

**-2676/11**



**REPUBBLICA ITALIANA**

Oggetto

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**

**SEZIONI UNITE CIVILI**

Lavoro alle  
dipendenze  
della p.a.,  
graduatorie  
concorsuali,  
scorrimento,  
giurisdizione

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. PAOLO VITTORIA - Primo Pres.te f.f. - R.G.N. 30228/2006  
Dott. ROBERTO MICHELE TRIOLA - Presidente Sezione - R.G.N. 34836/2006  
Dott. MICHELE D'ALONZO - Consigliere - Cron. 2676  
Dott. FRANCESCO MARIA FIORETTI - Consigliere - Rep.  
Dott. LUCIO MAZZIOTTI DI CELSO - Consigliere - Ud. 07/12/2010  
Dott. UMBERTO GOLDONI - Consigliere - PU  
Dott. MAURIZIO MASSERA - Consigliere -  
Dott. CARLO PICCININNI - Consigliere -  
Dott. SAVERIO TOFFOLI - Rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso 30228-2006 proposto da:

MANNI MARCO (MNNMRC69B13I726R), elettivamente  
domiciliato in ROMA, VIA EZIO 19, presso lo studio  
dell'avvocato ALLIEGRO MICHELE, rappresentato e difeso  
dall'avvocato DINOI PIETRO, per delega in calce al  
ricorso;

2010

902

**- ricorrente -**

**contro**

COMUNE DI SIENA;

**- intimato -**

sul ricorso 34836-2006 proposto da:

COMUNE DI SIENA, in persona del Sindaco pro-tempore,  
elettivamente domiciliato in ROMA, LUNGOTEVERE  
FLAMINIO 46, presso lo studio dell'avvocato GREZ  
GIANMARCO, rappresentato e difeso dall'avvocato  
PISILLO FABIO, per delega a margine del controricorso  
e ricorso incidentale;

**- controricorrente e ricorrente incidentale -**

**contro**

MANNI MARCO;

**- intimato -**

avverso la sentenza n. 1482/2005 della CORTE D'APPELLO  
di FIRENZE, depositata il 07/11/2005;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica  
udienza del 07/12/10 dal Cons. Dott. SAVERIO TOFFOLI;

uditi gli avvocati Pietro DINOI, Stefano GORI per  
delega dell'avvocato Fabio Pisillo;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott.  
DOMENICO IANNELLI, che ha concluso per l'accoglimento  
del ricorso incidentale (giurisdizione del giudice  
amministrativo); assorbito il ricorso principale.

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Tribunale di Siena con sentenza non definitiva dichiarava la giurisdizione del giudice ordinario riguardo alla domanda proposta da Marco Manni contro il Comune di Siena, diretta al riconoscimento del suo diritto ad essere assunto dal medesimo nel profilo di istruttore di polizia municipale tenuto conto della sua collocazione come idoneo al diciottesimo posto nella graduatoria di un concorso bandito il 10.1.1997 per due posti di detta qualifica – graduatoria successivamente utilizzata fino all'11° posto per ulteriori assunzioni – a seguito della indizione nel dicembre del 1999 di un ulteriore concorso per coprire altri 10 posti. Quindi lo stesso Tribunale con sentenza definitiva accoglieva la domanda nel merito. Proposto appello da parte del Comune di Siena contro ambedue le sentenze, la Corte d'appello di Firenze confermava la pronuncia sulla giurisdizione ma, in riforma dell'altra sentenza, rigettava la domanda nel merito.

Sulla questione pregiudiziale riteneva che la formulazione della domanda, diretta all'attuazione della graduatoria del primo concorso, previo scorrimento, non ~~investisse~~<sup>investisse</sup> direttamente la circostanza dell'espletamento della seconda selezione, con la conseguenza che la controversia non riguardava la fase contrattuale né le generali determinazioni organizzative dell'ente locale convenuto.

Quanto al merito, la Corte, richiamato l'art. 6, comma 21, della legge n. 127/1997, osservava che la ivi prevista efficacia triennale della graduatoria è disposta esclusivamente con finalità di snellimento dell'attività amministrativa e di risparmio di spesa, senza precludere però all'ente locale di valutare le esigenze del caso concreto e in relazione alle stesse di espletare una nuova prova concorsuale per reperire i migliori tra gli aspiranti, nell'ambito dell'esercizio di un potere discrezionale al riguardo. La pretesa dell'appellato non era quindi qualificabile come "diritto all'assunzione". Era quindi superfluo osservare che la

225

scelta compiuta dal Comune di Siena di bandire un nuovo concorso da espletarsi nel 2000 risultava logica e coerente (dato l'elevato numero dei posti da coprire e l'intento di una qualificazione del personale della polizia municipale mediante l'inserimento tra le prove orali anche di elementari elementi di criminologia, con riferimento ai problemi dell'immigrazione, della tossicodipendenza e del disagio sociale in genere).

Marco Manni propone ricorso per cassazione sulla base di due motivi. Il Comune di Siena resiste con controricorso e propone ricorso incidentale con un motivo.

Chiamata la causa ad udienza di discussione della Sezione lavoro, quest'ultima, rilevata la proposizione di questione di giurisdizione con il ricorso incidentale, con ordinanza rimetteva gli atti al Primo Presidente affinché potessero essere investite le Sezioni unite.

Il Comune di Siena ha depositato memoria illustrativa.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il primo motivo del ricorso principale denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 6, comma 21, l. n. 127/1997. Si sostiene la tesi che, mentre rimane una scelta discrezionale dell'ente quella di compiere o no nuove assunzioni che si rendano possibili nel periodo di vigenza della precedente graduatoria concorsuale, invece nel caso in cui concretamente si ricorra a tali nuove assunzioni sia obbligatorio il ricorso agli idonei della graduatoria ancora valida ai sensi della norma richiamata, il cui disposto era stato peraltro ribadito nella specie nel bando di concorso.

Il secondo motivo denuncia omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su fatto decisivo e controverso. Il vizio è riferito alla valorizzazione da parte della Corte di merito, al fine di ritenere logica la scelta di bandire un nuovo concorso, dell'elevato numero (dieci) dei posti da coprire, senza spiegare perché lo stesso numero non potesse essere coperto mediante la graduatoria del

STU

primo concorso, e dell'inserimento tra le prove dell'esame orale di elementari nozioni di criminologia, trascurando che tale dato non poteva attribuire elementi di differenziazione ai due concorsi, tenuta presente l'elementarità delle nozioni di criminologia richieste e l'inserimento della stessa tematica quale oggetto della formazione permanente dedicata al personale già in servizio.

2. Il ricorso incidentale denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 63 d.lgs. n. 165/2001 e dell'art. 103 Cost., nonché violazione dei principi e criteri che informano il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo e dell'art. 97 Cost. Si lamenta che il giudice di merito abbia fatto riferimento al riguardo all'erroneo e da tempo non più utilizzato criterio della prospettazione e si sostiene che quando, come nella specie, non si discute del rapporto di lavoro ma delle modalità di individuazione del contraente, tipica scelta organizzativa, la scelta della p.a. è sindacabile solo dal giudice amministrativo. Più in particolare, si sostiene poi che la p.a. conserva il potere di non utilizzare la graduatoria degli idonei e di indire un nuovo concorso quando vi siano esigenze organizzative tali da richiederlo.

3. I due ricorsi devono essere riuniti (art. 335 c.p.c.).

4. Deve preliminarmente richiamarsi il principio recentemente enunciato da queste Sezioni unite, con la sentenza n. 5456/2009, al fine di precisare se, nel giudizio di cassazione, la questione di giurisdizione proposta con il ricorso incidentale dalla parte totalmente vittoriosa debba o meno essere esaminata in via pregiudiziale rispetto al ricorso principale attinente al merito.

La Corte ha dato risposta negativa a tale quesito sulla base del seguente principio: *<<Anche alla luce del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, secondo cui fine primario di questo è la realizzazione del diritto delle parti ad ottenere risposta nel merito, il ricorso incidentale proposto dalla parte totalmente vittoriosa nel giudizio di merito, che investe questioni pregiudiziali di rito, ivi comprese quelle attinenti alla giurisdizione, o*

STW

*preliminari di merito, ha natura di ricorso condizionato, indipendentemente da ogni espressa indicazione di parte, e deve essere esaminato con priorità solo se le questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito, rilevabili d'ufficio, non siano state oggetto di decisione esplicita o implicita (ove quest'ultima sia possibile) da parte del giudice di merito. Qualora, invece, sia intervenuta detta decisione, tale ricorso incidentale va esaminato dalla Corte di cassazione, solo in presenza dell'attualità dell'interesse, sussistente unicamente nell'ipotesi della fondatezza del ricorso principale.>>*

Poiché il Comune di Siena è risultato pienamente vittorioso nel giudizio di appello, deve indubbiamente procedersi ad un esame circa la fondatezza del ricorso principale.

5. Prendendo in considerazione il relativo primo motivo, deve rilevarsi che la Corte di merito, nel quadro della qualificazione come diritto della posizione di vantaggio dedotta in giudizio dalla parte inizialmente ricorrente ~~come diritto~~, sulla base di un meccanico riferimento alla qualificazione operata dalla parte, è poi pervenuta al rigetto della domanda sulla base, espressamente, del solo rilievo che in realtà un diritto al c.d. scorrimento della graduatoria in effetti non è configurabile. Coerentemente, le successive sintetiche considerazioni circa la logicità e coerenza della scelta compiuta dal Comune, sono formulate dichiaratamente *ad abundantiam* e svolte a prescindere da una premessa circa il quadro giuridico di riferimento delle valutazioni da compiere.

Ne consegue la parziale fondatezza del primo motivo ricorso, il quale, volto come è a censurare tale assoluto disconoscimento di una posizione soggettiva di vantaggio in favore del lavoratore risultato idoneo in esito ad una procedura concorsuale, pur proponendo la tesi di una tutela incondizionata del lavoratore stesso nell'ipotesi di successive assunzioni nel periodo di validità della graduatoria, ha anche la valenza di proporre il riconoscimento della sussistenza comunque di una più limitata posizione di vantaggio, cioè in

particolare di una posizione di interesse legittimo con riferimento alla concreta ipotesi, oggetto del giudizio, della indizione di un ulteriore concorso per la copertura di altri posti della stessa qualifica.

Assume rilievo quindi la qualificabilità non certo come interesse di mero fatto, ma come di interesse legittimo, della posizione soggettiva del soggetto risultato idoneo a seguito dell'espletamento di un concorso, in caso di indizione un successivo concorso.

Al riguardo è opportuno ricordare che in genere la pretesa allo "scorrimento" della graduatoria, cioè la pretesa, correlata a previsioni normative o del bando di concorso, dei partecipanti al concorso risultati non vincitori ma idonei, alla stipulazione del contratto di lavoro in base ad eventi successivi all'approvazione della graduatoria, quali la copertura entro un certo periodo di tempo di posti nel frattempo resisi disponibili, dà luogo ad una controversia conosciuta dal giudice ordinario in quanto relativa al diritto all'assunzione (cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. un., n. 8736/2008, 12967/2010). In alcune pronunce si è ritenuto che la pretesa in questione sia qualificabile come di diritto soggettivo anche nel caso in cui la determinazione dell'amministrazione datrice di lavoro di coprire gli ulteriori posti si evinca dalla indizione di una selezione concorsuale finalizzata a tale copertura, (cfr. Cass., sez. un., n. 5397/2007 e 26113/2007). Si è affermato però il diverso orientamento che, senza prendere posizione circa la legittimità (o le condizioni di legittimità) del ricorso ad una nuova procedura concorsuale in presenza di una graduatoria per legge ancora efficace ai fini della copertura di ulteriori posti, ha ritenuto che, di fronte a un provvedimento di apertura della nuova procedura concorsuale, la pretesa del lavoratore aspirante all'assunzione si risolve necessariamente nella contestazione della legittimità di tale provvedimento amministrativo ed ha quindi la consistenza di un interesse legittimo (Cass., sez. un., n. 20107/2005, 16527/2008, 16906/2006, 3055/2009).

MS

Nella specie, al fine di confermare l'accoglibilità del primo motivo di ricorso, che comporta l'esame e – come si vedrà, ma è già evidente alla luce delle precedenti considerazioni – l'accoglimento dell'assorbente deduzione di difetto di giurisdizione di cui al ricorso incidentale, è sufficiente rilevare che l'errore giuridico in cui è incorsa la Corte di merito ha precluso alla stessa un corretto esame della fattispecie anche ove si acceda alla tesi dell'esistenza di un potere discrezionale del datore di lavoro pubblico circa l'utilizzazione della graduatoria ultrattiva o l'indizione di un nuovo concorso, non avendo la Corte di merito effettivamente valutato ai fini decisori le doglianze, pur pacificamente sussistenti, circa un corretto esercizio di tale potere.

6. Il secondo motivo del ricorso principale rimane assorbito.

7. Passando all'esame del ricorso incidentale deve rilevarsi la fondatezza della proposta questione di giurisdizione, in base a quanto precedentemente già rilevato in merito alla appartenenza della controversia al giudice amministrativo quando sia fatta valere una pretesa al c.d. scorrimento della graduatoria concorsuale a seguito della indizione di un nuovo concorso per i posti della cui copertura si discuta (paragr. 5).

MPS

8. Sulla base del complesso delle precedenti considerazioni risulta concretamente operativo il solo accoglimento del ricorso incidentale.

Consegue la cassazione della sentenza impugnata, la dichiarazione della giurisdizione del giudice amministrativo e la rimessione delle parti davanti al medesimo (TAR competente per territorio).

Le spese dell'intero giudizio vengono compensate tenuto presente che l'indirizzo interpretativo relativo alla esaminata questione di giurisdizione si è precisato successivamente alla conclusione dei gradi di merito.

P.Q.M.

La Corte riunisce i ricorsi; accoglie il ricorso incidentale, cassa la sentenza impugnata, dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo, davanti a cui rimette le parti. Compensa le spese dell'intero giudizio.

Così deciso il 7 dicembre 2010.

Il Consigliere est.

*Saverio T. Uel*

Il Presidente

*paolantonio*

Il Funzionario Giudiziario  
Giovanni

*[Handwritten signature]*

Depositata in Cancelleria

di, - 4 FEB. 2011

Il Funzionario  
Giovanni

*[Handwritten signature]*