amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

L'interesse legittimo degli idonei non vincitori a un anno e mezzo dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 14/2011.

Gli orientamenti della giurisprudenza ordinaria ed amministrativa*

di Nicola Massa

Sommario

1. Premessa. – 2. Il fatto. – 3. Le ragioni dei ricorrenti e la soluzione del T.A.R. – 4.1. I punti della questione affrontati dalla Plenaria. – 4.2. La validità e l'efficacia della graduatoria concorsuale. – 4.3. L'istituto dello 'scorrimento' della graduatoria. – 5. Le risposte della Plenaria. – 6. La dottrina. – 7.1. I rapporti con l'Adunanza Plenaria 11/2011. – 7.2. Gli orientamenti giurisprudenziali precedenti la Plenaria sullo 'scorrimento' della graduatoria: necessità o meno di motivazione. La soluzione fornita dalla Plenaria ai contrasti giurisprudenziali. – 7.3. La qualificazione giuridica della situazione degli idonei non vincitori: la giurisprudenza precedente la Plenaria. – 8.1. La giurisprudenza della Corte di Cassazione successiva alla Plenaria. – 8.2. La giurisprudenza amministrativa successiva alla Plenaria. – 9. Osservazioni conclusive.

Massime

In presenza di graduatorie concorsuali valide ed efficaci, l'Amministrazione, se stabilisce di provvedere alla copertura dei posti vacanti, deve motivare la determinazione riguardante le modalità di reclutamento del personale; anche qualora scelga l'indizione di un nuovo concorso, in luogo dello 'scorrimento' delle graduatorie.

In materia di 'scorrimento', gli idonei non vantano un diritto soggettivo pieno all'assunzione, mediante lo 'scorrimento', che sorgerebbe per il solo fatto della vacanza e disponibilità di posti in organico.

* Il lavoro è stato sottoposto ad una preventiva valutazione da parte di due referee anonimi.

 ISSN 2036-7821

1. Premessa

Nell'ambito del lavoro pubblico privatizzato appare interessante appuntare l'attenzione sulla posizione di coloro che, per usare un'espressione dantesca, sono nel Limbo: i cd. idonei non vincitori, cioè coloro che, pur avendo superato le prove concorsuali, non si sono classificati in una posizione utile per l'assunzione. Il presente lavoro ha perciò come compito precipuo quello di tracciare delle coordinate in una materia relativamente poco battuta dalla dottrina, materia che però risulta essere di stringente attualità e ricca di numerosi profili problematici.

È indubbio che qualificare la posizione degli idonei come interesse legittimo o come diritto soggettivo ha ricadute inevitabilmente in punto di giurisdizione, soprattutto se si tiene presente che il lavoro pubblico privatizzato è stato il campo di frequenti scontri proprio relativamente al riparto di giurisdizione.

In linea di massima è pacifico e facilmente riscontrabile, come rilevato dalla giurisprudenza[1], che tutte le controversie inerente ad ogni fase del rapporto di lavoro, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario, mentre la riserva in via residuale della giurisdizione amministrativa concerne esclusivamente le procedure concorsuali strumentali alla costituzione del rapporto con la P.A., che si sviluppano fino all'approvazione della graduatoria dei vincitori:infatti, è propria della giurisdizione amministrativa, a norma dell'art. 63 D.lgs. n. 165 del 2001, la fase concorsuale che si conclude con la stesura ed approvazione delle graduatorie.

Connessi inestricabilmente alla qualificazione della posizione degli idonei risultano l'istituto del cd. scorrimento della graduatoria e la motivazione: il primo consente al candidato idoneo di far valere un suo diritto all'assunzione, quando però tale diritto sia negato per effetto dell'indizione di un nuovo concorso, la contestazione investirà l'esercizio del potere dell'Amministrazione, a cui corrisponde una situazione di interesse legittimo; ed è proprio in quest'ultimo caso che assumerà un ruolo cruciale la motivazione.

Ebbene, tutti i profili *de quibus* sono stati affrontati dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria 14/2011, sentenza che nel condurre un'analisi dei diversi filoni interpretativi emersi nella giurisprudenza amministrativa e nella dottrina, afferma importanti principi in tema di utilizzazione delle graduatorie concorsuali.

Da ciò consegue l'opportunità di procedere dapprima alla ricognizione del fatto che ha sorretto il giudicato, per poi passare alle questioni giuridiche collegate e infine analizzare il *decisum*, alla luce del contrasto dottrinario e giurisprudenziale.

Da ultimo appare utile verificare come gli arresti della Plenaria abbiano retto dopo quasi un anno mezzo, sicché sarà necessario procedere ad una ricognizione della giurisprudenza ordinaria e amministrativa, che in alcuni casi ha contribuito a definire in modo più nitido aspetti particolari e di dettaglio legati allo 'scorrimento' della graduatoria, alla situazione degli idonei e al conseguente riparto di giurisdizione: il tutto servirà, in conclusione, a delineare un ordito giuridico sulla posizione giuridica degli idonei.

2. Il fatto

La questione portata all'attenzione dell'Adunanza Plenaria ha riguardato una situazione in cui gli appellanti, dopo aver partecipato ad un concorso pubblico (la cui graduatoria è stata approvata nel 2005), per titoli ed esami, diretto alla copertura di un posto di ca-

[1] Cfr. Cass. Sez. Un. civ., 29 settembre 2003, n. 14529.

tegoria C, presso la direzione amministrativa di un'università, sono risultati idonei, non vincitori. L'università, dopo aver proceduto allo 'scorrimento' della graduatoria, assumendo fino ad un certo numero di idonei, ha ripetutamente utilizzato la graduatoria per individuare i soggetti ai quali conferire diversi incarichi di collaborazione continuativa e coordinata.
In seguito, l'università nell'ambito della programmazione triennale delle assunzioni, ha stabilito di avviare due nuove procedure concorsuali per il reclutamento di personale di categoria C, a tempo determinato e a tempo indeterminato. In particolare, con decreto del 2008, il direttore amministrativo dell'università ha indetto una selezione pubblica per titoli ed esami, volta all'assunzione a tempo determinato di 14 unità di personale tecnico amministrativo di categoria C dell'area amministrativa, di cui 8 posti riservati in favore del personale precario, per le esigenze temporanee ed eccezionali dell'Amministrazione. Quindi, con decreto del 2008, l'Università ha bandito una selezione pubblica, per titoli ed esami, volta all'assunzione a tempo indeterminato di 3 unità di personale tecnico amministrativo di categoria C dell'Area amministrativa, per le esigenze funzionali delle segreterie di alcune Facoltà.

3. Le ragioni dei ricorrenti e la soluzione del T.A.R.

I ricorrenti in primo grado, in qualità di candidati idonei, ma non vincitori, avevano contestato tutte le determinazioni adottate dall'Amministrazione riguardanti appunto l'indizione delle nuove procedure concorsuali, deducendo che l'università, per la copertura dei posti vacanti, avrebbe dovuto prioritariamente utilizzare le preesistenti graduatorie, in doverosa applicazione dell'articolo 35, comma 5 – ter, del Testo unico del pubblico impiego di cui al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, introdotto dalla legge n. 244/2007 (legge finanziaria per il 2008).
Gli stessi, infine, avevano prospettato i vizi di eccesso di potere e di difetto di motivazione, asserendo che gli atti impugnati non avevano dato conto né delle ragioni giustificatrici della preferenza accordata al reclutamento mediante due nuovi concorsi, né del sacrificio imposto alle loro aspettative legittime.
Il T.A.R. ha respinto il ricorso, basando la propria decisione su questi punti:
a) il legislatore ordinario ha una elevatissima discrezionalità nella individuazione dei contesti in cui la regola del concorso «può cedere il posto a diversa procedura di reclutamento del personale».
b) Ciò può avvenire «quando particolarissime esigenze di politica sociale e di raffreddamento di tensioni provocatasi all'interno di determinate categorie impongano di abbandonare il criterio principale, in favore di una procedura più snella e forse meno garantita, ma pur sempre conforme a Costituzione». La procedura di stabilizzazione del personale precario, contemplata dalle leggi n. 296/2006 e n. 244/2007, «si muove in questa ottica».
c) Occorre comunque verificare il «ragionevole temperamento degli interessi di cui appaiono portatori i dipendenti che hanno una aspettativa giuridicamente rilevante alla stabilizzazione, e coloro che hanno un interesse di segno opposto a far rispettare altre regole che pure caratterizzano la materia». Detta «ponderazione comparativa di interessi in gioco deve essere effettuata dalla pubblica amministrazione, perché, un volta consumatasi la discrezionalità del legislatore, rimane pur sempre un ambito in cui la riserva di amministrazione deve poter operare».
d) In concreto, va considerato che «al momento della indizione delle procedure di reclutamento impugnate, la validità della graduato-

ria (circoscritta in 24 mesi) era spirata, con considerevole affievolimento della posizione soggettiva dei ricorrenti a prevalere sia rispetto al personale da stabilizzare, sia in rapporto a coloro ai quali è stata riservata una quota dei posti messi a concorso».

e) Pertanto, «non è irragionevole e non merita accoglimento la censura di eccesso di potere proposta nei confronti della scelta dell'Amministrazione universitaria la quale, invece di utilizzare lo scorrimento di una graduatoria divenuta inefficace per decorso del tempo, decida di soddisfare il fabbisogno di personale riservando una parte di posti da coprire a personale precario da stabilizzare, e una parte degli stessi posti indicendo apposita procedura concorsuale, dando contestualmente atto della insussistenza di graduatorie valide da utilizzare con scorrimento».

Con l'appello, i ricorrenti hanno riproposto e sviluppato le censure articolate in primo grado, criticando la decisione di rigetto.

L'Amministrazione ha resistito al gravame, prospettando numerose eccezioni preliminari.

4.1. I punti della questione affrontati dalla Plenaria

La Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha deferito l'esame del ricorso all'Adunanza Plenaria, prospettando le seguenti questioni interpretative:

a) «la validità e l'efficacia della graduatoria concorsuale in cui figurano gli attuali appellanti, nell'anno 2008, anno in cui l'università ha bandito le due nuove procedure concorsuali per la copertura di posti della medesima categoria professionale oggetto della selezione cui hanno partecipato i ricorrenti»;

b) «l'applicabilità o meno, *ratione temporis*, delle previsioni della richiamata legge n. 244/07, dato che, secondo l'assunto difensivo della università, tale disposizione si applicherebbe soltanto alle graduatorie approvate a decorrere dal 1 gennaio 2008 e cioè dopo la sua entrata in vigore»;

c) «la posizione degli idonei in graduatoria rispetto alla determinazione della Amministrazione di far luogo a nuove assunzioni di personale nell'ambito della stessa categoria professionale, con specifico riguardo alla sussistenza e all'ampiezza dell'obbligo di motivazione della decisione con cui l'Amministrazione stabilisce di indire un nuovo concorso, pur in presenza di graduatorie degli idonei ancora valide ed efficaci».

4.2. La validità e l'efficacia della graduatoria concorsuale

La Plenaria esamina congiuntamente le prime due questioni prospettate dall'ordinanza di deferimento, concernenti la perdurante vigenza della graduatoria approvata nel dicembre 2005 e l'ambito temporale di operatività della disciplina che ha fissato in tre anni, decorrenti dalla pubblicazione, il periodo di efficacia delle graduatorie concorsuali.

Il supremo consesso della giustizia amministrativa rileva che la nuova disciplina legislativa potrebbe riguardare solo le graduatorie ancora efficaci al momento della sua entrata in vigore.

L'articolo 3, comma 87, della legge 24 dicembre 2007 n. 244, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)», ha aggiunto, all'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, il comma 5 – ter, in forza del quale «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».

D'altra parte, come rileva la Plenaria, l'intervento normativo del 2007 abbandona la

struttura formale della disciplina di mera proroga, a carattere contingente, e si caratterizza per alcuni elementi di novità:
- è definitivamente confermato che la vigenza delle graduatorie, ora determinata in tre anni, decorrenti dalla pubblicazione, è un istituto ordinario ('a regime') delle procedure di reclutamento del personale pubblico, disciplinato da una fonte di rango legislativo e non più dal solo regolamento generale dei concorsi (d.P.R. n. 487/1994);
- l'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto generale dello 'scorrimento' è riferito, indistintamente, a tutte le amministrazioni, senza limitazioni di carattere soggettivo od oggettivo.
Fermi restando questi importanti profili innovativi, tuttavia, il Consiglio di Stato ritiene che la disciplina, per la sua *ratio* e per la sua formulazione letterale, va estesa anche alle procedure concorsuali ancora pendenti svolte in epoca precedente alla sua entrata in vigore.
In ultima analisi, l'ambito temporale di operatività della nuova disciplina deve essere riferito alle sole graduatorie che risultino valide ed efficaci, a partire dal momento di entrata in vigore della legge n. 244/2007.
Non vi sono ragioni sistematiche o lessicali tali da far ritenere, invece, che la disposizione possa realizzare la piena reviviscenza di graduatorie che hanno definitivamente perso la loro efficacia.
Nel caso di specie, al momento di entrata in vigore della nuova disciplina, l'efficacia della graduatoria, approvata nel dicembre 2005, era già venuta meno.
La graduatoria del concorso, infatti, è stata approvata con decreto del direttore amministrativo del 2005. Pertanto, la sua vigenza è scaduta il 30 dicembre 2007, in epoca anteriore, sia pure soltanto per due giorni, all'entrata in vigore della legge finanziaria per il 2008 (1 gennaio 2008).

4.3. L'istituto dello 'scorrimento' della graduatoria

Quanto all'ultimo punto, che rappresenta l'argomento di maggiore interesse e pregnanza, il Consiglio di Stato affronta la questione giuridica relativa a due diverse modalità di reclutamento del personale pubblico:
a) l'utilizzazione dei candidati idonei, collocati in graduatorie concorsuali ancora efficaci, attraverso il meccanismo dello 'scorrimento';
b) l'indizione di un nuovo concorso.
In particolare, occorre determinare se, in presenza di graduatorie concorsuali valide ed efficaci, la decisione con cui l'Amministrazione avvia una nuova procedura selettiva debba essere sorretta da una puntuale e approfondita motivazione, volta a illustrare le ragioni della scelta e a giustificare il sacrificio delle posizioni giuridiche dei soggetti idonei.
Appare utile sottolineare che tutto il discorso si basa e si sostiene sul presupposto che ci si trovi di fronte ad un interesse legittimo. La Plenaria infatti affronta indirettamente il contrastato problema relativo alla qualificazione della posizione giuridica soggettiva (c.d. pretesa) dei soggetti non vincitori dei concorsi all'utilizzazione delle graduatorie nel periodo di efficacia delle stesse[2].
Sembra a questo punto opportuno tratteggiare la disciplina dell'istituto dello 'scorrimento' delle graduatorie, istituto che è il risultato di una complessa evoluzione.

---

[2] Cfr. Cass., sez. lav., 5 marzo 2003, n. 3252, in *Il lavoro. nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, 607 con nota di R. BOCCI; Cass. Sez. Un. civ., 29 settembre2003 n. 14529, *ivi*, 921 con nota di M. MONTINI, *Foro amm.vo – Cons. di St*., 2003, 3281 con nota di C. E. GALLO; Cass. Sez. Un. civ., 16 aprile 2007 n. 8951, in *Mass. giur. lav*.. 2007, 747 con nota di E. M. BARBIERI, *Giust. civ*., 2008, I, 1295; Cass. sez. lav., 20 gennaio 2009 n. 1399, in *Dir. rel. Ind*., 2009, 751 con nota di R. PIPIA, *Giurisdiz. amm*., 2009, III, 36; Cass. Sez. Un. civ., 20 agosto 2010 n. 18812 in *lexitalia.it*, n. 7-8/2010.

Il punto di partenza è costituito dall'articolo 8 del Testo unico degli impiegati civili dello Stato (T.U.I.C.), di cui al d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, come modificato dall' dall'articolo unico, della legge 8 luglio 1975, n. 305.
In base a tale disposizione, «L'amministrazione ha facoltà di conferire, oltre i posti messi a concorso, anche quelli che risultino disponibili alla data di approvazione della graduatoria».
«Detti posti, da conferire secondo l'ordine della graduatoria, non possono superare il decimo di quelli messi a concorso per le carriere direttive ed il quinto per le altre carriere».
«Nel caso che alcuni dei posti messi a concorso restino scoperti per rinuncia, decadenza o dimissioni dei vincitori, l'amministrazione ha facoltà di procedere, nel termine di due anni dalla data di approvazione della graduatoria, ad altrettante nomine secondo l'ordine della graduatoria stessa».
Il disegno normativo originario è caratterizzato, quindi, dalla tipizzazione dell'ambito oggettivo di operatività dell'istituto, riferito alle sole ipotesi della disponibilità dei posti al momento dell'approvazione della graduatoria o, soltanto per i casi di rinuncia, decadenza o dimissioni dei vincitori, anche nel biennio successivo.
È apparso significativo, nella formulazione della norma, anche il riferimento letterale alla 'facoltà', attribuita all'amministrazione pubblica. Tale espressione è stata intesa, da parte di un certo indirizzo 'tradizionale', come indicativa della presenza di un ampio potere discrezionale e di merito.
La previsione dello 'scorrimento' delle graduatorie e della efficacia pluriennale delle graduatorie concorsuali ha avuto, poi, una progressiva estensione, manifestatasi in più direzioni.
A parte una pluralità di disposizioni contingenti, riguardanti settori specifici del pubblico impiego, sono state introdotte alcune regole intese a prevedere l'utilizzabilità delle graduatorie in ambiti oggettivamente molto più estesi rispetto a quello in origine delineato dall'articolo 8 del TUIC.
In questo senso si colloca l'articolo 15, comma 7, del d.P.R. 9 maggio 1994 n. 487 (Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi), secondo cui «Le graduatorie dei vincitori rimangono efficaci per un termine di diciotto mesi dalla data della sopracitata pubblicazione per eventuali coperture di posti per i quali il concorso è stato bandito e che successivamente ed entro tale data dovessero rendersi disponibili».
L'art. 91, comma 4, del Testo unico degli enti locali (D.lgs. 267 del 2000), ha previsto, poi, che «Per gli enti locali le graduatorie concorsuali rimangono efficaci per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione, per l'eventuale copertura dei posti che si venissero a rendere successivamente vacanti e disponibili, fatta eccezione per i posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso medesimo».
Le menzionate norme generali del 1994 e del 2000 hanno decisamente ampliato il perimetro oggettivo di applicazione dell'istituto dello 'scorrimento' e ne hanno delineato il rapporto con le altre modalità di copertura dei posti vacanti.
Le formule utilizzate da tali disposizioni abbandonano ogni riferimento alla «facoltà» dell'Amministrazione e sono incentrate sulla locuzione «eventuale copertura».
È evidente l'intento di ridurre drasticamente l'ambito della discrezionalità dell'Amministrazione nella scelta fra le diverse modalità di reclutamento.
Al tempo stesso, tuttavia, il persistente riferimento al carattere meramente «eventuale» della copertura impedisce di configurare la procedu-

ra di 'scorrimento' quale oggetto di un obbligo incondizionato dell'Amministrazione, direttamente collegato alla sopravvenuta vacanza del posto.
Quest'ultimo punto corrobora indubbiamente la tesi sostenuta dalla Plenaria, che profila l'interesse legittimo degli idonei non vincitori, pur in presenza di vacanza e disponibilità di posti in organico.
Va rimarcata anche la specifica limitazione ai posti che non siano di «nuova istituzione o trasformazione». La regola, sebbene contenuta nella disciplina degli enti locali, risulta espressiva di un principio generale e, pertanto, trova applicazione comune anche alle altre amministrazioni pubbliche.
Da ultimo, poi, l'articolo 35, comma 5 ter del testo unico del pubblico impiego ha introdotto la già illustrata disciplina legislativa, di portata generale, riguardante l'efficacia triennale delle graduatorie concorsuali, decorrente dalla pubblicazione.
Le disposizioni riguardanti i soli termini di efficacia delle graduatorie concorsuali presentano una chiara finalità di contenimento della spesa pubblica, in relazione ai costi derivanti dall'espletamento delle nuove procedure concorsuali.
Inoltre, perseguono lo scopo di offrire una certa protezione ai soggetti collocati nelle graduatorie (talvolta anche in posizione di vincitori), in considerazione del regime di 'blocco delle assunzioni' previsto, di solito, dalle stesse leggi di 'manovra'.
Dette norme non hanno modificato gli altri presupposti sostanziali del procedimento di 'scorrimento' delle graduatorie. Tuttavia, sul piano sistematico, ne hanno rafforzato il ruolo di modalità ordinaria di provvista del personale, tanto più giustificata in relazione alla finalità primaria di ridurre i costi gravanti sulle amministrazioni per la gestione delle procedure selettive.

5. Le risposte della Plenaria

Per la decisione della questione giuridica, la Plenaria, proprio ricostruendo l'istituto dello 'scorrimento' delle graduatorie, giunge a queste fondamentali conclusioni:
a) In materia di 'scorrimento', gli idonei non vantano un diritto soggettivo pieno all'assunzione, mediante lo 'scorrimento', che sorgerebbe per il solo fatto della vacanza e disponibilità di posti in organico. Infatti, in tali circostanze l'Amministrazione non è incondizionatamente tenuta alla loro copertura, ma deve comunque assumere una decisione organizzativa, correlata agli eventuali limiti normativi alle assunzioni, alla disponibilità di bilancio, alle scelte programmatiche compiute dagli organi di indirizzo e a tutti gli altri elementi di fatto e di diritto rilevanti nella concreta situazione, con la quale stabilire se procedere, o meno, al reclutamento del personale. D'altra parte la determinazione relativa all'*an* della copertura del posto vacante ha contenuto ampiamente discrezionale, in quanto riconducibile al novero delle scelte organizzative di pertinenza del soggetto pubblico.
b) Ferma restando, quindi, la discrezionalità in ordine alla decisione sull'*an* della copertura del posto vacante, l'Amministrazione, una volta stabilito di procedere alla provvista del posto, deve sempre motivare in ordine alle modalità prescelte per il reclutamento, dando conto, in ogni caso, della esistenza di eventuali graduatorie degli idonei ancora valide ed efficaci al momento dell'indizione del nuovo concorso. Sicché la decisione riguardante il *quomodo* della provvista del posto ('scorrimento' o indizione di un nuovo concorso) resta soggetta ad un più stringente dovere di motivazione e vede circo-

scritti gli spazi discrezionali riservati all'apprezzamento dell'Amministrazione.

c) Nel motivare l'opzione preferita, l'Amministrazione deve tenere nel massimo rilievo la circostanza che l'ordinamento attuale afferma un generale favore per l'utilizzazione delle graduatorie degli idonei, che recede solo in presenza di speciali discipline di settore o di particolari circostanze di fatto o di ragioni di interesse pubblico prevalenti, che devono, comunque, essere puntualmente enucleate nel provvedimento di indizione del nuovo concorso.

In ultima analisi, il dovere di motivazione dell'atto di indizione del concorso rileva sotto una duplice profilo:

1) evidenzia l'interesse pubblico dell'Amministrazione sotteso alla scelta compiuta;

2) indica l'attenta considerazione degli interessi giuridici facenti capo ai soggetti collocati in graduatoria ancora efficaci.

L'indizione di un nuovo concorso, in presenza di una preesistente ed efficace graduatoria, richiederà pertanto un'apposita e approfondita motivazione che dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico, vanno però fatte salve le ipotesi in cui speciali disposizioni legislative impongano una precisa cadenza periodica del concorso, collegata a peculiari meccanismi di progressioni nelle carriere, tipiche di determinati settori del personale pubblico.

6. La dottrina

La dottrina evidenzia che, con riferimento all'apparente contraddizione insita nell'aver attribuito due fasi (l'assunzione e procedure concorsuali) dello stesso fenomeno a diverse giurisdizioni, spetterebbero al giudice amministrativo le controversie che attengono alla fase del concorso fino all'approvazione della graduatoria ed alla contestuale proclamazione dei vincitori, trattandosi di vicende non attinenti al rapporto di lavoro già costituito, ma al reclutamento vero e proprio. Diversamente, rientrerebbero nella conoscibilità dell'autorità giurisdizionale ordinaria tutte le vicende concernenti le fasi successive, a partire dal momento in cui si manifesta il diritto all'assunzione del vincitore. Sicché, le controversie in materia di utilizzazione degli idonei di una graduatoria concorsuale, configurandosi come ipotesi poste al di fuori della fase concorsuale vera e propria, non rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo, ma in quella ordinaria[3].

Per quanto riguarda la validità delle graduatorie, le norme sul pubblico impiego hanno spesso introdotto la possibilità per le pubbliche amministrazioni di utilizzare una graduatoria concorsuale anche oltre i termini e le modalità prefissate nella singola procedura allo scopo di consentire la realizzazione di un'esigenza che, prescindendo dall'interesse del singolo all'assegnazione del posto, fa capo all'Amministrazione stessa, in quanto soggetto, per definizione, interessato ad ovviare tempestivamente alla vacanza sopravvenuta di posti in organico attingendo alle risultanze di un precedente concorso, piuttosto che attraverso l'attivazione di un nuovo procedimento concorsuale[4].

---

[3] Sul punto v. D.BORGHESI, *La giurisdizione del giudice ordinario*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), Utet, Torino, 2004, 1222; M. NAVILLI, *Gradutorie concorsuali nel pubblico impiego: giurisdizione, diritto degli idonei allo scorrimento e derogabilità della contrattazione collettiva*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2004, 686; M. NICOLOSI, *Concorsi interni e riparto di giurisdizione*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, 1, 134; A. AURILIO, *concorsi interni e riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2000, 1151.

[4] Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2007, n. 53, con nota di SAUL MONZANI, in *Foro amm.vo – Cons. di St.*, 2007, 2,

Tale necessità appare volta al perseguimento dell'interesse pubblico ad evitare un allungamento dei tempi e un ulteriore dispendio di risorse, in ottemperanza al disposto di cui all'art. 97 comma 1, Cost., il quale, prescrivendo che l'attività amministrativa debba essere informata al canone del buon andamento[5], impone un *modus operandi* improntato alla conservazione ed economia dei mezzi giuridici[6], sia pure in contemperamento con un'altra esigenza di rango costituzionale, quella di cui all'art. 97 comma 3, Cost., che impone l'accesso per concorso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni, la quale viene realizzata attraverso la previsione di un limite temporale all'ultrattività delle relative graduatorie.

Da questo punto di vista, già il T.U. delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato di cui al d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, contemplava la «facoltà» di «conferimento di posti disponibili agli idonei», consentendo all'Amministrazione, nell'ipotesi che alcuni posti messi a concorso risultassero scoperti per rinuncia, decadenza o anche dimissioni (secondo quanto disposto successivamente dalla l. 8 luglio 1975 n. 305) dei vincitori, «di procedere, nel termine di due anni dalla data di approvazione della graduatoria, ad altrettante nomine secondo l'ordine della graduatoria stessa».

Successivamente, utilizzando una formulazione che sembrava intrisa di una maggiore carica precettiva rispetto alla «facoltà» riconosciuta dal d.P.R. n. 3 del 1957[7], l'art. 3 comma 22, l. 24 dicembre 1993 n. 537, recante «Interventi correttivi di finanza pubblica», poi riprodotto nell'art. 15 comma 7, «Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi» di cui al d.P.R. 9 maggio 1994 n. 487, ha disposto che le graduatorie dei vincitori rimangono efficaci per diciotto mesi dalla data di pubblicazione per eventuali coperture di posti per i quali il concorso è stato bandito e che si siano successivamente resi disponibili.

L'art. 63, D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, recante «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche», abbandonando il criterio di riparto fondato sulla qualificazione soggettiva della posizione giuridica dedotta in giudizio a favore del principio di devoluzione per materia, sulla scia della tecnica già adottata dall'art. 68, D.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, sostituito successivamente dall'art. 29, D.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, ha attribuito al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, «tutte le controversie relative ai

557, *L'ultrattività della graduatoria non comporta in capo alla pubblica amministrazione un obbligo di assunzione per "scorrimento"*.

[5] Per approfondimenti sul tema si v., per tutti, C. PINELLI, *Il "buon andamento" e l' "imparzialità" dell'amministrazione, sub* art. 97, in P. CARETTI, C. PINELLI, U. POTOTSCHNIG, G. BORRÈ, G. LONG, *La pubblica amministrazione, art. 97-98, Commentario alla Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1994, 31 ss.

[6] Cons. di St., sez. III, 4 febbraio 2003 n. 2828, in *Foro amm.vo – Cons. di St.*, 2003, 1143, con nota di A. L. TARASCO, *Utilizzazione della graduatoria di un concorso pubblico: gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa*; sul punto cfr. anche G. FERRARI, *La nuova disciplina dei concorsi per l'accesso al pubblico impiego*, Roma, 1995, 190 ss.

[7] Sul punto si v. G. SAPORITO, *L'utilizzazione delle graduatorie concorsuali non è una facoltà discrezionale della p.a.*, in *Giust. amm.*, 2001, 253, secondo il quale l'intendimento del legislatore di privilegiare lo scorrimento delle graduatorie piuttosto che l'indizione di nuovi concorsi risulta non solo dalla formulazione della norma che, secondo l'autore, non darebbe adito a dubbi interpretativi, ma anche dalla sua collocazione nella legge finanziaria del 1993, la quale testimonierebbe la volontà di ridurre le spese per i concorsi. Nello stesso senso cfr. anche Tar Lombardia, Milano, sez. II, 12 novembre 2004 n. 5739, in *Foro amm.vo – Tar*, 2004, 3248.

rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni», ad eccezione delle controversie «in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni», le quali restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo[8].
In particolare, il momento che costituisce lo spartiacque giurisdizionale è stato individuato nell'atto di approvazione della graduatoria e di proclamazione dei vincitori il quale segna il limite massimo di estensione della giurisdizione amministrativa, superato il quale tutti gli atti successivi si ascrivono al riparto del giudice ordinario[9].

Ne deriva che le controversie in materia di utilizzazione degli idonei di una graduatoria concorsuale aventi come oggetto, non la procedura concorsuale e il relativo atto finale (nel qual caso sarebbe da affermare la giurisdizione amministrativa)[10], ma unicamente la richiesta di 'scorrimento' della graduatoria, configurandosi come ipotesi che si collocano al di fuori della fase inerente alla procedura selettiva, rientrano

[8] Sul tema, in generale si v., per approfondimenti, A.M. PARRINO, *Riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo delle controversie del lavoro pubblico in tema di concorsi*, in *Foro it.*, 2006, 262 ss.; A. MURATORIO, *La qualificazione del rapporto pubblico e privato ai fini della giurisdizione*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2006, 954 ss.; E.A. APICELLA, F. CURCURUTO, P. SORDI, V. TENORE, *Il pubblico impiego "privatizzato" nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano 2005, 849 ss.; C. CARNEVALE, *Profili problematici della giurisdizione in materia di concorsi al pubblico impiego*, in *Cons. di St.*, 2005, II, 827 ss.; A. FERRI, *Osservazioni sulla giurisdizione nei concorsi pubblici*, in *Trib. Amm.vo Reg.*, 2005, 103 ss.; M. AUDITORE, F. MAZZIA, *Il riparto di giurisdizione in materia di pubblico impiego*, in *Cons. di St.*, 2004, II, 352 ss.; E. CASSINA, *Problemi di giurisdizione in materia di pubblico impiego*, in *Enti pubblici*, 2004, 222 ss.; AA.VV., *L'impiego pubblico*, Giuffrè, Milano 2003, 983 ss.; D. BORGHESI, *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, CEDAM, Padova 2002; V. TENORE, *Devoluzione al giudice ordinario del contenzioso sul pubblico impiego*, in AA.VV., *Le nuove controversie sul pubblico impiego privatizzato e gli uffici del contenzioso*, di G. NOVIELLO, P. SORDI, E.A. APICELLA, V. TENORE, Giuffrè, Milano 2001, 2 ss.; L. DE ANGELIS, *Lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e giurisdizione*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2000, 551 ss.; P. SORDI, *I confini della giurisdizione ordinaria nelle controversie di pubblico impiego, in Argomenti di diritto del lavoro*, 1999, 169 ss.

[9] L. BUSICO, V. TENORE, *La disciplina giuridica dei concorsi nel pubblico impiego*, Giuffrè, Milano 2006, 187. In tal senso si v., in dottrina, N. NIGLIO, *Concorsi pubblici e diritto all'assunzione nella p.a.*, in *Nuova rass.*, 2004, 1882 ss.; A. DAMIANO, *Scorrimento della graduatoria: diritto dell'idoneo e poteri della p.a. dopo il blocco delle assunzioni*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2004, 920; M. NAVILLI, *op. cit., ivi*, 2004, 687; R. DIPACE, *Graduatorie concorsuali e idonei*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 51; D. IARIA, *La giurisdizione del giudice del lavoro e del giudice amministrativo sulle controversie di lavoro pubblico*, in *Riv. critica di diritto del lavoro*, 2000, 603 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Lavoro pubblico e giurisdizione*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2000, 205 ss.; P. SORDI, *op. cit.*, Cedam, 1999, 174; L. TORCHIA, *Giudice amministrativo e pubblico impiego dopo il d.lgs. n. 80 del 1998*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 1998, 1060. In giurisprudenza si v. Cass., Sez. Un. civ., 15 maggio 2003 n. 7507, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, 1534; Cass., sez. lav., 5 marzo 2003 n. 3252, in *Giust. civ.*, 2004, I, 817; Cass., Sez. Un. civ., 26 giugno 2002 n. 9332, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1102; Cass., Sez. Un. civ., 13 luglio 2001 9540, in *Giust. civ.*, 2002, I, 785; Cass., Sez. Un. civ., 11 giugno 2001 n. 7859, in *Foro amm.vo – Cons. di St.*, 2002, 41.

[10] A. DAMIANO, *op. cit.*, 920, secondo il quale se il ricorrente impugna il bando di concorso e chiede lo scorrimento la competenza spetta al giudice amministrativo. R. DIPACE, *op. cit.*, 2002, 51, commentando Tar Sicilia, Catania, sez. II, 9 febbraio 2001 n. 290, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 49, secondo cui rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente per oggetto l'impugnazione della delibera di indizione di un concorso da parte di soggetti che chiedono di essere assunti mediante scorrimento di una precedente graduatoria, afferma, invece, che l'utilizzazione degli idonei non si configura come una controversia "concorsuale", anche in presenza di un bando di concorso impugnato, in quanto non viene lamentata alcuna violazione delle regole concorsuali: in tale ipotesi, qualora un bando di concorso influisca direttamente sul diritto all'assunzione degli idonei, il giudice ordinario potrà disapplicarlo. *Contra*, nel senso che la questione inerente allo scorrimento della graduatoria di un pubblico concorso rientri tra le controversie in materia di procedure concorsuali cfr. Cons. di St., sez. VI, 1° marzo 2001 n. 1111, in *Foro amm.vo – Cons. di St.*, 2001, 600.

nella giurisdizione del giudice ordinario[11]; più precisamente la questione che viene attribuita al giudice ordinario riguarda il diritto all'assunzione che sorge nel momento in cui lo 'scorrimento' della graduatoria sia stato deliberato, mentre sarebbe salva la giurisdizione amministrativa in ordine al sindacato sulla scelta, discrezionale, circa la utilizzazione o meno della possibilità di 'scorrimento' della graduatoria[12].

Appare infine utile sottolineare che qualcuno sostiene che, accanto al riconoscimento dell'ampio potere discrezionale in ordine all'*an* ed al *quomodo* nell'utilizzazione delle graduatorie e negazione per gli idonei di far valere alcuna situazione giuridica soggettiva tutelabile, si assiste all'affermazione della sussistenza di un vero e proprio obbligo delle p.a. di utilizzare le graduatorie approvate, all'attribuzione «di un'aspettativa che si eleverebbe a rango di vero e proprio diritto soggettivo alla stipula del contratto al verificarsi delle condizioni idonee per l'assunzione».[13]

Infine l'aver configurato l'utilizzo delle graduatorie in termini di discrezionalità ha destato, tuttavia qualche dubbio[14], considerato che l'Amministrazione potrebbe «orientarsi *ad libitum* ed *a posterioris* per l'utilizzo delle graduatorie medesime»[15], violando così i principi costi-

[11] Cass., Sez. Un. civ., 18 febbraio 2004 n. 3231, in *Foro amm.vo – Cons. di St.*, 2004, 368; Cass., Sez. Un. civ., 3 febbraio 2004 n. 1989, *ivi*, 2004, 365; Cass., Sez. Un. civ., 29 settembre 2003 n. 14529, cit.; Cass., Sez. Un. civ., 15 maggio 2003 n. 7507, *ivi*, 2003, 1534, la quale ha statuito che "la giurisdizione del giudice ordinario, con riguardo ad una domanda proposta dal privato nei confronti della p.a., non può essere esclusa per il solo fatto che la domanda medesima contenga la richiesta di annullamento di un atto amministrativo, posto che, ove tale richiesta si ricolleghi alla tutela di una posizione di diritto soggettivo, quella giurisdizione va ugualmente affermata, fermo restando il potere del giudice ordinario di provvedere alla sola disapplicazione dell'atto amministrativo nel caso concreto, in quanto lesivo di detto diritto soggettivo"; Cass., sez. lav., 5 marzo 2003 n. 3252, cit., secondo cui al dipendente pubblico che chieda al giudice ordinario tutela del proprio diritto soggettivo mediante disapplicazione dell'atto amministrativo presupposto che sia rilevante per la decisione, è attribuita la facoltà di impugnare lo stesso atto in sede di giurisdizione amministrativa per ottenerne l'annullamento. In questo caso, l'art. 63 comma 1, D.lgs. n. 165 del 2001 esclude espressamente la sospensione del giudizio civile, confermando la regola generale (già enucleabile dall'art. 5, l. n. 2248 del 1865, all. *E*) della cognizione incidentale dell'atto amministrativo ad opera del giudice ordinario competente a decidere su questioni di diritto soggettivo (su quest'ultimo punto cfr. anche A. TRAVI, *La giurisdizione civile nelle controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 259 ss.). In tema cfr. anche Cons. di St., sez. VI, 9 giugno 2006 n. 3457, in *Foro amm.vo – Cons. di St*, 2006, 1881; Cons. di St., sez. V, 3 febbraio 2006 n. 437, *ivi*, 2006, 458; Tar Lazio, Roma, sez. III, 15 giugno 2006 n. 4658, in *Foro amm.vo – Tar*, 2006, 2084; Tar Lazio, Roma, sez. III, 23 settembre 2004 n. 9708, *ivi*, 2004, 2586; Tar Campania, Napoli, sez. V, 8 novembre 2005 n. 18682, *ivi*, 2005, 3696; Tar Abruzzo, L'Aquila, 8 settembre 2004 n. 1004, *ivi*, 2599. In dottrina, si sono espressi in maniera concorde M. NAVILLI, *op. cit.*, 2004, 687; A.M. DE NICOLA, *Assegnazione del posto vacante, tra diritto dell'idoneo allo scorrimento della graduatoria e procedure di riqualificazione del personale*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2004, 513; M. MONTINI, *Il diritto dell'assunzione del dipendente idoneo, ivi*, 2003, 927 ss.; D. IARIA, *La risarcibilità delle lesioni di interessi legittimi nel contenzioso del lavoro, ivi*, 2000, 249 ss.; G. TRISORIO LUZZI, *Controversie relative ai rapporti di lavoro*, in AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, di F. CARINCI, M. D'ANTONA, III, Milano, 2000, 1822.

[12] C. E. GALLO, *Giurisdizione ordinaria e amministrativa a proposito di procedimenti concorsuali: al giudice ordinario lo scorrimento della graduatoria, al giudice amministrativo i concorsi interni*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, 3285.

[13] M. FAVIERE, *Gli idonei non hanno diritto allo scorrimento della graduatoria, www.giustamm.it*, 2004, 5, 5; sull'argomento M. NAVILLI, *op. cit.*, 2004, 686; CORTI, *Lo scorrimento della graduatoria a fini di assunzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Argomenti di diritto del Lavoro*, 2007, 1376.

[14] V. T.A.R. Lazio, sez. I-*bis*, 19 gennaio 1999, n. 131, in *Trib. Amm.vo. Reg.*, 1999, I, 412; Trib. Roma, ordinanza 3 gennaio 2001, in *Giustizia Civ.*, 2001, 848.

[15] R. DIPACE, *op. cit.*, 2002, 1, 54.

tuzionali di imparzialità e buon andamento. Pertanto, al fine di evitare un simile pericolo, in alcune pronunce si è affermato un vero e proprio obbligo dell'Amministrazione ad assumere gli idonei[16].

7.1.I rapporti con l'Adunanza Plenaria 11/2011

Appare interessante, a questo punto, tratteggiare velocemente le differenze con un'altra decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, decisione che, sebbene abbia riguardato la materia delle graduatorie ad esaurimento del personale docente della scuola secondaria di I e II grado, ha optato per una soluzione differente rispetto a quanto fissato dall'Ad. Plen. 14/2011. Nel caso infatti delle graduatorie ad esaurimento, il Consiglio di Stato ha affermato la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario, in quanto, vertendosi in tema di accertamento di diritti di docenti già iscritti, deve ritenersi esclusa la configurabilità di una procedura concorsuale.

Infatti, da un lato, si tratta di atti gestori del datore di lavoro pubblico a seguito della già avvenuta instaurazione del rapporto di pubblico impiego; dall'altro lato, non è configurabile la procedura concorsuale diretta alla assunzione in un impiego pubblico, soltanto per la quale vale la regola residuale (e speciale) della giurisdizione del giudice amministrativo.

La Plenaria, per 'puntellare' questa affermazione, richiama la giurisprudenza della Corte di Cassazione[17], secondo la quale nella fattispecie della giusta posizione o collocazione nella graduatoria permanente o ad esaurimento degli insegnanti, vengono in considerazione atti che non possono che restare ricompresi tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato ai sensi dell'art. 5, comma 2 D.lgs. n.165 del 2001, di fronte ai quali sussistono soltanto diritti soggettivi, poiché la pretesa consiste (solo) nella conformità o difformità a legge degli atti inerenti al rapporto già instaurato e quindi di gestione della graduatoria utile per l'eventuale assunzione.

Inoltre, non può configurarsi l'eventuale inerenza a procedure concorsuali, ai sensi dell'art. 63 D.lgs. n.165 del 2001 attribuite alla cognizione del giudice amministrativo, per l'assenza nella fattispecie di un bando, di una procedura di valutazione e di una approvazione finale di graduatoria che individui i vincitori.

Si tratta, invece, di inserimento in graduatoria di coloro che sono in possesso di determinati requisiti, anche sulla base della pregressa partecipazione a concorsi, in una graduatoria preordinata al conferimento di posti che si rendano via via disponibili; è esclusa comunque ogni tipologia di attività autoritativa sulla base di valutazioni discrezionali.

La controversia sulla quale si basa il *decisum* del Consiglio di Stato trova il suo quadro normativo di riferimento nelle norme contenute nel D.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 (testo unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione), relativamente alla formazione e alla gestione delle graduatorie permanenti (art. 401) e relative graduatorie provinciali per le supplenze (art 522).

Le graduatorie degli insegnanti[18], secondo la menzionata pronuncia della Corte di Cassazione, non sono state stilate a conclusione di una procedura concorsuale di diritto pubblico (contraddistinta dalle tipiche fasi di pubblicazione di un bando di concorso, valutazione, graduatoria finale), bensì a seguito della formazione di

[16] T.A.R. Lazio, sez. I-*bis*, 19 gennaio 1999, n. 131, in *Trib. Amm.vo .Reg.*, 1999, I, 412; Trib. Roma, ordinanza 3 gennaio 2001, in *Giust. Civ*, 2001, 848.

[17] Cass. Sez. Un. civ., 10 novembre 2010, n.22805; Cass. Sez. Un. civ., 16 giugno 2010, n.14496; Cass. Sez. Un. civ., 3 aprile 2010, n.10510.

[18] Secondo Corte di Cassazione, 8 febbraio 2011, n.3032.

un elenco nel quale sono utilmente collocati soggetti già in regolare possesso del c.d. titolo abilitante per l'insegnamento ed in attesa soltanto dell'immissione in ruolo.
Consegue da ciò che la situazione giuridica soggettiva, vantata dagli iscritti nelle graduatorie in discorso, è definita di diritto soggettivo e non di interesse legittimo: l'insegnante iscritto nella graduatoria vanta una vera e propria pretesa ad ottenere il posto di lavoro con il regolare 'scorrimento' della graduatoria stessa.
In ultima analisi si potrebbe sostenere che le Plenarie in esame, dello stesso anno, sono tra loro coerenti nel ricostruire un sistema dal quale possa ricavarsi quando ci si trovi in presenza di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo. Difatti la Plenaria n. 11 del 2011 esclude che, nel caso delle graduatorie ad esaurimento degli insegnanti, ci si trovi in presenza di procedura concorsuale; mentre la Plenaria n. 14 dello stesso anno, occupandosi di procedura concorsuale e della sorte degli idonei, sconfessa l'orientamento dominante secondo cui l'Amministrazione gode di ampia discrezionalità nella decisione di indire un nuovo concorso, senza necessità di particolare motivazione. In secondo luogo l'Adunanza Plenaria n. 14 del 2011ribadisce l'impossibilità di configurare un diritto soggettivo pieno all'assunzione degli idonei mediante 'scorrimento' della graduatoria, che sorgerebbe per il solo fatto della vacanza e disponibilità di posti in organico: l'Amministrazione, infatti, non è tenuta incondizionatamente alla copertura dei posti, ma deve comunque assumere la decisione organizzativa di voler reclutare personale, ristretta da eventuali limiti normativi alle assunzioni, alla disponibilità di bilancio, alle scelte programmatiche compiute dagli organi di indirizzo e ad ulteriori altri elementi di fatto e di diritto rilevanti.

7.2. Gli orientamenti giurisprudenziali sullo 'scorrimento' della graduatoria precedenti la Plenaria:necessità o meno di motivazione. La soluzione fornita dalla Plenaria ai contrasti giurisprudenziali

La tesi che risultava essere dominante[19] riteneva che la determinazione amministrativa di indizione di nuove procedure concorsuali, anche in presenza di graduatorie efficaci, fosse ampiamente discrezionale e non necessitasse di alcuna specifica motivazione, poiché conforme alla regola tracciata dall'articolo 97 della Costituzione.
In questo senso, secondo Cons. Stato, V, 25 giugno 2010 n. 4072, le norme riguardanti l'utilizzabilità delle graduatorie e, in particolare, gli artt. 15 d.P.R. 9 maggio 1994, n. 487 e 22, comma 8, l. 24 dicembre 1994, n. 724 non riconoscono agli idonei dei concorsi pubblici alcun diritto ad essere immessi in ruolo, ma si limitano ad attribuire all'Amministrazione, in alternativa allo svolgimento della procedura concorsuale ordinaria, la facoltà di procedere allo 'scorrimento' delle graduatorie ancora valide di concorsi già indetti, in modo da poter conferire agli idonei i posti non coperti dopo la chiamata dei vincitori, ovvero *medio tempore* resisi disponibili, nei limiti della pianta organica; tali disposizioni, dunque, sono rivolte esclusivamente all'Amministrazione, proponendosi la finalità di agevolare, in nome del principio di economicità dell'azione amministrativa, il reperimento della provvista del personale, senza far ricorso all'ordinario concorso ma senza qualificare o differenziare la posizione degli idonei rispetto ad altri dipendenti, che aspirino agli stessi posti.

[19] Tra le ultime: Consiglio di Stato, sez. V, 19 novembre 2009, n. 743; Consiglio di Stato, sez. V, 19 novembre 2009, n. 8369; Consiglio di Stato, sez. IV, 27 luglio 2010, n. 4911.

Analogamente[20] la nomina di idonei nei posti vacanti costituisce una facoltà e non un obbligo per l'Amministrazione, trattandosi di un potere che rientra, di norma, nella discrezionalità dell'ente, fatte salve situazioni particolari in cui il legislatore abbia espressamente disposto l'obbligo per l'Amministrazione di procedere allo 'scorrimento' della graduatoria.

In qualche occasione, questo filone ermeneutico si è spinto fino all'affermazione più radicale, secondo la quale la decisione di bandire un nuovo concorso potrebbe essere dettata, in ultima analisi, anche da mere ragioni di opportunità, sottratte al sindacato giurisdizionale, in quanto afferenti al merito amministrativo, salva la sussistenza di macroscopici vizi di eccesso di potere per illogicità e travisamento dei fatti, arbitrarietà, irrazionalità, irragionevolezza[21].

In questa prospettiva, soltanto la decisione di attingere alle graduatorie concorsuali valide ed efficaci necessita di un'apposita motivazione, in quanto costituirebbe una deroga al principio costituzionale del concorso.

All'opposto si poneva un'altra parte della giurisprudenza amministrativa, che sosteneva che l'Amministrazione dovesse sempre motivare la determinazione di indire un nuovo concorso, dando conto, fra l'altro, delle ragioni dei soggetti utilmente collocati in graduatoria e del sacrificio loro imposto[22].

Analogo indirizzo è manifestato dalla giurisprudenza secondo cui, a fronte di una graduatoria valida ed efficace, l'Amministrazione (salvo il caso che si tratti di posti di nuova istituzione in pianta organica) non potrebbe trascurare completamente, a mezzo della indizione di nuova procedura concorsuale, le posizioni dei soggetti già selezionati come idonei, quantomeno in carenza di valide ragioni giustificatrici[23].

Ebbene la Plenaria supera la tesi tradizionale, secondo cui la determinazione di indizione di un nuovo concorso non richiede alcuna motivazione.

Inoltre, sempre secondo la Plenaria, la previsione normativa generale della utilizzabilità, per un tempo definito, delle preesistenti graduatorie non costituisce affatto una deroga alla regola costituzionale del concorso, né introduce un procedimento alternativo a tale modalità di selezione del personale.

Al contrario, si tratta di un sistema di reclutamento che presuppone proprio lo svolgimento di una procedura selettiva concorsuale, compiuta nel rispetto dei principi costituzionali, diretta all'individuazione imparziale dei soggetti più meritevoli.

Questa considerazione vale a superare, in radice, l'eventuale dubbio sulla legittimità costituzionale delle discipline che hanno introdotto, e poi ampliato, l'istituto dello 'scorrimento'.

La previsione generale, incentrata sull'articolo 35, comma 5-ter, peraltro, è perfettamente coe-

---

[20] A giudizio di Cons. di Stato, sez. IV, 16 giugno 2011, n. 3660.

[21] Cons. di Stato, sez. IV, 27 luglio 2010, n. 4910; Tar Lazio, Roma, sez. II ter, 11 aprile 2011, n. 3184; Cons. di Stato, sez. IV, 3 dicembre 2010, n. 8519; Cons. di Stato, sez. IV, 14 febbraio 2008, n. 509

[22] In tal senso si pone, fra le ultime, la decisione della V Sezione, 4 marzo 2011 n. 1395 (la quale richiama Cons. di Stato, sez. VI, 19 febbraio 2010, n. 668), secondo cui è illegittima la delibera con la quale una P.A. indice un concorso pubblico, piuttosto che utilizzare una graduatoria di un precedente concorso per la copertura dei posti banditi, nel caso in cui la stessa graduatoria sia stata in precedenza utilizzata per la copertura di altri posti e la scelta di procedere per gli ulteriori posti con un nuovo concorso non trovi alcuna ragionevole giustificazione, ponendosi in contrasto con il già avvenuto utilizzo della graduatoria.

[23] Tar Sardegna, 19 ottobre 1999, n. 1228; Tar Lazio 30 gennaio 2003, n. 536; Tar Lecce, 10 ottobre 2005, n. 4452; Tar Lombardia, 15 settembre 2008, n.4073; Tar Lazio 15 settembre 2009, n. 8743; Cass. Sez. Un. civ. 29 settembre 2003, n. 14529 e 9 febbraio 2009, n. 3055.

rente con il dettato costituzionale, poiché stabilisce un termine di vigenza di tre anni, da reputarsi del tutto congruo, in relazione alle esigenze organizzative dell'Amministrazione, e lascia comunque spazio adeguato alla possibilità di optare per l'indizione di un nuovo concorso.
La decisione di 'scorrimento', quindi, poiché rappresenta un possibile e fisiologico sviluppo delle stessa procedura concorsuale, attuativo dei principi costituzionali, non può essere collocata su un piano diverso e contrapposto rispetto alla determinazione di indizione di un nuovo concorso.
Entrambi gli atti si pongono in rapporto di diretta derivazione dai principi dell'articolo 97 della Costituzione e, quindi, devono essere sottoposti alla medesima disciplina, anche in relazione all'ampiezza dell'obbligo di motivazione.
Il supremo consesso della giurisprudenza amministrativa non condivide l'argomento secondo cui le decisioni organizzative dell'Amministrazione, comprese quelle con cui si indice un nuovo concorso, afferendo al 'merito', non richiederebbero alcuna particolare motivazione. Detta tesi, infatti, trascura di considerare non solo il valore di principio dell'articolo 3 della legge n. 241/1990, ma anche la circostanza secondo cui le opzioni compiute dal soggetto pubblico in questo ambito hanno importanti ricadute in termini di efficacia ed efficienza e incidono, comunque, sulle aspettative e sugli interessi dei soggetti idonei.
Parimenti, per negare la sussistenza dell'obbligo di motivazione non è pertinente il richiamo alla natura di atto generale del bando, poiché l'obbligo di motivazione non riguarda il contenuto delle disposizioni generali racchiuse in tale atto, bensì la determinazione con cui l'Amministrazione stabilisce la procedura per il reclutamento del personale.

7.3. La qualificazione giuridica della situazione degli idonei non vincitori: la giurisprudenza precedente la Plenaria

La giurisprudenza amministrativa ha ripetutamente qualificato come una mera facoltà e non un obbligo della pubblica Amministrazione, l'utilizzazione della graduatoria nel periodo di efficacia della medesima, essendo una potestà a carattere eccezionale, il ricorso alla quale consegue ad una valutazione pienamente discrezionale[24].
Alla potestà dell'Amministrazione corrisponde per il soggetto collocato in graduatoria la titolarità di interesse legittimo al corretto uso della descritta potestà e non di diritto soggettivo pieno all'assunzione. Tale linea interpretativa è sempre stata chiaramente orientata a ritenere che l'utilizzazione delle graduatorie dei concorsi risponde a finalità ed esigenze del singolo alla copertura effettiva del posto.
Secondo l'impostazione in esame, il candidato ritenuto idoneo è titolare di una posizione soggettiva corrispondente ad una mera aspettativa o, al più, ad un interesse legittimo, ma non ad un vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione, cui corrisponde, di conseguenza, non un obbligo, ma una semplice facoltà in capo all'Amministrazione[25] di valutare discre-

[24] Cfr. Cons. di St., sez. VI, 5 maggio 1992, in *Cons. di St.*, 1992, I, 801; Cons. di St., sez. V, 23 aprile 1998 n. 465, *ivi*, 1998, I, 605; Cons. di St, sez. V, 30 ottobre 2003 n. 6758, in *Foro amm.vo – Cons. di St.*, 2003, 2997; Cons. di St., sez. V, 23 marzo 2004 n. 1617, *ivi*, 2004, 835; Cons. di St., sez. V, 1 marzo 2005 n. 794, in *lexitalia.it*, n. 4/2005 con nota di N. NIGLIO; Cons. di St., sez. V, 10 gennaio 2007, n. 53, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 402; Cons. di St., sez. V, 18 dicembre 2009 n. 8369, in *Foro amm.vo – Cons. di St.*, 2009, 2863; Cons. di St., sez. VI, 27 luglio 2010, n. 4911, in *lexitalia.it*, n. 7-8/2010.

[25] In questo senso cfr. Cons. di St., sez. VI, 12 settembre 2006 n. 5320, in *Diritto e Giustizia*, 2006, 91; Cons. di St., sez. VI, 11 ottobre 2005 n. 5637, in *Foro amm.vo – Cons. di St.*, 2005, 3014; Cons. di St. 1° marzo 2005 n. 794, *ivi*, 2005,

zionalmente se provvedere alla copertura di posti vacanti attraverso l'utilizzazione della graduatoria ancora valida, l'espletamento di un nuovo concorso o l'attivazione delle procedure di mobilità[26], a meno che nel bando sia prevista una norma 'autovincolante' in base alla quale sia esplicitamente previsto lo 'scorrimento' della graduatoria nell'ipotesi in cui il posto originariamente assegnato si renda disponibile entro un certo periodo[27] oppure lo 'scorrimento' della graduatoria sia già stato deliberato e l'Amministrazione debba solo individuare i soggetti che vi hanno titolo[28] oppure ancora sia prevista normativamente una deroga espressa alla discrezionalità per taluni settori, nei quali casi è da ritenersi sussistente un vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione in capo al soggetto idoneo.

Su di una posizione leggermente diversa si attesta la giurisprudenza che, pur non disconoscendo la sottoposizione dell'utilizzo della graduatoria alla discrezionalità della pubblica amministrazione, tuttavia richiede che la scelta diversa sia supportata da un percorso motivazionale particolarmente accurato, congruo e plausibile[29], fino ad affermare che la sola ipotesi in cui debba ritenersi legittima la copertura del posto resosi vacante attraverso l'indizione di un nuovo concorso, nonostante l'esistenza di una graduatoria ancora valida, vada individuata nel caso in cui la pubblica amministrazione ritenga necessario un accertamento professionale o scientifico parzialmente diverso da quello effettuato con la procedura concorsuale già conclusa[30].

La posizione minoritaria che attribuisce un vero e proprio diritto soggettivo in capo al candidato idoneo all'assunzione per 'scorrimento' di una graduatoria ancora efficace[31] fa perno, invece, sulla collocazione delle disposizioni che prevedono la ultrattività delle graduatorie nelle leggi finanziarie, circostanza che indurrebbe a sostenere una preferenza legislativa per un ridimensionamento dell'impiego di risorse in materia concorsuale[32], nonché sul generale processo di privatizzazione e contrattualizzazione dell'impiego pubblico in seguito alla quale, venuti meno i poteri autoritativi della pubblica

804; Cons. di St., sez. IV, 31 gennaio 2005 n. 238, *ivi*, 2005, 100; Tar Lazio, Roma, sez. I, 20 gennaio 2006 n. 441, in *Foro amm.vo – Tar*, 2006, 130; Tar Lazio, Latina, 2 agosto 2005 n. 644, *ivi*, 2005, 2471; Tar Molise 12 maggio 2005 n. 625, *ivi*, 2005, 1626; Tar Lazio, Roma, sez. III, 18 aprile 2005 n. 2809, *ivi*, 2005, 1098.

[26] Cons. di St., sez. V, 27 gennaio 2006 n. 246, in *Foro amm.vo – Cons. di St.*, 185.

[27] Tar Campania, Napoli, sez. V, 17 gennaio 2006 n. 683, in *Foro amm.vo – Tar*, 2006, 309; Tar Lazio, sez. III *ter*, 30 gennaio 2003 n. 536, cit.

[28] Cass., Sez. Un. civ., 29 settembre 2003 n. 14529, con nota di C.E. Gallo, *cit*.

[29] Cons. di St., sez. III, 4 febbraio 2003 n. 2828; Cons. di St., sez. VI, 4 settembre 2001 n. 4659, in *Foro amm.vo – Cons. di St.*, 2001, 9; Tar Campania, Napoli, sez. V, 4 febbraio 2004 n. 1578, in *Foro amm.vo – Tar*, 2004, 476; Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 ottobre 2002 n. 8464, *ivi*, 2002, 3269.

[30] Tar Lazio, sez. III *ter*, 30 gennaio 2003 n. 536, in *Giust. amm.*, 2003, 207 ss., con nota di O. CARPARELLI, *Panta rei, la graduatoria del concorso e il bene della vita.*

[31] In tal senso si v. Cons. di St., sez. V, 24 maggio 1996 n. 592, in *Foro amm. vo – Cons. di St.*, 1996, n. 592; Tar Sicilia, Catania, sez. II, 9 febbraio 2001 n. 290, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 49; Tar Liguria, sez. II, 23 febbraio 2000 n. 171, in *Ragiusan*, 2000, 265; Tar Calabria, Reggio Calabria, 22 giugno 2000 n. 833, *ivi*, 2000, 280; Tar Calabria, Catanzaro, 10 novembre 1999 n. 1374, *ivi*, 2000, 255; Tar Lazio, Roma, sez. I, 19 gennaio 1999 n. 131, *ivi*, 1999, 329; Tar Puglia, Bari, sez. II, 31 gennaio 1998 n. 115, *ivi*, 1998, 315; Tar Puglia, Bari, sez. I, 23 luglio 1998 n. 592, *ivi*, 1999, 360; Tar Lombardia, Brescia, 16 giugno 1992 n. 696, in *Trib. amm. reg.*, 1992, I, 3259; Tar Lazio, sez. I, 14 dicembre 1991 n. 2107, *ivi*, 1992, I, 12; Tar Umbria 30 ottobre 1991 n. 522, in *Foro amm.vo – Tar*, 1992, 1737; Tar Lazio, Latina, 15 dicembre 1990 n. 1082, *ivi*, 1992, 627; Trib. Napoli, sez. Capri, 20 febbraio 2002, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2002, 386; Trib. Roma, sez. lav., 3 gennaio 2001, in *Giust. amm.*, 2001, 253, con nota di G. SAPORITO, *op. cit*.

[32] G. SAPORITO,*op. cit.*, 2001, 253; M. NAVILLI, *op. cit.*, 2004, 691; R. DIPACE, *op. cit.*, 2002, 54.

amministrazione, l'interesse legittimo pretensivo all'assunzione, in carenza di un potere pubblico, si sarebbe trasformato in un vero e proprio diritto soggettivo scaturito per effetto di un bando che integrerebbe una vera e propria promessa al pubblico relativa alla costituzione di un rapporto di lavoro[33].

Per quanto riguarda la posizione dei giudici ordinari, la Cassazione ha chiarito che, salvo che per specifica disposizione di legge o del bando, tra i posti messi a concorso originariamente debbano essere ricompresi anche quelli che si dovessero rendere vacanti entro una certa data. L'obbligo di utilizzare la graduatoria entro il termine di efficacia della stessa preclude all'Amministrazione di bandire una nuova procedura concorsuale ove decida di reclutare personale, ma non la obbliga certamente all'assunzione dei candidati non vincitori in relazione a posti resisi vacanti che non intenda coprire[34].

Ne consegue che, una volta adottata la decisione di coprire il posto vacante, il candidato idoneo è titolare di un diritto soggettivo perfetto all'assunzione e l'Amministrazione è obbligata allo 'scorrimento' della graduatoria[35]. L'ampio margine di discrezionalità riconosciuto dal giudice amministrativo viene così sensibilmente ridimensionato dal giudice ordinario, che ha tenuto conto anche del principio generale di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa[36].

8.1. La giurisprudenza della Cassazione successiva alla Plenaria

Da una ricognizione del materiale giurisprudenziale si evidenzia che ormai i principi fissati dalla Plenaria sono consolidati e costantemente applicati. Anche la Corte di Cassazione concorda con la ricostruzione della giurisprudenza amministrativa.

Di grande attualità e rilievo sono due sentenze delle Sez. Un. civ. (12 novembre 2012, n. 19595; 31 ottobre 2012, n. 18697).

La prima (n. 19595) si sofferma sull'istituto dello 'scorrimento' della graduatoria, sottolineando che con la pretesa allo 'scorrimento' della graduatoria del concorso espletato si fa valere un diritto all'assunzione, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario. Tuttavia la decisione sottolinea che alla base dello 'scorrimento' ci deve essere sempre un atto esplicito dell'Amministrazione. Questa decisione, solo quando verrà assunta, comporterà una sorta di espletamento di tutte le fasi della procedura concorsuale, identificando così gli idonei come nuovi ed ulteriori vincitori[37]. Ebbene, solo in questo caso, l'idoneo potrà vantare il 'diritto all'assunzione' e di conseguenza la giurisdizione sarà del giudice ordinario.

Si avrà invece giurisdizione del giudice amministrativo quando l'idoneo contesti il provve-

---

[33] G. VITALE, *L'assunzione al lavoro nella p.a.: diritto soggettivo o mero interesse legittimo per i candidati in graduatoria*? in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, 387 ss.

[34] Cfr.: Cass., sez. lav., 5 marzo 2003, n. 3252, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, 607 con nota di R. BOCCI; Cass. Sez. Un. civ., 29 settembre 2003 n. 14529, *ivi*, 921 con nota di M. MONTINI, *Foro amm.vo – Cons. di St.*, 2003, 3281 con nota di C. E. GALLO; Cass., sez. lav., 5 settembre 2005, n. 17735, *ivi*, 2005, 2863; Cass., sez. lav., 21 dicembre 2007, n. 27126, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, 119 con nota di A. CIVITELLI; Cass., sez. lav., 7 maggio 2008, n. 11161, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2008, 644; Cass., sez. lav., 6 marzo 2009, n. 5588, in *Giust. Civ.*, 2010, I, 219.

[35] V. TENORE, *Il manuale del pubblico impiego privatizzato*, II edizione, EPC editore, 2011.

[36] Cfr.: O. FORLENZA, *I principi di economicità e di efficienza più garantiti con il "ripescaggio" degli idonei*, in *Guida dir.*, n. 41/2004, 83. Cfr. anche Tar Lazio, Roma, sez. II, 15 settembre 2009, n. 8742, in *lexitalia.it*, n. 9/2009.

[37] Si v. fra le altre Cass. Sez. Un. civ. 29 settembre 2003, n. 14529; Cass. Sez. Un. civ. 7 febbraio 2007, n. 2698; Cass. Sez. Un. civ. 9 febbraio 2009, n. 3055.

dimento con cui si indice un nuovo concorso; in questo caso infatti ci si lamenta dell'esercizio del potere di merito dell'Amministrazione, a cui consegue inevitabilmente una situazione di interesse legittimo tutelata dal giudice amministrativo ex art. 63, comma quarto, del D.lgs. 165/2001.

Parimenti, la Corte di Cassazione afferma che appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo anche la domanda con la quale l'interessato censuri la scelta discrezionale dell'Amministrazione di provvedere alla copertura di posti dirigenziali vacanti mediante lo 'scorrimento' della graduatoria del concorso in precedenza espletato, anziché tramite l'indizione di un nuovo concorso[38]. In tale ipotesi, infatti, la situazione giuridica dedotta in giudizio appartiene alla categoria degli interessi legittimi, la cui tutela è demandata al giudice amministrativo ai sensi dell' art. 103 della Costituzione.

La seconda sent. delle Sez. Un. civ. (n. 18697) rileva che l'Amministrazione nel momento in cui ha bandito il nuovo concorso (adottando il relativo provvedimento amministrativo) ha contemporaneamente deciso (quantomeno sul piano logico, se non in senso formale) di non valersi della precedente graduatoria. La pretesa dei ricorrenti si rivolge, pertanto, prima di tutto contro l'esercizio della potestà amministrativa, assumendone il non corretto esercizio. Ne consegue che l'azione deve essere qualificata come richiesta di tutela di una posizione di interesse legittimo, avente ad oggetto la corretta applicazione dei presupposti organizzatori della gestione della programmazione triennale del fabbisogno del personale.

In ultima analisi, entrambe le sentenze si adeguano alla prevalente (e più recente) giurisprudenza delle Sezioni unite[39] che ritiene che il candidato utilmente collocato in graduatoria ancora efficace può ricorrere alla giurisdizione del giudice ordinario solo nel caso in cui possa 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 si rivolga contro le modalità di attuazione dello 'scorrimento'. Nel caso invece in cui abbia deliberato la copertura dei posti mediante indizione di un nuovo concorso, l'Amministrazione esercita un potere autoritativo, di fronte al quale il candidato idoneo vanta solo un interesse legittimo tutelabile davanti al giudice amministrativo ai sensi del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 63, comma 4.

Appaiono interessanti anche tre pronunce della Cass., sezione lavoro: una pronuncia ribadisce la non contrarietà costituzionale dell'istituto dello 'scorrimento' della graduatoria degli idonei (Cass. civile, sez. lavoro, 17 febbraio 2012, n. 2319); altra pronuncia segue il percorso tracciato dalle sopracitate Sez. Un., riaffermando che, salvo per specifica disposizione di legge o del bando, l'istituto del c.d. 'scorrimento' della graduatoria richiede necessariamente una decisione dell'Amministrazione. In assenza di questo atto, non è configurabile un obbligo all'assunzione dei candidati non vincitori in relazione ai posti che si rendano vacanti e che l'Amministrazione stessa non intenda coprire (Cass. civile, sez. lav., del 15 novembre 2012, n. 20025)[40]. Infine, in una diversa sentenza,si riafferma che l'istituto del cd. scorrimento della graduatoria, che consente a candidati sempli-

[38] Si v. Cass. Sez. Un. civ. 9 febbraio 2011, n. 3170.

[39] Si v. ord. 7 luglio 2011, n. 14955 e sentenze 9 febbraio 2011, n. 3170; 16 novembre 2009 n. 24185 e 18 giugno 2008, n. 16527.

[40] Si v. in tal senso anche Cass. n. 3252 del 5 marzo 2003; conf. Cass. n. 17780 del 21 agosto 2007; per i concorsi degli enti locali, v. Cass. n. 21509 dell'11 agosto 2008.

cemente idonei di divenire vincitori effettivi, precludendo l'apertura di nuovi concorsi, presuppone necessariamente una decisione dell'Amministrazione di coprire il posto; pertanto, salvo che, per specifica disposizione di legge o del bando, tra i posti messi a concorso originariamente debbano essere compresi anche quelli che si dovessero rendere vacanti entro una certa data, l'obbligo di servirsi della graduatoria entro il termine di efficacia della stessa preclude all'Amministrazione di bandire un nuovo concorso ove decida di reclutare personale, ma non la obbliga all'assunzione dei candidati non vincitori in relazione a posti che si rendano vacanti e che l'amministrazione stessa non intenda coprire (Cass. civile, sez. lav., del 29 gennaio 2013, n. 2039)[41]. Per una più agevole comprensione di quest'ultima sentenza, va precisato che nel caso di specie si era cristallizzato il diritto all'assunzione, dal momento che l'Amministrazione stessa con un proprio provvedimento si era determinata all'assunzione di un certo numero di personale, tramite 'scorrimento' della graduatoria.

8.2. La giurisprudenza amministrativa successiva alla Plenaria

Per quanto riguarda la giurisprudenza amministrativa, si deve rilevare che questa si è completamente conformata agli indirizzi della Plenaria.

I giudici dei T.A.R. riprendono la distinzione, operata dalla Plenaria, tra la determinazione relativa all'*an* della copertura del posto vacante, che ha contenuto ampiamente discrezionale, in quanto riconducibile al novero delle scelte organizzative di pertinenza del soggetto pubblico, e la decisione riguardante il *quomodo* della provvista del posto ('scorrimento' o indizione di un nuovo concorso) che, invece, resta soggetta ad un più stringente dovere di motivazione e vede circoscritti gli spazi discrezionali riservati all'apprezzamento dell'Amministrazione[42]; d'altra parte l'alternativa tra lo 'scorrimento' di una graduatoria ancora valida ed efficace e l'indizione di un nuovo concorso si pone solo nel caso di omogeneità tra le procedura concorsuali[43]. I giudici amministrativi sostengono, in

[41] Si v. in tal senso anche Cass., 21 dicembre 2007, n. 27126; Cass., 21 agosto 2007, n. 17780 e Cass. 11 agosto 2008, n. 21509.

[42] Tar Puglia, Bari, sez. III, del 23 ottobre 2012, n. 1791.

[43] Tar Lazio, Roma, sez. II, del 5 giugno 2012, n. 5059: la sentenza, nel solco della Plenaria, utilizza la distinzione tra eterogeneità ed omogeneità tra concorsi. La sentenza inoltre affronta anche il caso interessante relativo alla qualificazione di controinteressato prima della formazione della graduatoria. La decisione del Tar Lazio rileva che nel processo amministrativo può essere qualificato controinteressato colui che - avendo ricevuto un'utilità sostanziale, finale o strumentale, dall'assetto di interessi delineato dall'Autorità amministrativa con il provvedimento impugnato - ha un interesse opposto a quello di cui è portatore il ricorrente principale, il quale, attraverso l'azione impugnatoria, mira a mettere in discussione proprio la configurazione del rapporto dettata dall'azione amministrativa contestata.

La giurisprudenza secondo cui non sono configurabili controinteressati prima della formazione della graduatoria e della nomina dei vincitori, e comunque prima del provvedimento finale, sia perché non sussiste un interesse protetto ed attuale in capo agli altri concorrenti che potrebbe essere leso dall'eventuale accoglimento del ricorso sia perché l'interesse degli altri partecipanti non emerge direttamente dal provvedimento impugnato riguarda l'impugnazione di un provvedimento di esclusione da una procedura concorsuale (cfr. Cons. di St., sez. IV, 7 luglio 2008, n. 3382; Tar Lazio, Roma, sez. III, 17 novembre 2008, n. 10259).La differenza non è di poco conto, ma, anzi, è dirimente per la corretta individuazione degli interessi coinvolti nel giudizio e per ritenere che coloro i quali hanno presentato domanda per la partecipazione al concorso il cui svolgimento è messo in discussione attraverso la proposizione del ricorso sono controinteressati in quanto titolari di un interesse legittimo, vale a dire di un interesse qualificato e differenziato e non di mero fatto, il cui lato interno è costituito dalla possibilità di conseguire

perfetta sintonia con la Corte di Cass.[44], che il diritto allo 'scorrimento' della graduatoria del concorso espletato appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario[45].Tuttavia, ove vi sia un provvedimento di indizione di un nuovo concorso, la pretesa azionata implica la contestazione dell'esercizio del potere della P.A., a cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, la cui tutela spetta al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 63, comma 4, del D.lgs. n. 165 del 2001[46].

Pertanto, deve escludersi la giurisdizione amministrativa solo allorquando non si muovano contestazioni sulle relative procedure concorsuali e conseguenti graduatorie, ma si 'pretenda' esclusivamente di far scorrere la graduatoria stilata.

Infatti, è propria della giurisdizione amministrativa, a norma dell'art. 63 D.lgs. n. 165 del 2001, la fase concorsuale, che si conclude con la stesura ed approvazione delle graduatorie, mentre, sussiste la generale giurisdizione del giudice ordinario in materia di rapporti di lavoro del c.d. pubblico impiego privatizzato anche quando si controverta dell'assunzione al lavoro a seguito di 'scorrimento'[47].

Tali controversie, infatti, riguardano piuttosto l'utilizzo della graduatoria da parte del datore di lavoro.

In tale ultima ipotesi, si tratta, quindi, di una vicenda e di un contenzioso che si colloca a valle della procedura concorsuale, sicché non viene affatto in rilievo la (eccezionale) deroga alla generale giurisdizione del giudice ordinario.

Vale, invece, a derogare la giurisdizione ordinaria, non solo l'ipotesi in cui si muovano con-

---

l'assunzione attraverso lo svolgimento della procedura selettiva.

In particolare - mentre nell'azione di annullamento del provvedimento di esclusione dalla partecipazione ad un concorso, il ricorrente non mira a contestare la legittimità dell'indizione del concorso, ma agisce in giudizio proprio per ottenere, attraverso l'annullamento della propria esclusione, la possibilità di partecipare alla procedura selettiva e ciò al fine di coltivare la *chance* di superare il concorso, sicché controinteressato non è il partecipante al concorso, che non soffre alcun nocumento dall'impugnativa, conservando intatta la propria *chance* di assunzione attraverso il superamento della procedura selettiva, ma solo e soltanto colui il quale è collocato in posizione utile nella graduatoria finale, che dall'annullamento delle prove subirebbe un evidente pregiudizio - nell'azione di annullamento di un bando di concorso, il ricorrente mira a contestare proprio la legittimità dell'indizione della selezione al fine di ottenere l'indizione di un diverso concorso ovvero, come nel caso di specie, di ottenere lo scorrimento della graduatoria di un precedente concorso, sicché assume la qualità di controinteressato chiunque abbia presentato domanda di partecipazione al concorso, atteso che, dall'eventuale annullamento del bando, perderebbe inevitabilmente la propria *chance* di assunzione.

In altri termini, secondo il Tar Lazio, occorre distinguere tra 'interesse finale', vale a dire l'interesse volto al conseguimento diretto del bene della vita che costituisce il lato interno della posizione di interesse legittimo, ed 'interesse strumentale', vale a dire l'interesse volto ad ottenere una *chance* per conseguire il bene della vita agognato.

[44] Corte di Cassazione, Sez. Un. civ., 13 giugno 2011, n. 12895.

[45] Tar Abruzzo, L'Aquila, sezione I, del 23 novembre 2012, n. 803; Tar Puglia, Bari, sez. II, 9 novembre 2012, n. 1914, Tar Campania, Salerno, sez. I, 4 dicembre 2012, n. 2196.

[46] Corte di Cass., Sez. Un. civ., 20 agosto 2009, n. 18499; Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, del 23 novembre 2012, n. 803; Tar Puglia, Bari, sez. II, 9 novembre 2012, n. 1914. Vi è anche una sentenza 'gemella' del Tar Abruzzo: la n. 804, che risulta dello stesso tenore della n. 803. Merita sottolineare che il Tar aquilano ha ritenuto che la posizione di interesse legittimo sussista non solo nel caso di indizione di un nuovo concorso, per le cui controversie la stessa legge rinvia alla giurisdizione del giudice amministrativo (art. 63, c. 4, D.lgs. 165/2001), ma anche rispetto alla decisione di coprire i posti mediante indizione di mobilità volontaria in quanto si tratta di una scelta di tipo macro-organizzativo che rientra nell'ambito dei poteri discrezionali che spettano all'Amministrazione. Così anche Cons. di Stato, sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6332 e, da ultimo, Cons. di Stato, sez. V, 23 gennaio 2012, n. 269.

[47] in tal senso Tar Basilicata, sez. I, 5 luglio 2012, n. 321.

testazioni alla graduatoria, ma anche il caso in cui il preteso 'scorrimento' si fondi sull'impugnazione del provvedimento di indizione di un nuovo concorso per l'accesso all'impiego, invece, che di utilizzazione della graduatoria già a disposizione dell'Amministrazione.

Da ultimo i giudici dei T.A.R. aderiscono in pieno alle considerazioni della Plenaria, secondo le quali sul piano dell'ordinamento positivo, si è ormai realizzata la sostanziale inversione del rapporto tra l'opzione per un nuovo concorso e la decisione di 'scorrimento' della graduatoria preesistente ed efficace. Quest'ultima modalità di reclutamento rappresenta ormai la regola generale, mentre l'indizione del nuovo concorso costituisce l'eccezione e richiede un'apposita e approfondita motivazione, che dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei e delle preminenti esigenze di interesse pubblico[48]. In definitiva, l'Amministrazione dovrà manifestare nel provvedimento le specifiche «ragioni giustificatrici» che potranno scaturire dalle speciali discipline di settore o da particolari circostanze di fatto o di ragioni di interesse pubblico prevalenti[49].

I giudici del Consiglio di Stato si sono uniformati ai principi fissati dall'Ad. Plen.; si ribadisce, infatti, in accordo anche con la giurisprudenza della Corte di Cass., che il c.d. scorrimento della graduatoria e la successiva assunzione postula necessariamente una decisione dell'Amministrazione di coprire il posto (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[50]. In base a questa affermazione, i candidati di un pubblico concorso risultati non vincitori, ma solo idonei, non sono titolari di un diritto soggettivo alla nomina a seguito di 'scorrimento' della graduatoria, potendo l'Amministrazione non procedervi nei casi in cui sia venuta meno la necessità o la convenienza di ricoprire i posti messi a concorso, ovvero in cui si siano verificati mutamenti oggettivi delle condizioni relative alla nomina [51]. D'altra parte in tema di utilizzazione di una graduatoria finale di un concorso pubblico, già l'articolo 8 del T.U. approvato con d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, riguardante il conferimento dei posti disponibili agli idonei nei concorsi per gli impieghi civili nello Stato, sostanzialmente contempla una facoltà per l'Amministrazione, e non già un obbligo, di 'scorrimento' della graduatoria dei candidati collocatisi in posizione utile, prevedendo sia la possibilità di assumere entro il numero di posti originariamente messi a concorso il candidato collocatosi in posizione successiva al vincitore nel caso di rinuncia, dimissioni o decadenza di quest'ultimo, sia la possibilità di assumere altri candidati eccedenti il numero dei posti messi a concorso collocati in posizione non utile ma giudicati comunque 'idonei', ossia capaci di svolgere le funzioni riguardanti il posto messo a concorso.

In linea di principio, la giurisprudenza ribadisce che l'Amministrazione conserva un'ampia discrezionalità ed ha una semplice facoltà, e non già un obbligo, di procedere allo 'scorrimento' della graduatoria; sicché, sempre in linea di principio, può senz'altro reputarsi non prioritaria la copertura del posto di cui trattasi; e, del pari, possono essere ravvisate ra-

[48] Tar Lazio, Roma, sez. II, 30 aprile 2012, n. 3869; Tar Campania, Salerno, sez. I, 27 novembre 2012, n. 2152.

[49] Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 31 dicembre 2012, n. 1188.

[50] Consiglio di Stato, sez. I, 07 dicembre 2012, n. 5217.

[51] Consiglio di Stato, sez. IV, 16 marzo 2012, n. 1476, in *Foro amm.vo – Cons. di St.*, 2012, 3, 598.

gioni che depongano, se del caso, a favore dell'espletamento di un nuovo concorso[52].
Il Consiglio di Stato[53],poi, riafferma con forza che nessuna norma riconosce direttamente agli idonei di un concorso il diritto di venir immessi in ruolo per il conferimento dei posti non coperti dopo la chiamata dei vincitori ovvero medio tempore resisi disponibili in pianta organica[54] e che dunque il c.d. scorrimento della graduatoria rappresenta una facoltà eccezionale (e non un obbligo) dell'Amministrazione, presupponendo lo 'scorrimento' medesimo la valutazione discrezionale dell'interesse concreto e riconosciuto dell'Amministrazione a procedere alla copertura del posto vacante in organico[55].
Infine merita di essere segnalata un'interessante sentenza del Consiglio di Stato[56], che, in un caso relativo a un concorso nell'università, evidenzia che, anche se l'art. 23, comma 4, della legge29 gennaio 1986, n. 23 (Norme sul personale tecnico ed amministrativo delle Università), ha trasformato in obbligo la facoltà, attribuita alle amministrazioni statali di cui al T.U. 10 gennaio 1957, n. 3, di conferire i posti, resisi disponibili per rinuncia, decadenza o dimissioni dei vincitori agli idonei, secondo l'ordine della graduatoria, questo obbligo presuppone sempre che l'Amministrazione intenda coprire il posto. Invece, se l'Amministrazione, a causa di proprie esigenze organizzative e finanziarie, non intenda procedere ad assunzioni, non è tenuta allo 'scorrimento' della graduatoria degli idonei, nemmeno ai sensi dell'art. 23, comma 4, legge n. 23 del 1986. Si ribadisce che la determinazione relativa all'*an* della copertura del posto vacante ha contenuto ampiamente discrezionale, in quanto riconducibile al novero delle scelte organizzative di pertinenza del soggetto pubblico. L'obbligo di cui all'art. 23, comma 4, legge n. 23 del 1986 attiene, pertanto, non all'*an*, ma al *quomodo* ('scorrimento' o indizione di un nuovo concorso), obbligando, quindi, l'Amministrazione a ricorrere allo strumento dello 'scorrimento' della graduatoria, solo nel caso in cui ritenga di coprire il posto vacante. Il che esclude, appunto, la possibilità di configurare la procedura di 'scorrimento' quale oggetto di un obbligo incondizionato dell'Amministrazione, direttamente collegato alla sopravvenuta vacanza del posto.

9. Osservazioni conclusive

La materia dell'impiego pubblico privatizzato è tuttora oggetto di frequenti scontri in punto di riparto di giurisdizione tra i giudici ordinari ed amministrativi.
Tuttavia, almeno per ciò che concerne la qualificazione giuridica degli idonei non vincitori di un concorso pubblico, è dato riscontrare una perfetta sintonia e corrispondenza tra la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato, pur nelle diverse ipotesi di pretese degli idonei allo 'scorrimento' di graduatorie valide ed efficaci di concorsi pubblici per posti resisi successivamente vacanti.
A questo punto, si possono 'tirare le somme' e procedere ad una ricostruzione unitaria ed organica della questione *de qua*, raccordando le conclusioni della Plenaria 14/2011 con il successivo sviluppo giurisprudenziale.
Appare utile ribadire in via preliminare che nel rapporto di lavoro pubblico di fonte contrattuale, diversamente da quello di fonte provvedimentale, è configurabile un diritto soggettivo alla costituzione del rapporto; cosa che, del resto, è stata esplicitata dal legislatore con la pre-

[52] Cfr., in tal senso, ad es., Cons. di Stato, sez. V, 23 marzo 2004 n. 1517.
[53] Cons. di Stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5426, in *Foro amm.vo – Cons. di St.*, 2011, 10, 3101.
[54] Cons. di St., sez. IV, 18 giugno 2009, n. 3998.
[55] Consiglio di Stato, sez V, 1° marzo 2005, n. 794; Consiglio di Stato, sez. V, 16 ottobre 2002, n. 5611.
[56] Consiglio di Stato, sez. VI, 12 dicembre 2012, n. 6377.

visione di giurisdizione ordinaria sulle controversie relative all'assunzione (art. 63, 1° comma, D.lgs. 165/2001). L'interesse all'assunzione assume la consistenza del diritto soggettivo in astratto ed indipendentemente dalla questione di merito della sussistenza in concreto di tale situazione giuridica soggettiva, solo allorché si debba escludere la presenza di attività autoritativa dell'Amministrazione.

Il *discrimen* giurisdizionale è perciò individuato nell'atto di approvazione della graduatoria e di proclamazione dei vincitori, questo momento segna le 'colonne d'Ercole' della giurisdizione amministrativa. Da questo punto in poi, infatti, tutti gli atti successivi si ascrivono alla giurisdizione del giudice ordinario. È infatti ormai pacificamente acquisita la conclusione che, sul piano generale, anche per il pubblico impiego privatizzato, l'espletamento della procedura concorsuale, con la compilazione della graduatoria finale e la sua approvazione, fa nascere nel candidato utilmente collocato il diritto soggettivo all'assunzione secondo le modalità fissate dal bando di concorso (si v. da ultimo Cass. Sez. Un. civ., del 2 ottobre 2012, n. 16728). In particolare, va precisato che il bando indica il contratto di lavoro che l'Amministrazione intende concludere, nonché il tipo e le modalità della procedura concorsuale, manifestando agli interessati l'intento di giungere alle assunzioni. Sicché al bando va riconosciuta una duplice natura giuridica: quella di provvedimento amministrativo, nella parte in cui concreta un atto del procedimento di evidenza pubblica di cui regola il successivo svolgimento, e quella di atto negoziale per gli aspetti sostanziali, in ragione della proposta di assunzione condizionata negli effetti all'espletamento della procedura concorsuale ed all'approvazione della graduatoria (si v. in tal senso Cass. Sez. Un. civ., del 4 novembre 2009, n. 23327).

Per ciò che invece afferisce la posizione degli idonei non vincitori, la situazione è ben diversa. Quest'ultimi infatti hanno solo una mera aspettativa, dato che l'Amministrazione non è assolutamente obbligata all'assunzione dei candidati in relazione ai posti che si rendano vacanti e che l'Amministrazione non intenda coprire. La determinazione relativa all'*an* della copertura del posto vacante ha contenuto ampiamente discrezionale, perché riconducibile alla potestà relativa alle scelte organizzative del soggetto pubblico.

La decisione riguardante il *quomodo* ('scorrimento' o indizione di un nuovo concorso, alternativa, quest'ultima, che si pone solo nel caso di concorsi omogenei) resta soggetta a un più stringente dovere di motivazione, anche perché gli spazi discrezionali riservati all'apprezzamento dell'Amministrazione sono sicuramente più ristretti. Da questo punto di vista, la Plenaria 14/2011 è pregevole anche per il modo con cui ha sottolineato il ruolo decisivo della motivazione per contestare la decisione dell'Amministrazione di indire un nuovo concorso.

La posizione di aspettativa degli idonei non vincitori cambia, invece, con lo 'scorrimento' della graduatoria. Va prima di tutto sottolineato che l'istituto *de quo* non si pone in contrasto con l'art. 97 Cost., dato che la graduatoria degli idonei è sempre il risultato di una procedura concorsuale. Lo 'scorrimento' della graduatoria, poi, consente la stipulazione del contratto di lavoro con i partecipanti risultati idonei non vincitori e ciò in forza o di espressa previsione di legge o di specifiche previsioni del bando. Salvo questi due casi, presupposto dello 'scorrimento' della graduatoria è sempre una decisione dell'Amministrazione di coprire il posto, utilizzando la graduatoria rimasta efficace; decisione che, una volta assunta, risulta equiparabile all'espletamento di tutte le fasi di

una procedura concorsuale, con l'identificazione degli ulteriori vincitori. Sicché il candidato utilmente collocato in graduatoria ancora efficace può ricorrere alla giurisdizione del giudice ordinario solo nel caso in cui possa vantare un diritto soggettivo perfetto all'assunzione, diritto che sorge solo ed esclusivamente da una decisione dell'Amministrazione di coprire i posti vacanti mediante lo 'scorrimento' della graduatoria e solo laddove la contestazione si appunti sulle modalità di attuazione dello 'scorrimento'.

Viceversa, quando la pretesa allo 'scorrimento' della graduatoria consegua alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di un nuovo concorso, la contestazione investe l'esercizio del potere autoritativo e discrezionale dell'Amministrazione, cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, la cui tutela spetta al giudice amministrativo ex art. 63, 4° comma, D.lgs. 165/2001. D'altra parte, quando l'Amministrazione bandisce un nuovo concorso, adottando il relativo provvedimento amministrativo, ha deciso sul piano logico di non valersi della precedente graduatoria. In sostanza la decisione di coprire i posti in organico mediante una delle forme previste dalla legge costituisce atto pubblicistico di macro-organizzazione, che incide sulla determinazione e consistenza delle dotazioni organiche, sulle cui controversie si pronuncia il giudice amministrativo (si v. Cass. Sez. Un. civ., 4 aprile 2007, n. 8363; Cass. Sez. Un. civ., 13 giugno 2011, n. 12895). A questo punto non si può nemmeno invocare il potere disapplicativo del giudice ordinario sugli atti presupposti di macro-organizzazione, poiché tale potere si configura solo quando il giudice del lavoro ne conosca *incidenter tantum*, cioè nel caso in cui l'atto amministrativo costituisca un mero antecedente logico nella decisione sulla spettanza del diritto soggettivo dedotto in giudizio; al contrario, nel caso in cui si verta sulla decisione organizzativa di coprire un posto in organico con modalità diverse dallo 'scorrimento' della graduatoria, il *vulnus* lamentato dal lavoratore deriva direttamente da tale decisione, che rappresenta il vero *thema decidendum* e pertanto va affidato alla cognizione del giudice amministrativo.

Va infine precisato che anche se le norme sui concorsi pubblici prevedano la possibilità per l'Amministrazione di conferire agli idonei non vincitori posti resisi liberi, attraverso ad esempio la previsione della c.d. ultrattività delle graduatorie, tuttavia il c.d. scorrimento della graduatoria e la successiva assunzione postula necessariamente una decisione dell'Amministrazione di coprire il posto (si deve trattare di posti vacanti, ma soprattutto disponibili e questi diventano tali sulla base di un'apposita determinazione). Questa precisazione, che è un merito principale della Plenaria 14/2011, serve a fare 'piazza pulita' di quelle tesi che pretendevano di far discendere un diritto soggettivo all'assunzione direttamente dalla legge individuata nelle norme *de quibus*. Conseguenza di questo asserto, concordemente sostenuto sia dalla Corte di Cassazione che dal Consiglio di Stato, è che va salvaguardata l'ampia discrezionalità dell'Amministrazione in merito alla decisione di procedere o meno alla copertura del posto, giacché soltanto a seguito del perfezionamento di tale volontà sorgono vincoli per la P.A. e corrispondenti posizioni sostanziali tutelate.

Indire un nuovo concorso, in presenza di una graduatoria valida ed efficace, è pur sempre esercizio di un potere autoritativo, che andrà sicuramente motivato in modo congruo. Nel caso in cui il provvedimento fosse affetto da perplessità, illogicità e contraddittorietà, occorrerà contestare il cattivo esercizio del potere.

Va notato come anche su quest'ultimo punto risulti ormai superata e desueta la categoria del-

la carenza di potere in concreto (e di questo sembra averne preso atto anche la recente giurisprudenza della Corte di Cassazione); l'unica categoria che va utilizzata è quella di cattivo esercizio del potere.
In conclusione, l'idoneo, con la determinazione amministrativa dello 'scorrimento', si trasforma in vincitore; sicché a stretto rigore di logica e di lessico, oltre che a parere di chi scrive, si dovrebbe parlare giustamente di diritto soggettivo solo per i vincitori (idonei diventati vincitori, ma quindi vincitori); invece l'idoneo, in quanto tale, è sempre in una posizione di aspettativa o in una posizione qualificata al legittimo esercizio di un'azione amministrativa connotata *ex lege* da consistente discrezionalità, assoggettata indefettibilmente a puntuali e inderogabili presupposti di fatto (definitiva esistenza della graduatoria, identità del posto da coprire, vacanza e disponibilità del posto).