

Civile Ord. Sez. U Num. 21607 Anno 2019

Presidente: MAMMONE GIOVANNI

Relatore: DORONZO ADRIANA

Data pubblicazione: 22/08/2019

### ORDINANZA

sul ricorso 6285-2019 per regolamento di giurisdizione proposto d'ufficio dal:

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA CALABRIA, con ordinanza n. 352/2019 depositata il 20/02/2019 nella causa tra:

PERNA FRANCESCO, PIRILLO SALVATORE, MANCINA GIOVANNI, TARANTINO MAURIZIO, MASTROIANNI LUCIA DANIELA, PERNA LUIGI, SPADAFORA ADRIANA, NAPOLITANO VALENTINA, FILICE FRANCESCO;

**- ricorrenti non costituiti in questa fase -**

393  
19

**contro**

PROVINCIA DI COSENZA, in persona del Presidente *pro tempore*, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA UGO OJETTI 114, presso lo studio dell'avvocato FRANCESCO A. CAPUTO, rappresentata e difesa dall'avvocato GREGORIO BARBA;

**- resistente -**

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 02/07/2019 dal Consigliere ADRIANA DORONZO;  
lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale CARMELO CELENTANO, il quale chiede che la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, dichiari sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo.

**Rilevato che:**

1.- Valentina Napolitano, Lucia Daniela Mastroianni, Salvatore Pirillo, Francesco Perna, Giovanni Mancina, Maurizio Tarantino, Luigi Perna, Francesco Filice e Adriana Spadafora, tutti dipendenti della Provincia di Cosenza, hanno partecipato a diverse procedure selettive per progressione verticale per la copertura di dieci posti vacanti nella categoria C1, di tre posti di esperto amministrativo di categoria D1 e di due posti di ispettore di polizia categoria D1;  
all'esito delle procedure sono stati dichiarati idonei e inseriti nelle relative graduatorie per le qualifiche di appartenenza;  
con diverse determinazioni, la Provincia ha deliberato di far scorrere le graduatorie di ventuno unità per l'inquadramento professionale nella categoria C1 e di venticinque unità per l'inquadramento nella categoria D1, a fronte di scoperture in organico maggiori;  
2.- lamentando la mancanza di motivazione di tali determinazioni in ordine alla ragione per cui lo scorrimento della graduatoria è stato disposto in misura inferiore rispetto alle disponibilità di posti vacanti,

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

nonché la violazione della delibera della Giunta provinciale n. 166 del 18/6/2013, i dipendenti hanno promosso azione giudiziaria dinanzi al Tribunale di Cosenza, in funzione di giudice del lavoro, chiedendo che, nel contraddittorio con la Provincia di Cosenza, sia accertato e dichiarato il loro diritto ad essere inquadrati nella categoria superiore, a far tempo dalla data della determinazione che ha disposto il primo scorrimento della graduatoria, o, in via subordinata, dalla data della diffida del 13 marzo 2014 o, in via ancora più subordinata, dalla data del deposito del ricorso;

3.- con sentenza pubblicata in data 21/7/2017 il Tribunale di Cosenza ha dichiarato il difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo;

i ricorrenti hanno dunque tempestivamente riassunto il giudizio dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, il quale con ordinanza pubblicata in data 20/2/2019 ha sollevato conflitto negativo di giurisdizione dinanzi alle Sezioni unite di questa Corte, ai sensi dell'art. 11, comma 3, cod. proc. amm. ritenendo la controversia devoluta al giudice ordinario;

3.1.- il Tar ha infatti sostenuto che la pretesa allo scorrimento si pone a valle della procedura selettiva ed è qualificabile alla stregua di un diritto all'assunzione, con la conseguenza che, in applicazione del criterio di ripartizione previsto dall'art. 63 D.lgs. n. 165/2001, la giurisdizione spetta al giudice ordinario;

4.- sul ricorso per regolamento è stata fissata l'adunanza in camera di consiglio; solo la provincia di Cosenza ha svolto attività difensiva, mentre sono state acquisite le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore generale, che ha concluso per la declaratoria della giurisdizione del giudice amministrativo.

**Considerato che:**

1. in adesione alle conclusioni rassegnate dal sostituto Procuratore generale, il conflitto negativo sollevato dal Tar Calabria deve essere risolto con la dichiarazione della giurisdizione del giudice amministrativo;

2.- la facoltà di far luogo al cosiddetto scorrimento delle graduatorie dei concorsi è espressamente prevista dall'art. 35, comma 5 - *ter*, d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 3 legge 24.12.07, n. 244, nonché dall'art. 51 del D.lgs. 27/10/2009, n. 150, che nel testo vigente *pro tempore* così dispone: «*Le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione. Sono fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali. Il principio di parità di condizioni per l'accesso ai pubblici uffici è garantito, mediante specifiche disposizioni del bando, con riferimento al luogo di residenza dei concorrenti, quando tale requisito sia strumentale all'assolvimento di servizi altrimenti non attuabili o almeno non attuabili con identico risultato.*»;

3.- può dirsi *ius receptum* (vedi da ultimo, Cass. 20/10/2017, n. 24878, e Cass. Sez. Un. 29/12/2016, n. 27460) che i candidati utilmente collocati in una graduatoria finale di un concorso pubblico ancora efficace possono ricorrere alla giurisdizione del giudice ordinario nel caso in cui possano vantare un diritto perfetto all'assunzione, derivante da una decisione dell'Amministrazione di coprire i posti vacanti mediante scorrimento della precedente graduatoria e la contestazione abbia ad oggetto le modalità di attuazione dello «scorrimento» della graduatoria del concorso espletato;

3.1.- al contrario, se la pretesa al riconoscimento del suddetto diritto è consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di un nuovo concorso, la contestazione investe l'esercizio di un potere autoritativo dell'Amministrazione, al quale corrisponde una

situazione di interesse legittimo del singolo candidato idoneo, la cui tutela spetta al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001 (vedi per tutte: Cass. Sez. Un. 28/5/2013, n. 13177, con ampi richiami; Cass. Sez. Un. 6/5/2013, n. 10404; Cass. Sez. Un. 31/10/2012 n. 18697);

3.2.- più specificamente, si è affermato (Cass. Sez. Un. 20/10/2017, n. 24878) che, in tema di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a procedure concorsuali nell'ambito del pubblico impiego c.d. privatizzato, quando la pretesa al riconoscimento del diritto allo scorrimento della graduatoria sia consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento che disponga di non coprire più (o di coprire diversamente) il posto resosi vacante, anziché avvalersi dello scorrimento della graduatoria del concorso anteriormente espletato, si è in presenza d'una contestazione che investe l'esercizio del potere dell'amministrazione, cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, tutelabile innanzi al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63, comma 4°, D.P.R. n. 165/2001 (v. Cass. Sez.Un. 20/12/2016, n. 26272; Cass. Sez.Un. n. 10404/13, cit.; Cass. Sez.Un. 16/11/2009, n. 24185);

4.- come emerge dalla lettura del ricorso in riassunzione, oltre che dall'esposizione in fatto contenuta nell'ordinanza del Tribunale amministrativo regionale, la domanda proposta dai dipendenti ricorrenti, - da individuarsi alla luce del *petitum* sostanziale, ossia della l'intrinseca consistenza della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed individuata con riguardo alla sostanziale protezione accordata a quest'ultima dal diritto positivo (Cass. Sez.Un.22/10/2018, n. 26596; Cass. Sez. Un. 23/9/2013, n. 21677; Cass. Sez. Un. 25/6/2010, n. 15323) -, non ha ad oggetto il diritto all'assunzione, sul presupposto che l'amministrazione li abbia illegittimamente esclusi attraverso un erroneo o illegittimo uso della graduatoria, ma l'asserita illegittimità della decisione

dell'amministrazione di coprire solo in parte i posti vacanti in organico, pur in presenza di scoperture maggiori: la contestazione investe all'evidenza l'esercizio di un potere discrezionale dell'amministrazione che si pone a monte rispetto alla scelta di utilizzare la graduatoria e rispetto alla quale il privato, pur dichiarato idoneo e inserito nella graduatoria, vanta una situazione di mero interesse legittimo;

5.- diversamente da quanto ritiene il Tribunale amministrativo, i ricorrenti non fanno valere un diritto all'assunzione (ex art. 63, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001, in relazione al comma 1 dello stesso articolo), bensì un diritto allo scorrimento della graduatoria in una misura diversa e superiore rispetto a quella ritenuta dalla pubblica amministrazione, con ciò pretendendo di interferire in una scelta discrezionale della Provincia di non coprire tutti posti vacanti in organico (cfr., Cass. Sez.Un. 27460/2016, cit.; Cass. 31/10/2012, n. 18697);

5.1.- deve infatti escludersi che il giudice ordinario possa concedere tutela mediante disapplicazione delle delibere con cui l'amministrazione abbia deciso di non coprire affatto una data posizione lavorativa, secondo la previsione dello stesso art. 63, comma 1, D.Lgs. cit., atteso che il potere di disapplicazione del giudice ordinario presuppone proprio che la controversia cada sopra un diritto soggettivo sul quale incide un atto amministrativo oggetto di cognizione *incidenter tantum*;

6. - alla luce di questa giurisprudenza, cui il Collegio intende dare continuità, deve ritenersi che la controversia in esame rientri nella giurisdizione del giudice amministrativo, dinanzi al quale la causa va rimessa, e che provvederà anche sulle spese del presente giudizio di legittimità.

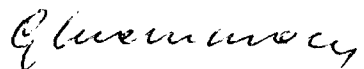
**P.Q.M.**

La Corte dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo, dianozi al quale rimette le parti, anche per le spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma il 2 luglio 2019

Il Presidente

Dott. Giovanni Mammone



-----