurisdizione del giudice amministrativo, essendosi registrato, sia in dottrina che in giurisprudenza, anche un orientamento in certo senso intermedio, che propende per un criterio «misto» di riparto, secondo il quale la generale attribuzione al giudice ordinario delle controversie di cui al comma 1 dell'art. 63 sarebbe stata operata *ratione materiae*, mentre il mantenimento della residua giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie di cui al successivo comma 4 si fonderebbe sulla persistenza di posizioni di interesse legittimo nella fase antecedente alla costituzione del rapporto di lavoro⁹².

A nostro avviso, la soluzione preferibile è senz'altro quella che, prendendo atto che, ancorché entro margini assai limitati, permane un ambito di rilevanza del potere pubblico che si concretizza nell'adozione di veri e propri provvedimenti amministrativi, che la contrattualizzazione del rapporto non è riuscita a cancellare, e che, quindi, sopravvivono interessi legittimi (al corretto esercizio di tale potere, come in materia concorsuale)⁹³, ritiene tuttora esistente il tradizionale criterio di riparto della giurisdizione basato sulla natura delle situazioni soggettive del destinatario delle determinazioni dei pubblici

personale non contrattualizzato, operato dallo stesso art. 63, comma 4, d.lgs. n. 165/2001; nello stesso senso, L. TORCHIA, *op. cit.*, 1060; A. TRAVI, *Sub art. 33*, in A. CORPACI - M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 293; C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. CARINCI - M. D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro*, cit., 97. Più recentemente, F. CARINGELLA - R. DE NICTOLIS - R. GAROFOLI - V. POLI, *Il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario*, in www.giustizia-amministrativa.it, § 6.1., secondo i quali che la giurisdizione del giudice amministrativo sui concorsi rimanga di legittimità e non assuma contorni di esclusività si ricava dall'esplicita riserva alla permanenza («restano ferme»: art. 63, comma 4, cit.) della giurisdizione amministrativa. tradizionalmente intesa di legittimità; M. OCCHIENA, *op. cit.*, 1835; P. PICONE, *op. cit.*, 607-608. In giurisprudenza, T.A.R. Veneto, Sez. II, 5 dicembre 2008, n. 3737, in *Foro amm.: TAR*, 2008, 3307; T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. IV, 2 aprile 2008, n. 555, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Calabria-Reggio Calabria, 22 febbraio 2006, n. 320, *ibidem*; Cass., Sez. un., ord. 23 marzo 2005, n. 6217, in *Foro amm.: CdS*, 2005, 1665; T.A.R. Veneto, Sez. II, 19 febbraio 2001, n. 320, in *Foro amm.*, 2001, 1260; T.A.R. Calabria-Catanzaro, 26 ottobre 1999, n. 1150, in *Giust. civ.*, 2000, I, 270; Trib. Messina, 28 giugno 1999, *ibidem*, 268.

⁹¹ *Ex multis*, Cass., Sez. un., 20 febbraio 1996, n. 1287 e 23 novembre 1985, n. 5813, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 468 e in *Giust. civ.*, 1986, I, 734.

⁹² Così F. PANARIELLO - L. GIUGLIANO - V. AMIRANTE, *op. cit.*, 1454; in giurisprudenza, T.A.R. Abruzzo-Pescara, 26 febbraio 2000, n. 132, in *Trib. amm. reg.*, 2000, I, 1961.

⁹³ Così F. FIGORILLI, *op. cit.*, 170; A. MANNA, *op. cit.*, § 1.

poteri⁹⁴.

Una volta escluso, da un lato, che tutte le situazioni soggettive coinvolte nei rapporti di lavoro con le amministrazioni pubbliche assumano la consistenza di veri e propri diritti soggettivi⁹⁵ (si pensi agli atti amministrativi presupposti e, appunto, a quelli delle procedure concorsuali) e, dall'altro, che, in materia di lavoro pubblico contrattualizzato, vi siano ipotesi di giurisdizione esclusiva (del giudice ordinario e/o del giudice amministrativo) *ratione materiae*, non si vede come possa precludersi al lavoratore di scegliere tra il ricorso al giudice ordinario - che, però, potrà soltanto disapplicare l'eventuale atto amministrativo illegittimo incidente sul suo diritto all'assunzione - ed il ricorso al giudice amministrativo, che potrà, invece, definitivamente eliminare l'atto stesso⁹⁶.

Viene, dunque, confermata l'esistenza di ipotesi di «doppia tutela»⁹⁷, non potendosi concordare con coloro che escludono la possibilità per il lavoratore di impugnare in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità l'atto presupposto⁹⁸ o comunque ritengono di dubbia utilità una siffatta impugnativa diretta⁹⁹. In tal modo opinando, infatti, si discrimina ingiustificatamente l'interesse del lavoratore pubblico rispetto a quello di un qualsiasi soggetto terzo e si trascura di considerare che - a prescindere dalla maggiore incisività della tutela assicurata dal giudice amministrativo, dotato di un armamentario processuale più consono a sindacare i vizi funzionali dell'atto¹⁰⁰ - la disapplicazione non è in grado di garantire gli stessi risultati dell'annullamento¹⁰¹. E', d'altronde, di tutta evidenza che l'unica soluzione idonea a garantire una tutela piena ed effettiva - che è, appunto,

⁹⁴ In tal senso, esplicitamente, T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. II, 22 gennaio 2002, n. 122, in *Foro amm.: TAR*, 2002, 238; T.A.R. Umbria, 17 luglio 2000, n. 590, in *Rass. giur. umbra*, 2000, 906.

⁹⁵ F. FIGORILLI, *op. cit.*, 177.

⁹⁶ F. FIGORILLI, *op. cit.*, 194.

⁹⁷ Com'è noto, casi di doppia tutela si verificano anche in altri ambiti, come, ad es., di violazione delle distanze fra costruzioni sfociata nel rilascio di un titolo edilizio (T.A.R. Abruzzo-Pescara, Sez. I, 31 marzo 2009, n. 196, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Puglia-Bari, Sez. III, 10 marzo 2009, n. 486, *ibidem*; Cons. St., Sez. VI, 13 giugno 2008, n. 2954, *ibidem*) e di contenzioso tributario (Comm. Trib. centr., 18 maggio 1982, n. 5026, in *Boll. trib.*, 1983, 1115).

⁹⁸ Così, ad es., M. D'ANTONA, *op. cit.*, 631, secondo cui tale atto potrebbe essere impugnato innanzi al giudice amministrativo soltanto da un terzo estraneo al rapporto di lavoro, e non anche dal dipendente della pubblica amministrazione, che sarebbe legittimato soltanto a chiederne la disapplicazione al giudice ordinario; nello stesso senso, L. TORCHIA, *op. cit.*, 1061.

⁹⁹ In tal senso, M. CLARICH - D. IARIA, *op. cit.*, 582, secondo cui, normalmente, il lavoratore è in grado di raggiungere lo stesso risultato chiedendo la disapplicazione dello stesso atto al giudice del lavoro.

¹⁰⁰ Sul punto, diffusamente, T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. II, 24 maggio 2006, n. 3044, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰¹ F. FIGORILLI, *ibidem*, nota 65; nello stesso senso, A. MANNA, *ibidem*; P. PICONE, *op. cit.*, 600-601; già prima, A. TRAVI, *La giurisdizione*, cit., 307.

quella di ammettere la contemporanea instaurazione di due giudizi autonomi¹⁰² - non può essere scartata in ragione della complessiva incoerenza interna del sistema che si viene così a configurare: in presenza di una scelta di politica legislativa che, ancorché opinabile, è assai chiara (nella misura in cui configura in modo inequivocabile un ambito di tutela di annullamento innanzi al giudice amministrativo), l'interprete, anziché stravolgere le norme, deve semmai adoperarsi per trovare delle soluzioni idonee a superare le discrasie derivanti dalle situazioni di doppia tutela.

7. Segue: b) l'interpretazione restrittiva dell'art. 63, comma 1, del testo unico. Critica: il limite della «vis attractiva» della giurisdizione amministrativa è nella legge

A tal fine, una prima possibile opzione interpretativa è quella che ruota attorno all'interpretazione restrittiva del comma 1 dell'art. 63 del testo unico.

Ci riferiamo alla giurisprudenza, invero non recentissima ed alquanto isolata, che ha sostenuto che il «diritto all'assunzione» a cui allude l'anzidetta disposizione (e di cui parla espressamente il successivo comma 2) presuppone che non venga contestata la conformità a legge di una procedura concorsuale, per cui le «controversie concernenti l'assunzione al lavoro» devolute al giudice ordinario sono soltanto quelle in cui non venga in contestazione lo svolgimento di «procedure concorsuali per l'assunzione» medesima¹⁰³.

A fondamento di questa tesi è stata talvolta sottolineata la natura di atto preparatorio ed organizzativo di carattere generale della graduatoria impugnata, la quale, al pari degli altri atti generali di organizzazione finalizzati al rispetto non tanto dei singoli diritti individuali, quanto del principio generale di buon andamento della pubblica amministrazione, resta al di fuori della cognizione del giudice del lavoro in quanto priva di una diretta attinenza e ripercussione all'interno del singolo individuale rapporto di lavoro in sé considerato¹⁰⁴.

Analogamente, è stato evidenziato che, con l'azione intesa all'accertamento del diritto all'assunzione basata sull'assunto della scorretta formazione della graduatoria concorsuale, non si agisce, in realtà, a tutela del diritto di essere assunti, bensì « a tutela di qualcosa di diverso e cioè dell'interesse a che la graduatoria venga formata nel rispetto delle regole poste dall'avviso di reclutamento e dalla legge, facendo quindi valere una

¹⁰² S. VENEZIANO, *op. cit.*, 110. In giurisprudenza, T.A.R. Umbria, Sez. I, 3 febbraio 2009, n. 34, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Veneto, Sez. II, 30 novembre 2007, n. 3784, *ibidem*; T.R.G.A. Trentino Alto Adige-Trento, Sez. I, 13 febbraio 2007, n. 22, *ibidem*; Cons. St., Sez. V, 18 gennaio 2006, n. 128, *ibidem*; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 18 dicembre 2003, n. 15454, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Umbria, 8 marzo 1999, n. 193, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1528.

¹⁰³ Così Pret. Catania, ord. 2 giugno 1999, in *Rass. amm. sic.*, 1999, 573. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, cfr. P. PICONE, *op. cit.*, 612-613.

¹⁰⁴ Pret. Parma, ord. 27 ottobre 1998, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1529; Trib. Parma, ord. 3 dicembre 1998, cit.

posizione di interesse legittimo nell'ambito della procedura concorsuale»¹⁰⁵.

Questo orientamento giurisprudenziale è parso condivisibile a certa dottrina, secondo cui lo stesso si basa su una corretta applicazione del criterio del *petitum* sostanziale: nell'ipotesi che ci occupa, di contestuale contestazione degli atti relativi alla procedura concorsuale e di quelli relativi all'assunzione (ovvero alla mancata assunzione), nella sostanza si contestano gli atti amministrativi che dispongono l'esclusione dal concorso e/o attribuiscono ad altri la qualità di vincitori¹⁰⁶.

Quest'ultimo assunto è condivisibile, non potendo - a nostro avviso - porsi in dubbio che la giurisdizione sugli atti delle procedure concorsuali sia riservata al giudice amministrativo né che la giurisdizione ordinaria sul contratto di lavoro non implichi in alcun modo il potere dello stesso giudice di disapplicare tali atti.

Ma non è questo il punto.

La difficoltà di immaginare, in siffatta ipotesi, la concentrazione delle tutele presso un unico giudice - per ipotesi, quello amministrativo - deriva dalla lettera dell'art. 63, comma 1, del testo unico, che non autorizza in alcun modo l'interprete a porre siffatti limiti alla giurisdizione del giudice ordinario sul rapporto di lavoro già costituito. In sostanza, la suesposta tesi opera un'eccessiva forzatura del dato letterale di tale disposizione, che non consente una siffatta interpretazione riduttiva, la quale peraltro sarebbe in contrasto con lo stesso spirito della riforma, che - com'è stato a più riprese evidenziato - è chiaramente intesa ad operare una generale attribuzione della giurisdizione sulle controversie in materia di lavoro pubblico al giudice ordinario ed a limitare, conseguentemente, al massimo le eccezioni a tale regola. Giustamente, pertanto, si è osservato che, aderendo alla suddescritta tesi, si finirebbe per «vulnerare gravemente l'unitarietà o globalità [...] della cognizione del giudice ordinario su tutti gli atti comunque riconducibili alla costituzione del rapporto»¹⁰⁷.

E' per questo che, *de iure condito*, non può condividersi l'affermazione secondo cui «[r]ientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia relativa alla legittimità del diniego della stipulazione del contratto individuale di lavoro a causa del difetto, accertato successivamente all'esperimento della procedura concorsuale, del requisito delle qualità morali e di condotta». Se è vero, infatti, che, in siffatta ipotesi, «[l]'accertamento del diritto all'assunzione dei candidati coinvolge, in effetti, la verifica dei requisiti per la partecipazione al concorso stesso e, quindi, attiene alla fase

¹⁰⁵ Trib. Trieste, 8 ottobre 2002, in www.lexitalia.it, n. 10/2002.

¹⁰⁶ P. PUPO, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti delle procedure concorsuali fra potere del giudice ordinario di disapplicazione degli atti amministrativi presupposti ed ambiti di giurisdizione riservata al giudice amministrativo*, in www.lexitalia.it, n. 6/2005, § 3.3.

¹⁰⁷ T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. III, n. 1098/1999, cit.: Trib. Catania, ord. 30 novembre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 913, con nota di G. RICCI, *Tendenze giurisprudenziali in materia di lavoro nelle cooperative: qualificazione del rapporto, competenza giurisdizionale, trattamento retributivo, diritti sindacali*.

antecedente a quella costitutiva del rapporto di impiego»¹⁰⁸, è anche vero che ciò non è sufficiente per attribuire al giudice amministrativo la cognizione sulle «controversie concernenti l'assunzione al lavoro», che l'art. 63, comma 1, del testo unico riserva espressamente, senza limite alcuno, al giudice ordinario.

Appare, di contro, ineccepibile - ancorché evidenzi ancora una volta l'incoerenza complessiva del sistema, basato su un'eccessiva fiducia nello strumento della disapplicazione, che invece, come si è visto, non appare utilmente applicabile al caso in cui l'assunzione involga censure concernenti la procedura concorsuale - l'affermazione secondo cui rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia relativa all'atto di assunzione del primo classificato in un concorso, anche se non vengano svolte censure dirette contro tale atto, bensì esclusivamente contro la graduatoria concorsuale¹⁰⁹.

In altri termini, il principio di concentrazione delle tutele - che è stato invocato in dottrina per risolvere l'annosa questione della sorte del contratto d'appalto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione¹¹⁰ - non può essere qui applicato non tanto perché la concentrazione della giurisdizione per ragioni di connessione, in deroga alle ordinarie regole del riparto, sia possibile soltanto in forza di espresse previsioni legislative¹¹¹, quanto perché, in materia di contratto di lavoro su cui incida una pregressa procedura concorsuale, la doppia tutela è, purtroppo, imposta dalla legge. In altri termini, mentre nella materia degli appalti pubblici «la sottrazione al giudice amministrativo del sindacato sul contratto non è imposta da alcuna disposizione espressa, ma costituisce il risultato di un'opzione ermeneutica»¹¹², nel caso di specie sembra proprio la legge ad impedire un siffatto sindacato giurisdizionale allo stesso giudice dell'evidenza pubblica.

In definitiva, non sembra, quindi, che la strada da percorrere per risolvere i problemi derivanti dall'interferenza delle due giurisdizioni possa essere quella di privare il giudice ordinario della giurisdizione sul contratto di lavoro per il sol fatto che la stipula dello stesso faccia seguito ad una procedura concorsuale contestata.

¹⁰⁸ Così Cons. St., Sez. VI, 14 marzo 2006, n. 1349, in www.giustamm.it, n. 3/2006.

¹⁰⁹ Cons. St., Sez. V, 14 marzo 2007, n. 1233, in www.lexitalia.it, n. 3/2007.

¹¹⁰ Per tutti, S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, 215 ss.

¹¹¹ Così Cass., Sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27169, in *Giust. civ.*, 2008, I, 1456, con nota di richiami. Criticamente, sul punto, E.A. APICELLA, *Caducazione del contratto e frazionamento della pretesa giudiziale: notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sulle sorti del contratto ad evidenza pubblica*, *ibidem*, II, 523 ss., spec. 531, il quale rileva che il «frazionamento» della tutela imposto dall'anzidetta pronuncia si pone in netta controtendenza rispetto agli orientamenti della stessa Corte di cassazione. V., però, R. VILLATA, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ritorna, confermandola, sulla c.d. pregiudizialità amministrativa... ma le sezioni unite sottraggono al giudice amministrativo le controversie sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 308, secondo cui la pur rispettabilissima esigenza di concentrazione della lite non può bastare da sola, in mancanza di una - anche flebile - base normativa, a giustificare deroghe in punto di giurisdizione. Sull'inderogabilità della giurisdizione per ragioni di connessione, da ultimo, Cass., Sez. un., ord. 9 febbraio 2010, n. 2788, in www.lexitalia.it, n. 2/2010.

¹¹² E.A. APICELLA, *ibidem*.

8. *Segue: c) i rapporti tra l'annullamento della graduatoria concorsuale ed il contratto di lavoro e le tecniche di tutela. La reintegrazione in forma specifica e/o il giudizio di ottemperanza come strumenti per evitare il frazionamento della pretesa.*

Proprio prendendo le mosse dall'analoga¹¹³ questione, cui si è poc'anzi accennato, della sorte del contratto d'appalto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, possiamo provare ad abbozzare una soluzione del problema del frazionamento delle tutele con riguardo al caso di cui stiamo occupando: la situazione del vincitore del concorso è, infatti, assimilata a quella dell'aggiudicatario di un qualsiasi altro contratto¹¹⁴.

Anche qui la questione coinvolge, evidentemente, un preliminare profilo di ordine sostanziale: l'effetto dell'annullamento del provvedimento amministrativo (nella specie, la graduatoria concorsuale) rispetto all'atto che si basa su di esso (nella specie, il contratto di lavoro): l'ampiezza di tale effetto condiziona le vicende del diritto azionato innanzi al giudice del lavoro¹¹⁵.

Com'è noto, in materia di appalti pubblici, sono stati sostenuti nel tempo almeno quattro diversi orientamenti: quello dell'annullabilità relativa *ex art.* 1441 c.c.; quello della nullità, con conseguente applicabilità degli artt. 1421 ss. dello stesso codice; quello della caducazione automatica; quello dell'inefficacia¹¹⁶.

Corte di cassazione e Consiglio di Stato, però, sono ormai concordi nell'affermare che l'annullamento dell'aggiudicazione determina la caducazione automatica o l'inefficacia successiva del contratto, il quale non ha alcuna autonomia propria e non costituisce la fonte dei diritti ed obblighi tra le parti, ma, assumendo il valore di mero atto formale e riproduttivo, è destinato a subire gli effetti del vizio che inficia il provvedimento cui è inscindibilmente collegato ed a restare automaticamente ed immediatamente caducato, senza necessità di pronunce costitutive del suo cessato effetto (o di atti di ritiro dell'amministrazione), in conseguenza della pronunciata inefficacia *ex tunc*

¹¹³ Utilizziamo prudentemente questo termine perchè, secondo attenta dottrina, tra le due fattispecie v'è comunque una fondamentale differenza, attinente al fatto che, mentre nel caso degli appalti pubblici, attraverso il sindacato sulla deliberazione a contrarre, è possibile controllare anche parte del contenuto del contratto, stante la parziale coincidenza di quanto stabilito nei due atti, questo non avviene nel lavoro pubblico contrattualizzato, laddove l'atto pubblico di organizzazione che precede l'esercizio dei poteri privati datoriali ha un contenuto diverso da questi ultimi: A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, Milano, 2004, 44. Ciò non toglie, tuttavia, che, sotto il profilo qui esaminato, le due fattispecie possano considerarsi praticamente identiche: D.F.G. TREBASTONI, *La tutela*, cit., 333.

¹¹⁴ Cass., Sez. un., ord. n. 14529/2003, cit.; Sez. lav., n. 3252/2003, cit.

¹¹⁵ A. TRAVI, *La giurisdizione*, cit., 315.

¹¹⁶ Per un ampio *excursus* dottrinale e giurisprudenziale in argomento, può vedersi il recentissimo lavoro monografico di M. TIBERII, *La tutela del terzo nei contratti ad evidenza pubblica*, Napoli, 2010, 11-58.

dell'aggiudicazione travolta dall'annullamento giurisdizionale¹¹⁷.

Tuttavia, ancorchè la caducazione del contratto d'appalto costituisca un effetto (dell'annullamento dei provvedimenti amministrativi) discendente direttamente dalla legge, e non dalla statuizione di annullamento¹¹⁸, quest'ultima ne costituisce comunque il presupposto necessario, sicchè un giudizio di cognizione, seppure consistente nella mera presa d'atto di questo effetto, è pur sempre necessario¹¹⁹.

Ecco, allora, che si pongono i problemi di giurisdizione: questo limitatissimo ambito cognitivo spetta allo stesso giudice amministrativo che ha pronunciato l'annullamento dell'aggiudicazione ovvero al giudice civile?

Com'è risaputo, la Corte di cassazione ha optato per la seconda soluzione, affermando che la devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione sulla domanda volta a conseguire tanto la declaratoria di nullità quanto quella di inefficacia, ovvero l'annullamento, del contratto d'appalto a seguito dell'annullamento degli atti della procedura ad evidenza pubblica si giustifica in considerazione del fatto che la controversia non ha ad oggetto i provvedimenti riguardanti la scelta del contraente, ma il successivo rapporto di esecuzione del contratto derivante dalla sua stipulazione e rispetto al quale gli interessati invocano l'accertamento di un aspetto patologico al fine di impedirne l'adempimento; ne consegue, per un verso, che i predetti interessati esibiscono, al riguardo, situazioni giuridiche soggettive aventi consistenza di diritti soggettivi e, per altro verso, che si postula una verifica, da parte del giudice, di conformità alla normativa positiva delle regole in base alle quali l'atto negoziale è sorto ovvero è destinato a produrre i suoi effetti tipici¹²⁰.

Recentemente, il Consiglio di Stato ha mostrato di condividere tale orientamento¹²¹, pur criticato dalla dottrina¹²², ed anche la giurisprudenza amministrativa di primo grado si

¹¹⁷ In tal senso, tra le più recenti, Cass., Sez. I, 15 aprile 2008, n. 9906, in *CED Cassazione*, 2008; Cons. St., Sez. VI, 4 aprile 2007, n. 1523, in *Foro amm.: CdS*, 2007, 1235. Nell'ambito della giurisprudenza amministrativa di primo grado, T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. I, 29 luglio 2009, n. 4510, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 24 aprile 2009, n. 1173, *ibidem*; T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. III, 8 luglio 2008, n. 1267, *ibidem*; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 20 giugno 2008, n. 6055, *ibidem*; T.A.R. Liguria, Sez. II, 28 maggio 2008, n. 1132, *ibidem*.

¹¹⁸ In tal senso, Cass., Sez. un., n. 27169/2007, cit.

¹¹⁹ E.A. APICELLA, *op. ult. cit.*, 530-531.

¹²⁰ *Ex plurimis*, Sez. un., 18 luglio 2008, n. 19805 e 23 aprile 2008, n. 10443, in *CED Cassazione*, 2008 e in *Urb. e app.*, 2008, 1083, con nota di C. LAMBERTI, *L'esecuzione dell'annullamento: prove di un dialogo*; n. 27169/2007, cit.

¹²¹ *Ex multis*, Sez. V, 9 giugno 2009, n. 3531 e 9 dicembre 2008, n. 6057, in www.giustizia-amministrativa.it e in *Giur. amm.*, 2008, I, 1693; Ad. plen., 21 novembre 2008, n. 12 e 30 luglio 2008, n. 9, in *Urb. e app.*, 2009, 29 e in *Giur. amm.*, 2008, I, 951.

¹²² Per tutti, S.S. SCOCA, *op. cit.*, 218-221, secondo cui il contratto eventualmente già stipulato, che può effettivamente rappresentare un ostacolo per la protezione, piena ed effettiva, dell'interesse legittimo di chi ricorre, vittoriosamente, contro l'aggiudicazione, non rileva nel giudizio di annullamento né nella

è ormai allineata su questa posizione¹²³.

Va, tuttavia, segnalato che, da ultimo, la Corte di cassazione sembra aver mutato avviso, avendo affermato che «[l]a posizione soggettiva del ricorrente, che ha chiesto il risarcimento in forma specifica delle posizioni soggettive a base delle sue domande di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto concluso dall'aggiudicatario, è da trattare unitariamente dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi della Direttiva CE n. 66/2007, che riconosce il rilievo peculiare in tal senso alla connessione tra le due indicate domande, che pertanto vanno decise di regola da un solo giudice»¹²⁴.

A ciò si aggiunga che, nello schema di decreto legislativo di recepimento dell'anzidetta direttiva comunitaria, si prevede l'attribuzione al giudice amministrativo, in quanto giudice del procedimento di aggiudicazione, anche della cognizione del contratto d'appalto¹²⁵.

Più frastagliato è l'orientamento giurisprudenziale in tema di rapporti tra annullamento della graduatoria concorsuale (e, più in generale, atti della procedura concorsuale per l'assunzione) e contratto di lavoro.

Le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno affermato che l'approvazione della graduatoria, con correlativa designazione del vincitore del concorso, e la costituzione del rapporto di lavoro, pur essendo atti connessi e configurandosi l'uno come presupposto della validità dell'altro, restano reciprocamente distinti, sicchè il giudicato sull'atto presupposto, mentre può costituire la ragione di un successivo annullamento di quello subordinato, non ne determina di per sé la caducazione, rimanendo invece rimesso al potere conformativo dell'amministrazione disporre la cessazione di un rapporto di lavoro tuttora pendente, ancorché in assenza delle condizioni di legittimità dell'assunzione del

successiva fase amministrativa di conformazione alla sentenza, bensì esclusivamente in presenza di una nuova aggiudicazione.

¹²³ Tra le più recenti, T.A.R. Toscana, Sez. II, 30 settembre 2009, n. 1490 e 4 marzo 2009, n. 397, in *Giur. amm.*, 2009, II, 1190 e in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. II, 28 luglio 2009, n. 837 e 3 luglio 2009, n. 713, *ibidem*; T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. I, 4 giugno 2009, n. 1013, *ibidem*; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I bis, 15 gennaio 2009, n. 196, in *Giur. it.*, 2009, 1805; T.A.R. Liguria, Sez. II, 9 gennaio 2009, n. 39, in *Amb. e svil.*, 2009, 475.

¹²⁴ Sez. un., ord. 10 febbraio 2010, n. 2906, in www.giustamm.it, n. 2/2010, con commento di F. CARDARELLI.

¹²⁵ Sul punto, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni sulla bozza di decreto legislativo attuativo della delega di cui all'art. 44 l. n. 88/09 (presentate alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, l'11.2.2010)*, in www.giustamm.it, n. 2/2010, § 5.2., il quale nota come tale cognizione coinvolga delicati interessi in gioco, non solo di carattere privato, sicchè è da ritenere che la caducazione del contratto non possa derivare automaticamente dall'annullamento dell'aggiudicazione, ma debba formar oggetto di una specifica valutazione: in considerazione di ciò, la legge delega (art. 44 l. n. 88/2009), sulla scorta della direttiva comunitaria, ha attribuito al giudice amministrativo una competenza del tutto particolare, espressamente definita come «esclusiva e di merito».

lavoratore¹²⁶.

Ma non sono mancate pronunce di diverso tenore da parte della Sezione lavoro, la quale ha sostenuto che poiché, nei contratti ad evidenza pubblica, la scelta del soggetto con il quale stipulare il contratto è totalmente sottratta all'ambito dei poteri di autonomia negoziale delle amministrazioni pubbliche ed affidata a moduli di diritto pubblico, consistenti in procedimenti che culminano nel provvedimento amministrativo di individuazione del contraente, la mancanza, per qualsiasi ragione, del provvedimento presupposto rende giuridicamente inefficace il contratto, che dev'essere considerato come mai stipulato¹²⁷. A conclusioni analoghe la Sezione è pervenuta anche facendo leva sull'impossibilità di espletare la prestazione lavorativa, che comporta l'automatica estinzione delle obbligazioni dedotte nel sinallagma contrattuale¹²⁸.

La giurisprudenza amministrativa, dal canto suo, propende per la tesi della nullità, avendo affermato che l'accertata illegittimità dell'inclusione in graduatoria refluisce anche in relazione ai contratti di lavoro stipulati in violazione della *lex specialis* del procedimento, incidendo negativamente sotto il profilo della valida costituzione del rapporto di lavoro, impedito dalla violazione di norme imperative *ex art.* 1418 c.c.¹²⁹.

Quest'ultima tesi appare invero la più attendibile, specie in considerazione dell'inderogabilità delle disposizioni che impongono che l'accesso ai pubblici impieghi avvenga secondo le regole del concorso pubblico: a seguito dell'annullamento della graduatoria concorsuale, il successivo contratto individuale di lavoro resta privo di un elemento essenziale per la sua validità e risulta, conseguentemente, nullo ovvero inesistente¹³⁰.

Va, peraltro, tenuto presente che tutti i contratti collettivi dei diversi comparti hanno espressamente previsto, sin dalla prima tornata contrattuale, la risoluzione del contratto individuale di lavoro in caso di sopravvenuto annullamento della procedura di

¹²⁶ Sent. 28 gennaio 2003, n. 1238, in *Foro amm.: CdS*, 2003, 59.

¹²⁷ Sentt. 28 novembre 2008, n. 28456, 1 aprile 2004, n. 6450 e 24 marzo 2004, n. 5941 (in *Ragiusan*, 2009, n. 297-298, 23; in *Foro amm.: CdS*, 2004, 1024 e 683), concernenti tutte la risoluzione del rapporto di lavoro del direttore generale di un'a.s.l., determinata dall'annullamento dell'atto di nomina, con ritenuta caducazione del contratto.

¹²⁸ Sez. lav., 5 agosto 2000, n. 10322, in *Foro it. Rep.*, 2000, voce «Sanità pubblica», n. 369.

¹²⁹ Così T.A.R. Puglia-Bari, Sez. I, 19 aprile 2006, n. 1360, in www.giustizia-amministrativa.it. Di annullamento della nomina come conseguenza automatica dell'annullamento della precedente procedura concorsuale parla anche Cons. St., Sez. VI, 17 giugno 2009, n. 3954 (in *Giur. amm.*, 2009, I, 891), ma con chiaro riferimento a lavoratore a regime pubblicistico; il che è pacifico.

¹³⁰ Così M. MONTINI, *Il residuo ambito della giurisdizione amministrativa nel pubblico impiego privatizzato e gli effetti dell'annullamento dell'atto amministrativo presupposto sul rapporto di lavoro*, in *Foro amm.: CdS*, 2006, 907, il quale configura la graduatoria concorsuale in termini di vera e propria presupposizione giuridica, cioè come una obiettiva situazione di fatto e/o di diritto che è stata tenuta presente dai contraenti nella formazione del consenso. In argomento, *amplius*, P. SORDI, *Il licenziamento del dipendente pubblico: il quadro legale*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, 297.

reclutamento¹³¹.

Per quanto concerne la giurisdizione, la surriportata giurisprudenza civile secondo la quale l'annullamento degli atti della procedura concorsuale determina l'inefficacia del contratto è categorica nell'affermare che, «poiché tale condizione di inefficacia discende, non dalla disfunzione del procedimento di evidenza pubblica, ma dalla mancanza del provvedimento presupposto, deve escludersi che l'effetto costitutivo della caducazione del contratto possa derivare dalla statuizione di annullamento adottata dal giudice amministrativo, derivando esso direttamente dalla legge, che lo collega alla mancanza del relativo provvedimento. Al giudice ordinario compete quindi di accertare l'inefficacia del contratto»¹³². Soluzione, questa, che ci sembra in certo senso necessitata, ove si consideri, da un lato, l'ampiezza della devoluzione al giudice ordinario operata dall'art. 63, comma 1, del testo unico e, dall'altro, la circostanza che - come si è visto¹³³ - la giurisdizione del giudice amministrativo sui procedimenti concorsuali è di mera legittimità, e non anche esclusiva: se, in materia di appalti, si ritiene che ogni questione sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento della procedura ad evidenza pubblica sia devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario e, quindi, sottratta alla giurisdizione amministrativa, «quantunque esclusiva»¹³⁴, a fortiori deve escludersi che la decisione sulla sorte del contratto di lavoro a seguito dell'annullamento della procedura concorsuale possa essere devoluta alla giurisdizione amministrativa, che *in subiecta materia* è di sola legittimità.

Si ripresenta dunque, ancora una volta, il problema del frazionamento delle tutele, per ovviare al quale si potrebbe, in primo luogo, ipotizzare di sfruttare al massimo le potenzialità della giurisdizione amministrativa di legittimità.

Si allude al fatto che poiché - com'è noto - il giudice amministrativo ha il potere di condannare la pubblica amministrazione al risarcimento del danno anche nelle materie rientranti nella sua giurisdizione generale di legittimità (art. 7, comma 3, della legge n. 1034 del 1971), egli può oggi condannare l'amministrazione al risarcimento del danno

¹³¹ E.A. APICELLA, *Lavoro*, cit., 611; M. MONTINI, *op. cit.*, 906, nota 47.

¹³² Cass., Sez. lav., n. 5941/2004, cit., che precisa che tale competenza del giudice del lavoro non implica in alcun modo il potere di quest'ultimo di sindacare la procedura di reclutamento e di disapplicare i relativi atti, restando tali questioni devolute al giudice amministrativo.

¹³³ *Retro*, § 6.

¹³⁴ Così, testualmente, T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. I, 20 luglio 2009, n. 4398, in www.giustizia-amministrativa.it. Si consideri che Cass., Sez. un., n. 2906/2010, cit., ha ritenuto che la cognizione sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione possa essere attribuita al giudice amministrativo anche in considerazione del fatto che quest'ultimo esercita in materia giurisdizione esclusiva. Nel senso che il principio che impedisce alla connessione delle domande di derogare al riparto della giurisdizione vale soltanto nell'ipotesi della giurisdizione generale di legittimità e non anche nel diverso caso della giurisdizione esclusiva, G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti* (Relazione al Convegno su: «Gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sui contratti della pubblica amministrazione» - Parma, 23-24 maggio 2008), in www.giustamm.it, n. 7/2008, § 3.

conseguente all'annullamento di una procedura concorsuale ritenuta illegittima¹³⁵. E siccome - come pure è risaputo - l'anzidetta condanna risarcitoria può essere disposta «anche attraverso la reintegrazione in forma specifica» (art. 7, comma 3, cit.), nulla osta a che il giudice amministrativo, dopo aver annullato la graduatoria concorsuale, intervenga sul contratto di lavoro successivamente stipulato in virtù della graduatoria stessa, qualora esso si frapponga alla reintegrazione in forma specifica del ricorrente vittorioso.

In altri termini, l'ampliamento della tutela conseguibile innanzi al giudice amministrativo ben si può spingere al riconoscimento del bene della vita al giusto contraente, cioè a colui che, pur avendone titolo, sia stato spogliato della possibilità di addivenire alla stipula del contratto, e, al pari di quanto avviene in materia di appalti pubblici, alla sostituzione nel rapporto contrattuale originato dalla selezione annullata o quantomeno alla declaratoria della spettanza della vittoria concorsuale, *ergo* dell'individuazione quale avente titolo a stipulare il contratto¹³⁶. E siccome, finchè rimane in vita il contratto, l'avente diritto non può subentrare nel rapporto di lavoro, visto che la posizione di colui che è stato illegittimamente dichiarato vincitore del concorso poggerebbe su un negozio giuridico valido ed efficace e che non ci possono essere contemporaneamente due soggetti chiamati a ricoprire lo stesso posto di lavoro, è inevitabile che la reintegrazione in forma specifica incida sul contratto già stipulato.

Né a ciò osta il suddescritto riparto di giurisdizione, atteso che, in virtù dell'art. 8 della legge n. 1034 del 1971 (e dell'art. 28 del regio decreto n. 1054 del 1924), nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo può comunque pronunciarsi incidentalmente su tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione ad esso demandata in via principale. Nella specie, la questione principale è data dalla pretesa del ricorrente al bene della vita, costituito dalla stipula del contratto di lavoro, e l'accoglimento di questa pretesa, azionabile anche con la domanda di risarcimento in forma specifica, è impedito dalla permanenza del contratto ad onta dell'annullamento della graduatoria concorsuale che ne costituisce il presupposto; ne consegue che il giudice amministrativo può incidentalmente conoscere anche della sorte del contratto di lavoro a seguito dell'annullamento da esso pronunciato ove ciò sia necessario per provvedere sulla domanda risarcitoria¹³⁷.

¹³⁵ M. OCCHIENA, *op. cit.*, 1850, al quale si rinvia per i relativi riferimenti giurisprudenziali; M. MONTINI, *op. cit.*, 909.

¹³⁶ In tal senso, con riguardo agli appalti pubblici, E.A. APICELLA, *Caducazione*, cit., 535-536, al quale si rinvia per i relativi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

¹³⁷ Così, sempre con riguardo agli appalti pubblici, E.A. APICELLA, *op. ult. cit.*, 533. In giurisprudenza, Cass., Sez. un., n. 2906/2010, cit., secondo cui «[l']esigenza della cognizione del giudice amministrativo sulla domanda di annullamento dell'affidamento dell'appalto, per le illegittime modalità con cui si è svolto il relativo procedimento e della valutazione dei vizi di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta che lo stesso giudice adito per l'annullamento degli atti di gara, che abbia deciso su tale

La pronuncia del giudice amministrativo sulla sorte del contratto, che resta pur sempre incidentale, dovrà essere valutata dall'amministrazione chiamata a conformarsi alla sentenza ovvero valorizzata nella successiva sede dell'ottemperanza.

Per quanto attiene al primo profilo, va detto subito che l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in siffatte ipotesi, legittimamente l'amministrazione datrice di lavoro manterrebbe in servizio i candidati risultati vincitori in base alla graduatoria poi annullata dal giudice amministrativo¹³⁸ non può essere in alcun modo condiviso. In presenza di un'illegittimità conclamata della procedura di reclutamento, è intollerabile rimettere all'arbitrio dell'amministrazione la scelta circa la prosecuzione di un rapporto d'impiego instaurato in carenza dei presupposti di legge e deve, quindi, ritenersi sussistente, in capo all'amministrazione stessa, un vero e proprio obbligo di conformarsi alla sentenza¹³⁹, con la connessa possibilità, per il ricorrente vittorioso, di agire eventualmente in sede di ottemperanza¹⁴⁰. Non va, infatti, dimenticato che la fase dell'evidenza pubblica e la successiva fase negoziale sono entrambe rivolte alla medesima funzione, consistente nella realizzazione di un'operazione economico-amministrativa, che dev'essere compiuta non con chiunque si dichiari disponibile, ma soltanto con colui che risulti il legittimo vincitore del concorso¹⁴¹. L'annullamento degli atti del procedimento concorsuale per l'assunzione fa, quindi, venir meno il titolo giuridico al mantenimento di un rapporto di lavoro a titolo indeterminato, con conseguente illiceità derivata di ogni atto, anche di spesa, che pretenda

prima domanda, può conoscere pure della domanda del contraente pretermesso dal contratto illecitamente, di essere reintegrato nella sua posizione, con la privazione di effetti del contratto eventualmente stipulato dall'aggiudicante con il concorrente alla gara scelto in modo illegittimo»; cfr., altresì, T.A.R. Molise, Sez. I, 14 gennaio 2009, n. 1, in www.giustizia-amministrativa.it, che segnala come, nella predetta materia, si sia ormai formato un orientamento giurisprudenziale che postula che l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione operi quale causa di inefficacia successiva, ma non retroattiva.

¹³⁸ In tal senso, Cass., Sez. un., n. 1238/2003, cit.; Trib. Cosenza, 11 giugno 2001, in *Giur. lav.*, 2001, 168, con nota di F. CENTORBI, *Effetti e limiti della rinnovazione della graduatoria finale nei concorsi privati per assunzione*.

¹³⁹ T.A.R. Lazio-Latina, 15 ottobre 1997, n. 977, in *Trib. amm. reg.*, 1997, I, 3923, secondo cui il contratto individuale di lavoro stipulato da una pubblica amministrazione in carenza di un presupposto essenziale dev'essere annullato ai sensi dell'art. 1427 c.c.. Nel senso che, in sede di esecuzione della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione di un appalto, «l'amministrazione non può non rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione» stessa, F. SATTA, *Annullamento dell'aggiudicazione: la fine di un problema*, in *Dir. amm.*, 2009, 123; in giurisprudenza, da ultimo, Cons. St., Sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 10 (in *Guida al diritto*, 2010, n. 10, 98, con commento di D. PONTE, *Per la parte che invoca la perdita di chance obbligo di fornire prove concrete*), secondo cui, in siffatta ipotesi, la p.a. è tenuta a rimuovere il contratto, che risulta privo di titolo, ed a procedere ad una nuova aggiudicazione.

¹⁴⁰ T.A.R. Lombardia-Brescia, Sez. I, 27 novembre 2008, n. 1708, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 2 settembre 2008, n. 9992, *ibidem*. In dottrina, M. MONTINI, *op. cit.*, 908.

¹⁴¹ Così, con riguardo all'analoga questione dei rapporti tra aggiudicazione della gara e contratto d'appalto, M. TIBERII, *op. cit.*, 213-214, il quale configura il rapporto tra procedura amministrativa e contratto in termini di «collegamento necessario di tipo eterogeneo», in quanto intercorrente tra atti di diversa natura giuridica.

di darvi fondamento¹⁴².

Diversamente opinando, ossia mantenendo il frazionamento delle pretese fra due giudizi diversi, potrebbe accadere che lo stesso vizio sia ritenuto dal giudice amministrativo idoneo ad inficiare l'individuazione degli aventi diritto alla stipulazione del contratto, ma dall'amministrazione non idoneo a giustificare lo scioglimento del rapporto contrattuale, con determinazione che il giudice ordinario successivamente adito dal ricorrente vittorioso potrebbe ritenere legittima.

Per quanto attiene alla possibilità di ottenere la concentrazione delle tutele utilizzando il giudizio di ottemperanza, è risaputo che la giurisprudenza amministrativa esclude che tale strumento sia precluso dalla circostanza che, nelle more del giudizio di cognizione, il contratto sia stato stipulato o che penda, innanzi al giudice civile, l'impugnativa negoziale¹⁴³.

A ciò si aggiunga che l'impossibilità, per il giudice amministrativo che abbia annullato la graduatoria concorsuale, di accertare con effetto di giudicato la sorte del contratto di lavoro non preclude l'adozione, in sede di ottemperanza, di misure esecutive che incidano sul contratto come realtà materiale¹⁴⁴: qualora l'amministrazione abbia ritenuto di osservare gli obblighi negoziali assunti, con conseguente impossibilità di procedere alla rinnovazione della procedura, il privato vittorioso nel giudizio amministrativo potrà chiedere al giudice dell'ottemperanza di valutare l'effettiva sussistenza di una causa di invalidità o inefficacia del contratto e dichiarare, conseguentemente, l'obbligo dell'amministrazione medesima di ottemperare alla sentenza e non al contratto stesso¹⁴⁵.

In definitiva, la separazione tra il piano negoziale e quello procedimentale, seppure precluda ogni pronuncia del giudice amministrativo sul regolamento dei rapporti con il vincitore del concorso connessi all'annullamento dell'atto illegittimo della procedura di reclutamento, non impedisce la realizzazione dell'effetto conformativo del giudicato in sede di ottemperanza¹⁴⁶: pur conoscendo solo *incidenter tantum* delle vicende giuridiche relative al contratto, il giudice amministrativo può garantire, anche in via sostitutiva, tutti gli effetti dell'annullamento giurisdizionale della graduatoria concorsuale, con i suoi

¹⁴² R. CAVALLO PERIN, *Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici: un diritto costituzionale dei cittadini*, in *Foro amm.: CdS*, 2002, 2003. Cfr., altresì, P. PICONE, *op. cit.*, 611, il quale giustamente osserva che l'orientamento giurisprudenziale che considera eliminati gli effetti negoziali dalla demolizione del provvedimento presupposto del contratto dovrebbe valere, a maggior ragione, per i contratti di assunzione di dipendenti pubblici, per i quali la regola del concorso pubblico assume rango costituzionale.

¹⁴³ Cons. St., Sez. VI, 3 marzo 2008, n. 796 e 29 novembre 2007, n. 6071, in *Foro amm.: CdS*, 2008, 838 e 2007, 3204; Ad. plen., n. 9/2008, cit.

¹⁴⁴ F. CINTIOLI, *Le Sezioni unite rivendicano a sé il contratto, ma non bloccano il giudizio di ottemperanza*, in www.giustamm.it, n. 1/2008.

¹⁴⁵ V. LOPILATO, *Aggiudicazione e contratto: un «indiretto contributo» della Consulta in attesa del legislatore*, in *Corr. giur.*, 2008, 1177.

¹⁴⁶ S. FANTINI, *La revoca dei provvedimenti incidenti su atti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 7.

contenuti ripristinatori e conformativi, ed una reale tutela della posizione sostanziale del ricorrente vittorioso¹⁴⁷.

Va da sé, poi, che, se si conviene sul fatto che l'annullamento della graduatoria concorsuale da parte del giudice amministrativo non determina l'automatica caducazione del contratto stipulato con il concorrente illegittimamente dichiarato vincitore del concorso, a tal fine occorrendo un'ulteriore pronuncia giurisdizionale, non potrà che convenirsi anche sull'opportunità che il giudice amministrativo riveda la propria posizione, tendenzialmente incline a non accordare la tutela cautelare, la quale diventa a questo punto, per il concorrente illegittimamente pretermesso, l'unico strumento per impedire la stipula del contratto di lavoro a chi non ne ha diritto ed evitare così l'instaurazione di un secondo giudizio.

9. Riflessioni conclusive: l'incoerenza del sistema rende opportuno un ennesimo intervento legislativo

A prescindere dal fatto se gli sforzi fatti da chi scrive per ovviare alle discrasie a cui dà luogo l'attuale sistema dualista abbiano o meno raggiunto lo scopo, certo è che, in un momento come quello attuale, in cui l'esigenza di effettività della tutela sembra farsi sempre più forte¹⁴⁸, la scelta di frazionare tra due giudici la tutela delle pretese connesse allo svolgimento di un concorso pubblico ed alla successiva stipula di un contratto di lavoro non può essere giudicata positivamente.

Da questo punto di vista, le critiche mosse dalla dottrina che, per prima, ha approfondito questi temi sono quantomai attuali e trovano, anzi, ulteriore conferma in oltre un decennio di giurisprudenza: sarebbe «sicuramente preferibile un modello che ammetta forme di giurisdizione piena, piuttosto che due distinte modalità di protezione di natura parziale o semi piena, all'interno di ciascun tipo di giudizio, che costringano il ricorrente ad una duplicazione di giudizi in ossequio ad un pseudo-sistema, ampiamente superato, nei fatti, dalla storia e dal diritto vivente»¹⁴⁹.

La stessa giurisprudenza, del resto, aveva subito percepito l'illogicità della scelta compiuta dal legislatore negli anni 1993-1998, tanto da metterne addirittura in dubbio la legittimità costituzionale nella parte in cui non prevede la possibilità del giudice ordinario di annullare tutti quei provvedimenti che, nonostante la contrattualizzazione del rapporto

¹⁴⁷ Nel senso che, in siffatte ipotesi, l'inefficacia del contratto dev'essere considerata una naturale conseguenza degli effetti ripristinatorio e conformativo della sentenza di annullamento dell'atto presupposto, D.F.G. TREBASTONI, *La tutela*, cit., 350.

¹⁴⁸ L. IANNOTTA, *La conoscenza della fondatezza della domanda nella giurisprudenza amministrativa dopo le riforme del 2005 della legge 241 del 7 agosto 1990*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 357, che basa tale affermazione sull'attrazione nel giudizio amministrativo della tutela dei diritti fondamentali, ritenuta conforme a Costituzione dalla sentenza costituzionale n. 140/2007.

¹⁴⁹ Così, a conclusione del suo ampio lavoro monografico, F. FIGORILLI, *op. cit.*, 416.

di lavoro, non hanno perduto la loro connotazione pubblicistica¹⁵⁰. La Corte costituzionale dichiarò la questione di legittimità costituzionale manifestamente inammissibile per difetto motivazione sulla rilevanza¹⁵¹, non eliminando, quindi, i dubbi sulla complessiva coerenza del sistema.

Nonostante i successivi tentativi della dottrina e della giurisprudenza, specie lavoristica, di omogeneizzare, sul piano della disciplina sostanziale applicabile, la disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato, la normativa vigente privilegia - come si è visto - la via dell'intervento necessario di due giurisdizioni sulla medesima vicenda¹⁵², in aperto contrasto con il principio del giusto processo di cui all'art. 111 della Costituzione¹⁵³.

Orbene, se in generale non ha senso, ed è di dubbia costituzionalità, mantenere un sistema dualista quando sia il giudice amministrativo che quello civile possono ormai conoscere delle medesime situazioni giuridiche soggettive e, soprattutto, disporre a tal fine delle stesse tecniche di tutela¹⁵⁴, *a fortiori* è del tutto illogico prevedere un giudice amministrativo con poteri d'annullamento e di condanna al risarcimento ed un giudice ordinario con il potere di sindacare il contratto quando i due giudizi si fondano - come si è visto - su un presupposto comune, cioè sull'accertamento dell'illegittimità del provvedimento amministrativo (*id est*, della graduatoria concorsuale)¹⁵⁵.

Sarebbe l'ora che il tema dei rapporti tra la tutela degli interessi giuridici ed il riparto di giurisdizione venisse inquadrato, oltre che dalla prospettiva delle situazioni giuridiche oggetto di tutela (criterio prescelto dalla Costituzione), anche dalla prospettiva dei rimedi che l'ordinamento attribuisce ai giudici per soddisfare interessi giuridici che esprimono bisogni differenti di protezione; prospettiva, quest'ultima, che - com'è stato recentemente evidenziato - più direttamente si collega al principio di effettività della funzione giurisdizionale¹⁵⁶. Se si ponesse da questo angolo visuale, il legislatore troverebbe, forse, il modo di rimediare al danno commesso oltre un decennio fa, intervenendo sull'art. 63 del testo unico.

¹⁵⁰ T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. III, ordd. 21 dicembre 1999, n. 505 e 24 novembre 1999, n. 467, in www.giustamm.it. In tal senso anche F. FIGORILLI, *op. cit.*, 233-234.

¹⁵¹ Ord. 4 gennaio 2001, n. 2, in www.giurcost.org.

¹⁵² R. SPAGNUOLO VIGORITA, *ibidem*.

¹⁵³ G. GIACCHETTI - C. GIACCHETTI, *Occupazione in carenza di potere, riparto di giurisdizione, concezione "a matrioska" del provvedimento amministrativo*, in *Foro amm.: CdS*, 2006, 1074.

¹⁵⁴ F. FRANCIANO, *Inapplicabilità del provvedimento amministrativo e azione risarcitoria*, in *Dir. amm.*, 2002, 30.

¹⁵⁵ M. MAZZAMUTO, *Il riparto*, cit., 233.

¹⁵⁶ F. LUCIANI, *Funzione amministrativa, situazioni soggettive e tecniche giurisdizionali di tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1013.