

2693/07



ESENTE REGISTRAZIONE - ESENTE BOLLI - ESENTE DDTI

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del popolo italiano

LA CORTE DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Oggetto: lavoro giurisdizione

Composta dai magistrati:

R.G.N. 26256/2004

Paolo	Vittoria	Primo Presidente f.f.	
Roberto	Preden	Presidente di Sezione	
Giulio	Graziadei	Consigliere	
Guido	Vidiri	“	
Pasquale	Picone	relatore	“
Mario	Finocchiaro	“	Rep.
Aldo	De Matteis	“	Cron. 2693
Ettore	Bucciante	“	Udienza 18.1.2007
Saverio	Toffoli	“	

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da

COMUNE DI ROMA, in persona del sindaco in carica, elettivamente domiciliato

in Roma, Via del Tempio di Giove, n. 21 (Avvocatura comunale), presso l'avv.

Carlo Sportelli, che lo difende con procura speciale apposta in calce al ricorso

-ricorrente-

contro

CANNELLI Cristina

-intimata-

per la cassazione della sentenza della Corte di appello di Roma n. 5665 in data 20 novembre 2003 (r.g.n. 5196/2002);

sentiti, nella pubblica udienza del 18.1.2007: il cons. Pasquale Picone che ha svolto la relazione della causa; il Pubblico ministero nella persona del sostituto procuratore generale Raffaele Palmieri, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso con dichiarazione della giurisdizione del giudice amministrativo.

Ritenuto in fatto

1. La Corte di appello di Roma, in accoglimento dell'impugnazione di Cristina Cannelli, ha dichiarato la sussistenza della giurisdizione ordinaria sulla controversia promossa contro il Comune di Roma, declinata dal Tribunale della stessa sede, e rimesso la causa al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 353 c.p.c.
2. I giudici dell'appello riferiscono che la Cannelli, dipendente del Comune di Roma, con ricorso del marzo 2000 aveva domandato l'accertamento dell'illegittimità della determinazione di esclusione, assunta dall'amministrazione nel novembre 1999, dal concorso interno bandito nel 1997 per l'attribuzione di qualifica superiore, deducendo che le mansioni svolte da alcuni anni le attribuivano il diritto all'inquadramento nell'area culturale-istruttore BB.CC, requisito ritenuto insussistente dal Comune.
3. Hanno ritenuto che, ai fini dell'individuazione del giudice competente, dovesse farsi riferimento, da una parte, alla data dell'atto di esclusione dal concorso

(successiva al 30 giugno 1998); dall'altra, al periodo di svolgimento delle mansioni inerenti all'area culturale, secondo la prospettazione della ricorrente, anche in relazione alla data del 15.9.2000, fissata per la persistenza della giurisdizione amministrativa.

3. La cassazione della sentenza è chiesta dall'amministrazione comunale con ricorso per un unico motivo; non ha svolto attività di resistenza l'intimata.

Considerato in diritto

1. Con l'unico motivo di ricorso l'amministrazione comunale, denunciando violazione di norme e vizio di motivazione, sostiene che doveva essere affermata la giurisdizione amministrativa sulla controversia, ai sensi dell'art. 69, comma 7, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, sia perché l'atto lesivo andava individuato nel bando di concorso, che limitava la partecipazione ai dipendenti in possesso di anzianità di tre anni nella qualifica inferiore a quella di istruttore direttivo beni culturali – VII qualifica funzionale - , sia perché le controversie concernenti le procedure concorsuali, anche interne, erano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo.

2. La Corte giudica il ricorso fondato, ancorché per ragioni parzialmente diverse da quelle prospettate nel motivo di ricorso.

3. Si premette che risulta dalla lettura del ricorso introduttivo del giudizio dinanzi al Tribunale (cui la Corte procede direttamente, dovendo decidere sul riparto delle giurisdizioni: vedi, tra le più recenti, Cass. S.u. 17461/2006), come la domanda della Cannelli, inquadrata nella VI qualifica funzionale, fosse esclusivamente diretta ad ottenere l'accertamento del diritto a partecipare al concorso bandito per il conferimento della VII qualifica funzionale.



4. In tema di lavoro pubblico contrattuale, la giurisdizione amministrativa generale di legittimità sussiste in presenza del coinvolgimento nella controversia di un'attività autoritativa della pubblica amministrazione, presupposto indispensabile perché una controversia possa essere attribuita, ai sensi dell'art. 103 Cost., alla speciale giurisdizione del giudice amministrativo (vedi C. cost. n. 204 del 2004).

Nel sistema del d.lgs. 165/2001, sono assegnati al dominio del diritto pubblico soltanto i procedimenti e gli atti generali (normativi e non) concernenti: le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; l'individuazione degli uffici di maggiore rilevanza ed i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; la determinazione delle dotazioni organiche complessive (art. 2, comma 1). Vanno, però, sicuramente aggiunte 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 delle procedure concorsuali di assunzione all'area dei poteri amministrativi.

Ogni altra determinazione relativa all'organizzazione degli uffici, unitamente alle misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, ai sensi dell'art. 5, comma 2, e, in relazione a tali atti e procedimenti, non può, neppure in astratto, prospettarsi un ambito di giurisdizione amministrativa di legittimità, essendo configurabili esclusivamente situazioni giuridiche soggettive riconducibili all'area della tutela dei diritti (art. 2907 cod. civ.).



I richiamati principi si trovano enunciati, univocamente nella giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte (si vedano, in particolare,: Cass. S.u. 847/1998, 15539/2001, 9342/2002, 6348/2003, 10464/2003, 5501/2004, 22990/2004, 6421/2005, 8695/2005, 14252/2005, 21592/2005).

Anche nella controversia in oggetto, quindi, la risoluzione della questione di giurisdizione dipende dall'esito dell'operazione di qualificazione della procedura concorsuale in termini di attività autoritativa, oppure di procedimento di natura negoziale, qualificazione, ovviamente, cui si deve procedere sulla base delle fonti che regolano i procedimenti in questione.

5. L'iniziale orientamento delle Sezioni unite distingueva tra procedure dirette all'instaurazione del rapporto di lavoro (per le quali la giurisdizione era attribuita al giudice amministrativo) e procedure relative alla progressione di carriera di lavoratori già dipendenti dall'amministrazione (per le quali la giurisdizione era attribuita in ogni caso al giudice ordinario). I concorsi interni, infatti, venivano qualificati come procedimenti negoziali, di esercizio dello *ius variandi* della pubblica amministrazione, e quindi ricondotti agli atti gestionali, o di micro-organizzazione, di cui all'art. 5, comma 2, del d.lgs n. 165 del 2001 (vedi, tra le ultime decisioni di questo segno: Cass. S.u. 9334/2002).

Ben presto, però, si è posto il problema della compatibilità tra l'indirizzo sopra richiamato e l'elaborazione che, in tema di progressione verticale dei dipendenti pubblici, andava compiendo la Corte costituzionale nell'interpretazione e applicazione delle regole dettate dall'art. 97 Cost.

Questa elaborazione (da ultimo riassunta dalla sentenza costituzionale n. 407 del 2005) può ridursi alle seguenti proposizioni:



a) anche l'accesso dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni a funzioni più elevate non sfugge, di norma, alla regola del pubblico concorso e «non sono pertanto ragionevoli norme che prevedano scivolamenti automatici verso posizioni superiori (senza concorso o comunque senza adeguate selezioni o verifiche attitudinali) o concorsi interni per la copertura della totalità dei posti vacanti» (Corte cost. n. 2 del 2001, n. 218 del 2002, n. 373 del 2002 e n. 274 del 2003);

b) anche «il passaggio da un'area ad un'altra comporta l'accesso ad un nuovo posto di lavoro con relativa progressione in carriera ed è quindi soggetto al principio del pubblico concorso» (Corte cost. n. 320 del 1997 e n. 159 del 2005);

c) ne consegue la necessità di «un ragionevole punto di equilibrio fra questo principio e l'interesse a consolidare pregresse esperienze lavorative» (Corte cost. n. 159 del 2005, cit., nonché n. 34 e n. 205 del 2004).

La giurisprudenza costituzionale, come sopra esposta in estrema sintesi, è alla base del *revirement* da parte delle Sezioni unite (Cass. S.u. 15403/2003, in seguito costantemente confermato dalle decisioni successive: Cass. S.u. 3948/2004, 10183/2004, 6217/2005, 10605/2005; 20107/2005), quanto alle controversie aventi ad oggetto i concorsi cd. "interni". Si è, infatti, affermato che il riferimento all'"assunzione", contenuto nel citato quarto comma dell'art. 63, va inteso in senso non strettamente letterale, ma è comprensivo delle "prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore" (Cass. S.u. 15403/2003, cit.).

In definitiva, il concorso è in ogni caso rivolto alla "assunzione" allorché sia "pubblico", cioè aperto agli esterni, ed è indifferente che vi partecipino anche lavoratori già dipendenti dell'amministrazione; ma è, ugualmente rivolto alla

“assunzione” ove sia riservato agli “interni”, le quante volte risulti finalizzato ad una progressione verticale che consista nel passaggio ad una posizione funzionale qualitativamente diversa, tale da comportare “una novazione oggettiva del rapporto di lavoro” (Cass. 18886/2003, cit.).

6. Con la lettura estensiva, nei sensi sopra precisati, del vocabolo “assunzione”, la qualificazione della procedura come attività autoritativa oppure negoziale dipende, come già accennato, dall’interpretazione delle fonti che la regolano.

Si è già precisato come nessun problema si pone allorché la procedura sia comunque aperta all’assunzione di esterni: si tratta sempre di procedimento amministrativo ai sensi dell’art. 97 Cost. e dell’art. 35 d.lgs. 165/2001).

Per i concorsi “interni”, invece, 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, né 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.

7. La nozione di area, quale insieme di posizioni professionali associato a plurime qualifiche, anche di diverso livello, ma connotate da elementi di omogeneità, viene introdotta dalla riforma cd. di “privatizzazione” del lavoro pubblico, attuata dalle norme generali raccolte nel d.lgs. 165/2001.

In primo luogo, alcune aree sono direttamente definite dalle norme di legge (d.lgs. 165/2001: area della dirigenza e dei professionisti: art. 40, comma 2; area della vice-dirigenza: art. 17-*bis*).

Per il restante personale “contrattualizzato”, il disegno di delegificazione è stato attuato affidando allo speciale sistema di contrattazione collettiva nel settore pubblico (vedi Corte cost n. 199 del 2003) anche la materia degli inquadramenti (in quanto non esclusa dalla previsione di cui al comma primo dell’art. 40). E dunque, per il personale dei comparti, sono stati i contratti collettivi (della seconda tornata contrattuale) ad introdurre il sistema di classificazione per aree di inquadramento, cui lo stesso testo del d.lgs. 165/2001, come successivamente modificato e integrato, si riferisce (art. 30, comma 2-*bis*, quanto alla disciplina della mobilità; art. 34-*bis*, comma 1, quanto ai concorsi per l’assunzione).

La giurisprudenza della Corte, del resto, ha avuto modo di chiarire che la disciplina legale della classificazione dei lavoratori pubblici “contrattualizzati” ha carattere speciale rispetto a quella dettata dal codice civile (Cass. 14193/2005); di conseguenza, il sistema di inquadramento per aree sostituisce quello per categorie, di cui all’art. 2095 cod. civ., che ugualmente può accorpate più qualifiche.

Conclusivamente, l’art. 63, comma 4, d.lgs. 165/2001, si interpreta, alla stregua dei principi enucleati dall’art. 97 Cost, dal giudice delle leggi, nel senso che, per “procedure concorsuali di assunzione”, ascritte al diritto pubblico e all’attività autoritativa dell’amministrazione, si intendono non soltanto quelle preordinate alla costituzione *ex novo* dei rapporti di lavoro (essendo tali tutte le procedure aperte a candidati esterni, ancorché vi partecipino soggetti già dipendenti pubblici), ma anche i procedimenti concorsuali “interni”, destinati, cioè, a consentire l’inquadramento dei dipendenti in aree funzionali o categorie più elevate, profilandosi in tal caso una novazione oggettiva dei rapporti di lavoro.

Le progressioni, invece, all’interno di ciascuna area professionale o categoria, sia con acquisizione di posizioni più elevate meramente retributive, sia con il

conferimento di qualifiche (livello funzionale di inquadramento connotato da un complesso di mansioni e di responsabilità) superiori (art. 52, comma 1, d.lgs. 165/2001), sono affidate a procedure, poste in essere dall'amministrazione con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato (art. 5, comma 2, d.lgs. 165/2001).

Tale differente disciplina tra i passaggi interni alle aree professionali rispetto a quelli esterni appare, inoltre, confermata dalla legge 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria per il 2006), nel suo riferimento "agli importi relativi alle spese per le progressioni all'interno di ciascuna area professionale o categoria..." e alla diversa nozione di "passaggio di area o di categoria"(art. 1, comma 193).

È evidente che, alla stregua dell'interpretazione enunciata, assume rilevanza determinante ai fini dell'indicato criterio di ripartizione della giurisdizione – e, correlativamente, dell'ambito di applicazione del termine "assunzione" – il contenuto della contrattazione collettiva, ma è, questo, un effetto derivante dal sistema legislativo di regolamentazione delle fonti di disciplina del lavoro pubblico "contrattuale" e, dunque, pur sempre riconducibile alla fonte primaria.

In altri termini, in presenza di progressioni all'interno di ciascuna area professionale o categoria, secondo disposizioni di legge o di contratto collettivo, necessariamente si versa fuori dell'ambito delle attività amministrative autoritative e la procedura è retta dal diritto privato (art. 1, comma 1-bis, della legge n. 241 del 1990, nel testo attuale).

8. Nel caso di specie, il concorso interno per la progressione alla qualifica superiore era stato bandito nella vigenza del sistema di inquadramento secondo le qualifiche funzionali, come disciplinato dalla legge 11 luglio 1980, n. 312. Infatti, premesso che la Corte conosce direttamente, anche di ufficio, delle clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da Aran e pubbliche

amministrazioni (art. 63, comma 5, d.lgs. n. 165 del 2001), va rilevato che all'epoca del bando era vigente il contratto collettivo nazionale di lavoro 6 luglio 1995 (comparto regioni ed autonomie locali, area del personale dei livelli, parte normativa 1994 – 1997), il cui contenuto non aveva inciso sulla materia della classificazione del personale. Soltanto con il CCNL del comparto regioni ed autonomie locali per il personale non dirigente in data 31.3.1999 (revisione del sistema di classificazione professionale - G.U. Serie Generale n. 81 del 24.4.1999), è stato definito il nuovo sistema di classificazione, mediante la previsione di aree di inquadramento per categorie e posizioni retributive interne a ciascuna categoria (in sostituzione del sistema delle qualifiche funzionali). Di conseguenza, è solo con questo contratto, non prima, che è stata esercitata la delega conferita dalla legge in ordine alla distinzione tra aree o categorie comprendente profili professionali omogenei



La distinzione indicata, invece, non era in alcun modo configurabile nel sistema delle qualifiche funzionali di cui alla legge 11 luglio 1980, n. 312, 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 sempre quella novazione del rapporto di lavoro si cui si è detto e doveva necessariamente costituire l'esito di procedura di selezione retta da moduli pubblicistici (art. 7 della legge: *l'accesso alle singole qualifiche funzionali avverrà per pubblico concorso*).

9. Queste considerazioni (già svolte, sia pure a livello di *obiter dictum*, da Cass. S.u. 10419/2006) conducono ad ascrivere il bando di concorso *de quo* all'ambito dell'attività autoritativa dell'amministrazione ed a qualificare la situazione della dipendente come avente la consistenza dell'interesse legittimo di fronte al

provvedimento di esclusione, tutelabile in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità. Restano, evidentemente, assorbite tutte le questioni, trattate dalla sentenza impugnata e dalla parte ricorrente, relative all'attinenza della controversia al periodo di lavoro precedente o successivo al 30 giugno 1998.

10. L'accoglimento del ricorso comporta la cassazione senza rinvio della sentenza impugnata. La complessità della questione controversa e le oggettive incertezze sull'individuazione del giudice competente in materia di procedure concorsuali interne inducono alla compensazione delle spese dell'intero processo per giusti motivi.

P.Q.M.

La Corte, a Sezioni unite, accoglie il ricorso; cassa senza rinvio la sentenza impugnata e dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia; compensa le spese dei giudizi di merito e di cassazione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio delle Sezioni unite della Corte di cassazione del 18 gennaio 2007.

Il Presidente

Paolo Giannini

Il Consigliere estensore

Giuseppe V. Corradini

IL CANCELLIERE
Dr. Domenico Marando
Domenico Marando

Depositato in Cancelleria

il giorno **7 FEB. 2007**

IL CANCELLIERE
Domenico Marando

