

1. M.S., P.G. e A.F., con il ricorso notificato il 1 ottobre 2007, domandano che sia regolata preventivamente la giurisdizione nel giudizio pendente dinanzi al Tribunale di Roma (r.g. 221196), promosso con atto introduttivo depositato il 7.9.2005 contro la Regione Lazio per l'accertamento del diritto all'inquadramento in categoria [...], posizione economica [...], con decorrenza 29.11.2003. 2. Riferiscono che, risultati idonei non vincitori in base alla graduatoria approvata il 27.3.2003, all'esito di procedura concorsuale riservata ai dipendenti della Regione e indetta per la copertura di posti di [...] qualifica funzionale (successivamente [...]), l'amministrazione aveva deliberato la copertura di altri 70 posti, ma aveva deliberato lo svolgimento di un nuovo concorso con bando emanato in data 19.11.2003, anziché attingere alla graduatoria ancora efficace; che la Regione aveva eccepito il difetto di giurisdizione ordinaria, peraltro condivisa dal Tribunale adito in sede cautelare, ma non dal giudice del reclamo.

3. Resiste con controricorso l'amministrazione regionale sostenendo l'appartenenza della controversia alla giurisdizione del giudice amministrativo, siccome veniva contestata la legittimità di bando di concorso emanato per il passaggio dall'area di inquadramento [...] all'area [...].

4. Con le conclusioni scritte il Pubblico Ministero chiede che sia affermata la giurisdizione del giudice ordinario perché si verte in materia di diritto soggettivo all'inquadramento per effetto di "scorrimento" della graduatoria.

5. La Regione precisa ulteriormente il controricorso con memoria depositata ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

Motivo della decisione

1. La giurisdizione va regolata dichiarando la competenza del giudice amministrativo sulla controversia, in sede di giurisdizione generale di legittimità, siccome avente ad oggetto la tutela di interessi legittimi nei confronti del potere amministrativo.

2. In generale, fuori dalle materie riservate alla esclusiva giurisdizione del giudice amministrativo, la questione di riparto delle competenze tra il giudice ordinario e il detto giudice speciale può astrattamente porsi soltanto nel caso in cui risulti coinvolta un'attività autoritativa dell'amministrazione pubblica, (contrapposta all'attività non autoritativa dalla L. n. 241 del 1990, art. 1, comma 1 bis), siccome solo in correlazione con un'attività di tale natura sono configurabili le situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo la cui tutela è affidata alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo (art. 103 Cost.).

Nel sistema disegnato dalle norme raccolte nel D.Lgs. n. 165 del 2001, sono assegnati al dominio del diritto pubblico e all'ambito delle attività autoritative, tra l'altro - oltre ai procedimenti e atti generali (normativi e non) concernenti: le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, all'individuazione degli uffici di maggiore rilevanza ed ai modi di conferimento della titolarità dei medesimi e alla determinazione delle dotazioni organiche complessive, ex art. 2, comma 1 - le procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, come chiaramente si evince

dalla norma dettata dall'art. 63, comma 4, che, lasciando ferma la giurisdizione amministrativa sulle relative controversie, manifesta una portata non soltanto processuale, ma anche sostanziale, di riserva, cioè, dell'assunzione all'area dei poteri amministrativi e dei procedimenti di diritto pubblico ai sensi dell'art. 97 Cost. siccome non esistono, nella materia, ambiti di giurisdizione esclusiva amministrativa (vedi Cass. SS.UU. 23 marzo 2005, n. 6217). E' appena il caso di precisare che il primo, e più rilevante, atto della procedura concorsuale è costituito dalla decisione di indire il concorso e dal relativo bando.

3. La previsione di giurisdizione amministrativa in tema di concorsi per l'assunzione, però, inserendosi in un assetto legislativo il quale, tendenzialmente, assegna all'area del diritto privato tutte le scelte organizzative non riservate al diritto pubblico e, soprattutto, la totalità degli atti di gestione del lavoro pubblico (tra i quali rientra senza dubbio la stipulazione dei contratti di lavoro), impone di considerare in un certa misura eccezionale la previsione di assegnazione della materia al diritto pubblico e di conseguente giurisdizione amministrativa (vedi Cass. SS.UU: 3 febbraio 2004, n. 1989).

Da ciò il rigore, ai fini del riparto delle giurisdizioni, nella precisazione della nozione di "procedura concorsuale", necessariamente comportante la valutazione comparativa dei candidati e la compilazione finale di una graduatoria (vedi. Cass. SS.UU. 22 luglio 2003, n. 11404; 27 gennaio 2004, n. 1478; 18 marzo 2004, n. 5536; 30 maggio 2005, n. 11348; 6 giugno 2005, n. 11722; 9 novembre 2005, n. 21593; 16 aprile 2007, n. 8950).

Tuttavia, i noti orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di obbligatorietà del "concorso pubblico" non solo per costituire rapporti di lavoro alle dipendenze della p.a., ma anche per il conseguimento di qualifiche professionali più elevate, salva l'individuazione, da parte del legislatore, di giustificate eccezioni alla regola (cfr. C. cost. nn. 1/1999, 194/2002, 373/2002, 89/2003, 274/2003, 34/2004, 205/2004, 159/2005, 190/2005, 81/2006, 205/2006, 363/2006) hanno indotto le Sezioni unite della Corte ad abbandonare la nozione restrittiva di assunzione come costituzione di rapporto di lavoro alle dipendenze di p.a., enunciata dalle prime decisioni in materia, ed è ormai consolidato l'orientamento secondo cui la giurisdizione del giudice amministrativo non solo sussiste per le controversie relative a concorsi aperti a candidati esterni (la possibilità di vincitori "esterni" da assumere priva di rilevanza la partecipazione anche di soggetti già dipendenti della p.a.- cd. concorsi misti - restando ascritta la procedura, unitariamente considerata, ai concorsi pubblici di cui all'art. 97 Cost. e D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 35), ma si estende ai concorsi per soli candidati interni indetti per il passaggio da un'area funzionale ad un'altra (pure in questo caso non rileva la natura "mista", cioè la partecipazione anche di dipendenti già inquadrati nell'area superiore: Cass. S.u. 20 aprile 2006, n. 9168); di conseguenza, la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie concorsuali si atteggia come residuale, in quanto relativa ai concorsi per soli candidati "interni" che comportino progressione nell'ambito della medesima area professionale (Cass. SS.UU. 15 ottobre 2003, n. 15403, 10 dicembre 2003, n. 18886; 26 febbraio 2004, n. 3948).

Alla stregua del richiamato orientamento, pertanto, "concorso pubblico" non è solo quello aperto a candidati esterni, ma anche quello "riservato" ai dipendenti ai fini delle progressioni verticali di particolare rilievo qualitativo, restando affidata in tal caso la selezione all'esercizio dei poteri pubblici e ai procedimenti amministrativi ("pubblicità" in tal senso).

4. Si è posto, a questo punto, il problema della ricerca di un criterio oggettivo di definizione dell'ambito dei poteri privati dell'amministrazione in materia di concorsi interni e della, conseguente, giurisdizione cd. residuale del giudice ordinario.

Ricerca complicata, peraltro, dalla ritenuta estensione di tale ambito al di là delle progressioni meramente economiche, o orizzontali, per ricomprendere anche i casi di acquisizione di professionalità più elevate e tuttavia qualitativamente omogenee rispetto alla qualifica di provenienza.

Si è giunti così ad attribuire decisivo rilievo ai nuovi sistemi di inquadramento (previsti dalla contrattazione collettiva) per aree professionali comprendenti una pluralità di profili professionali, talora verticalmente ordinati (nel sistema di alcuni contratti collettivi, alle posizioni economiche all'interno della medesima area professionale corrispondono diversi livelli di mansioni). Quindi, il discrimen tra giurisdizione ordinaria e amministrativa, per le controversie inerenti a concorsi interni, è dato dalla permanenza dei vincitori nella stessa area professionale oppure del loro passaggio a aree diverse e superiori, compresa, ovviamente l'area della dirigenza (Cass. SS.UU. 24 maggio 2006, n. 12221; 19 febbraio 2007, n. 3717; 12 novembre 2007, n. 23439).

Per i concorsi "interni", pertanto, la giurisdizione è determinata dall'esito della verifica in ordine alla natura della progressione verticale, restando riservato all'ambito dell'attività autoritativa soltanto il mutamento dello status professionale, non le progressioni meramente economiche, nè quelle che comportano sì il conferimento di qualifiche più elevate, ma comprese tuttavia nella stessa area, categoria, o fascia di inquadramento, e caratterizzate, di conseguenza, da profili professionali omogenei nei tratti fondamentali, diversificati sotto il profilo quantitativo piuttosto che qualitativo. All'obiezione che la qualificazione in termini di attività autoritativa, o non, viene in sostanza rimessa alla contrattazione collettiva, le Sezioni unite della Corte, (cfr. in particolare, Cass. SS.UU. 20 aprile 2006, n. 9164; 8 maggio 2006, n. 10419; 10 gennaio 2007, n. 220) replicano che è stata la legge (D.Lgs. n. 165 del 2001) a superare il sistema delle qualifiche funzionali di cui alla L. n. 312 del 1980 (ciascuna delle quali individuante, per il personale non dirigenziale, un complesso di profili professionali ed un preciso livello di inquadramento del lavoratore, cosicché la progressione verticale dall'una all'altra integrava quella "novazione" del rapporto di lavoro come esito di procedura di selezione retta da moduli pubblicistici ex art. 7 della Legge: Cass. SS.UU. 7 febbraio 2007, n. 2693), introducendo direttamente la nozione di area, quale insieme di posizioni professionali associato a plurime qualifiche, anche di diverso livello, ma connotate da elementi di omogeneità (art. 40, comma 2, art. 1 bis, in relazione alla dirigenza, ai professionisti e alla vice-dirigenza, in relazione a quest'ultima richiamando l'Area [...] di cui al CCNL comparto Ministeri), e affidando, per il resto, allo speciale sistema di contrattazione

collettiva nel settore pubblico (vedi Corte Cost n. 199 del 2003) la materia degli inquadramenti (la disciplina legale della classificazione dei lavoratori pubblici "contrattualizzati" ha carattere speciale rispetto a quella dettata dal codice civile e il sistema di inquadramento per aree sostituisce quello per categorie, di cui all'art. 2095 cod. civ., che parimente può accorpate più qualifiche: vedi Cass. 5 luglio 2005, n. 14193).

Ma vi è di più: la nozione di area, o categoria, definita dalla contrattazione quale fulcro del sistema di classificazione del personale, costituisce ormai oggetto di esplicito rinvio legislativo, non solo ad opera del già menzionato art. 17 bis, ma anche da parte degli art. 30, comma 2 bis e art. 34 bis, comma 1 (che menzionano l'area funzionale e la posizione economica, ovvero l'area e i livelli), nonché, soprattutto, della L. n. 266 del 2005, art. 1, comma 193, (che distingue tra progressioni all'interno di ciascuna area professionale o categoria e il passaggio di area o di categoria).

5. E' però evidente che, proprio per effetto della valenza normativa ormai acquisita dalla nozione di area funzionale, o categoria, il giudice deve verificare, sulla base delle previsioni della contrattazione collettiva nazionale dei dipendenti pubblici (equiparata agli atti normativi dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 47, comma 8, art. 63, comma 5, e art. 64), se, al di là delle parole adoperate dagli stipulanti, risulti realmente definito un sistema di classificazione che accorpi all'interno di un'area, o categoria, funzionale una pluralità di profili professionali, i quali, seppure differenziati nei livelli, si presentino omogenei in quanto riconducibili ad un patrimonio professionale almeno potenzialmente identico per tutti i lavoratori che vi appartengono; in maniera che il passaggio dall'una all'altra concreti quella che, con espressione forse enfatica e certamente non rispondente alla nozione tecnica dell'istituto, la giurisprudenza chiama "novazione" per significare il notevole e definitivo salto di qualità sul piano del diverso grado di autonomia e di responsabilità (vedi Cass. SS.UU. 31 gennaio 2008, n. 2288).

Siffatta verifica conduce, nel caso di specie, ad ascrivere la procedura concorsuale per la copertura di posti di area [...], riservata ai dipendenti con inquadramento in area inferiore, nella categoria delle procedure concorsuali "pubbliche". Infatti, il CCNL del comparto regioni ed autonomie locali del 31.3.199, recante la revisione del sistema di classificazione professionale del personale non dirigente (in G.U. Serie Generale n. 81 del 24.4.1999), con le declaratorie riportate all'Allegato A, colloca nella categoria [...] i lavoratori che svolgono attività caratterizzate da approfondite conoscenze mono specialistiche (la base teorica di conoscenze è acquisibile con la scuola superiore) e un grado di esperienza pluriennale, con necessità di aggiornamento, contrassegnate dal contenuto di concetto con responsabilità dei risultati, all'esito della risoluzione di problemi di media complessità dei problemi da affrontare (secondo modelli esterni predefiniti e significativa ampiezza delle soluzioni possibili), relazioni organizzative interne ed esterne e con gli utenti; mentre, alla categoria [...] appartengono i lavoratori che svolgono attività caratterizzate da buone conoscenze specialistiche (la base teorica di conoscenze è acquisibile con la scuola dell'obbligo generalmente accompagnato da corsi di formazione specialistici) ed un grado di esperienza discreto, da contenuto di

tipo operativo e con responsabilità di risultati parziali rispetto a più ampi processi produttivi- amministrativi, mediante risoluzione di problemi di discreta complessità e discreta ampiezza delle soluzioni possibili, implicanti anche relazioni organizzative interne, ma di tipo semplice ed esterne di tipo indiretto e formale e diretto con gli utenti.

L'esemplificazione dei profili, poi, conferma indiscutibilmente la natura disomogenea della professionalità richiesta per l'inquadramento nell'una o nell'altra categoria.

6. In fatto, non è controverso che l'amministrazione regionale ha deciso di coprire i posti vacanti di categoria [...], mediante concorso riservato ai dipendenti di categoria [...], emanando il relativo bando con determinazione dirigenziale n. 2841 del 19.11.2003. Gli attori, quindi, ravvisano nel detto atto l'inadempimento dell'obbligo di conferire l'inquadramento, sulla base dello "scorrimento" della graduatoria, rimasta efficace, del precedente concorso approvata il 27.3.2003, collegandovi l'insorgenza dell'affermato diritto al superiore inquadramento.

7. Con riguardo allo specifico tema del cd. "scorrimento" della graduatoria approvata all'esito della procedura concorsuale, la giurisprudenza delle Sezioni unite ha già avuto modo di precisare che il fenomeno consente la stipulazione del contratto di lavoro con partecipanti risultati idonei e non vincitori, in forza di eventi successivi alla definizione del procedimento concorsuale con l'approvazione della graduatoria. Ciò può avvenire o in applicazione di specifiche previsioni del bando, contemplanti l'ammissione alla stipulazione del contratto del lavoro degli idonei fino ad esaurimento dei posti messi a concorso; ovvero perché viene conservata (per disposizione di atti normativi o del bando) l'efficacia della graduatoria ai fini dell'assunzione degli idonei in relazione a posti resisi vacanti e disponibili entro un determinato periodo di tempo. La pretesa allo "scorrimento", di conseguenza, si colloca di per sé fuori dell'ambito della procedura concorsuale (esclusa, nella seconda delle ipotesi indicate, proprio dall'ultrattività della graduatoria approvata) ed è conosciuta dal giudice ordinario quale controversia inerente al "diritto all'assunzione" (Cass. SS.UU. 29 settembre 2003, n. 14529), salva la verifica del fondamento di merito della domanda, esulante dall'ambito delle questioni di giurisdizione.

La giurisprudenza della Corte, inoltre, sempre in tema di "scorrimento" e con riguardo alla perdurante efficacia di una graduatoria, ha anche precisato che l'operatività dell'istituto presuppone necessariamente una decisione dell'amministrazione di coprire il posto utilizzando la graduatoria rimasta efficace (si deve trattare di posti non solo vacanti, ma anche disponibili, e tali diventano sulla base di apposita determinazione), decisione che, una volta assunta, risulta equiparabile all'espletamento di tutte le fasi di una procedura concorsuale, con l'identificazione degli ulteriori vincitori (Cass. S.u. 14529/2003, cit.; Cass. Sez. lav. 5 marzo 2003, n. 3252). In altri termini, il diritto all'assunzione sorge con il completamento di una fattispecie complessa: perdurante efficacia di una graduatoria + decisione di avvalersene per coprire posti vacanti.

7. Nel caso di specie, la decisione assunta dall'amministrazione è stata di segno esattamente opposto: copertura dei posti vacanti mediante emanazione di un bando di concorso, in tal modo rendendo inoperante l'istituto dello "scorrimento".

I dipendenti hanno prospettato l'esistenza del diritto all'inquadramento, diritto che affermano insorto per effetto della decisione di coprire i posti vacanti espressa con l'atto 27.11.2003, nell'assunto che l'amministrazione non avrebbe potuto escludere lo "scorrimento" bandendo un nuovo concorso.

La domanda giudiziale esplicitamente assume a suo fondamento la contestazione della conformità a legge del potere dell'amministrazione di avviare il procedimento concorsuale per la copertura dei posti vacanti, in presenza di graduatoria di precedente concorso, della quale hanno asserito la perdurante efficacia in forza di disposizione di legge.

La controversia rileva così il suo oggetto: controllo giudiziale sulla legittimità dell'esercizio del potere autoritativo (secondo la qualificazione derivante dal complesso delle considerazioni precedenti) di bandire un concorso interno per la progressione a categoria diversa e superiore rispetto a quella di inquadramento dei dipendenti. Ne discende l'appartenenza alla categoria degli interessi legittimi delle situazioni giuridiche soggettive dedotte in giudizio, la cui tutela è demandata al giudice cui spetta il controllo del potere amministrativo ai sensi dell'art. 103 Cost.

8. Nella fattispecie si controverte sicuramente in ordine all'esercizio non conforme a legge di un potere effettivamente spettante all'amministrazione.

In ordine al vincolo derivante dalle disposizioni che sanciscono la conservazione di efficacia della graduatoria per coprire le vacanze successive, invero, si riscontra disparità di opinioni: secondo una tesi, essendo la procedura concorsuale il mezzo maggiormente idoneo ad individuare il personale più qualificato, l'amministrazione sarebbe attributaria del potere di valutazione discrezionale circa la scelta se emanare un nuovo bando, ovvero se utilizzare la graduatoria ancora efficace attuando lo "scorrimento"; altri oppongono che le norme che stabiliscono l'ultrattività della graduatorie non conferiscono la semplice facoltà di farvi ricorso, ma, per il carattere imperativo di regole di organizzazione, obbligano l'amministrazione a realizzare la semplificazione e l'economia connesse all'utilizzo delle graduatorie approvate in precedenza, escludendo senz'altro l'espletamento di nuove procedure.

Si tratta, peraltro, di un problema strettamente di merito, la cui soluzione, pertanto, non interessa la giurisdizione, atteso che, anche aderendo alla seconda delle tesi esposte, il provvedimento di apertura della procedura concorsuale risulterebbe affetto dal vizio di violazione di legge, non certo emanato in carenza di potere (ovvero nullo perché viziato da "difetto assoluto di attribuzione", ai sensi della L. n. 241 del 1990, inserito dalla L. n. 15 del 2005).

9. Conclusivamente, sebbene sia prospettato il diritto all'assunzione in forza dello "scorrimento" della graduatoria, di questo diritto si asserisce l'esistenza necessariamente consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione del nuovo concorso. Si chiede quindi, in realtà, tutela nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, tutela che deve essere accordata dal giudice amministrativo ai sensi del D.P.R. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4, restando escluso che possa essere concessa mediante disapplicazione della decisione di bandire il concorso nel giudizio ordinario - secondo la previsione dello stesso art. 63, comma 1 - siccome 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. E', infatti, questo lo schema chiaramente presupposto dalla legge, laddove esprime la regola secondo cui l'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo (D. Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 1, ultimo periodo), regola che si inserisce coerentemente nel sistema per la radicale diversità delle controversie pendenti dinanzi ai giudici di diverso ordine (l'una sull'atto; l'altra sul rapporto). Ed invece, nella controversia in esame il provvedimento amministrativo non viene in considerazione quale atto presupposto della gestione del rapporto giuridico, bensì quale oggetto diretto e immediato della pretesa, posto che la situazione di diritto soggettivo potrebbe scaturire soltanto dalla sua previa rimozione (vedi Cass. SS.UU. 27 maggio 1999, n. 308; 23 novembre 1995, n. 12104; 9 novembre 1992, n. 12073).

Le Sezioni unite confermano così l'orientamento già espresso nella decisione di controversie analoghe (Cass. SS.UU. 18 ottobre 2005, n. 20107; 25 luglio 2006, n. 16906; 18 giugno 2008, n. 16527); nè si rileva un reale contrasto con i precedenti costituiti da Cass. SS.UU. 9 marzo 2007, n. 5397 (che non contiene l'esame della questione se la decisione di bandire un nuovo concorso interno sia da ascrivere ai poteri privati ovvero a quelli pubblicistici) e da Cass., SS.UU. 13 dicembre 2007, n. 26113 (la cui motivazione valorizza il fatto che nessuna contestazione fosse stata mossa alla decisione di bandire il nuovo concorso e, soprattutto, rileva che la progressione concerneva la medesima area di inquadramento).

10. La complessità della questione, comprovata dai numerosi interventi delle Sezioni unite menzionati, inducono alla compensazione per l'intero delle spese del regolamento di giurisdizione per giusti motivi.

P.Q.M.

La Corte, a Sezioni unite, dichiara l'appartenenza della controversia alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo; compensa per l'intero le spese del regolamento preventivo di giurisdizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle sezioni unite della Corte di Cassazione, il 20 gennaio 2009.

Depositato in Cancelleria il 9 febbraio 2009