

## IL CONTENZIOSO SUL PUBBLICO IMPIEGO NEL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO

*Elena Quadri (\*)*

Prima di affrontare il tema che mi è stato assegnato è opportuno evidenziare l'importanza del rapporto di pubblico impiego, finalizzato, a differenza di quello privato, al perseguimento del pubblico interesse, e che richiede, dunque, la massima competenza del pubblico dipendente.

Alla professionalizzazione e qualificazione della pubblica amministrazione devono, quindi, tendere tutte le procedure concorsuali per l'assunzione nell'ambito del pubblico impiego, anche quelle semplificate previste dai decreti legge emanati di recente in tema di Pnrr, finalizzate alla sollecita instaurazione di rapporti di lavoro con giovani professionisti, sempre previa accurata e attenta verifica della sussistenza dei presupposti di preparazione, idoneità e competenza.

Nell'affrontare il tema della giurisdizione amministrativa in materia di pubblico impiego è necessario fare una breve premessa sui principi generali in tema di riparto di giurisdizione e di giustizia amministrativa.

Per l'art. 24 Cost. "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi", e per l'art. 103 della stessa Carta costituzionale, al giudice amministrativo è riconosciuta la giurisdizione per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi. Infine, l'art. 113 Cost. prevede che contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria ed amministrativa.

L'art. 7 c.p.a., in attuazione dei suddetti principi costituzionali, nonché delle note pronunce della Corte costituzionale n. 204/2004 e n. 191/2006, devolve al giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto interessi legittimi (e, nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, anche diritti soggettivi), concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, che riguardano, dunque, provvedimenti, atti, accordi o comportamenti, comunque riconducibili all'esercizio di tale potere, posti in essere dalla pubblica amministrazione.

Nelle ipotesi in cui, invece, si sia al di fuori dalla sfera del potere amministrativo, il privato è titolare di un diritto soggettivo e ne consegue la giurisdizione del giudice ordinario.

Si rinviene la giurisdizione del giudice amministrativo, dunque, in tutti i casi in cui si è in presenza dell'esercizio del potere autoritativo da parte dell'amministrazione, mentre a fronte di un atto paritetico, o quando il potere si è ormai esaurito, la giurisdizione si radicherà innanzi al giudice ordinario.

I suddetti principi ricevono applicazione anche in materia di pubblico impiego.

Il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (Testo unico sul pubblico impiego), nel completare il processo di privatizzazione del pubblico impiego, ha conferito all'amministrazione i poteri del datore di lavoro privato, prevedendo, all'art. 2, che i rapporti di lavoro di pubblico impiego siano di norma disciplinati dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nonché regolati per contratto, salve le disposizioni contenute nel medesimo decreto legislativo, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo. L'art. 3 Tupi elenca, peraltro, categorie di pubblici impiegati sottratti al regime di privatizzazione, come ad esempio i magistrati e gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e prefettizia.

In ordine al riparto di giurisdizione, l'art. 63 Tupi attribuisce alla giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro "tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni", incluse le assunzioni al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali, la responsabilità dirigenziale e le indennità di fine rapporto, "ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti", dunque tutte le controversie relative al pubblico impiego privatizzato. Devolve, inoltre, a tale giudice le controversie relative a comportamenti antisindacali dell'amministrazione e le controversie in tema di contrattazione collettiva.

Sono, invece, devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti della pubblica amministrazione, nonché quelle relative ai rapporti di lavoro non privatizzati, ai sensi dell'art. 3: tale giurisdizione è espressamente definita dal legislatore come esclusiva all'art. 133, c. 1, c.p.a. Rispetto a tali controversie, dunque, il giudice amministrativo avrà piena cognizione, sia con riferimento a posizioni di diritto soggettivo, che di interesse legittimo.

Da ciò si evince la nota distinzione tra atti di "macroorganizzazione", con i quali l'amministrazione esercita un potere pubblico fissando l'organizzazione fondamentale degli uffici, individuando quelli di maggiore rilievo e le modalità di conferimento della titolarità dei medesimi, e determinando le dotazioni organiche complessive, da quelli di "microorganizzazione", che si pongono in rapporto di attuazione o comunque in linea con i primi, con cui l'amministrazione, senza esercitare un potere pubblico autoritativo, si limita ad emanare atti di gestione del personale, ponendosi nella stessa posizione di un privato datore di lavoro.

---

(\*) Consigliere del Consiglio di Stato.

Nel primo caso, la giurisdizione sarà devoluta al giudice amministrativo, poiché si è in presenza di interessi legittimi, mentre nel secondo caso sarà attribuita al giudice ordinario, in presenza di diritti soggettivi.

Riguardo alla natura della giurisdizione amministrativa nei casi di cui al c. 4 dell'art. 63, la tesi maggioritaria ritiene che tale ipotesi di giurisdizione rientri nell'ambito della generale giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo e non di quella esclusiva, come invece per il caso delle controversie del personale di cui all'art. 3, atteso che tale ultimo tipo di giurisdizione deve essere previsto espressamente dalla legge (come, appunto, per il caso del personale pubblico non privatizzato), senza che possa ricavarsi in via interpretativa. Da ciò consegue che la giurisdizione ai sensi dell'art. 63, c. 4, concerne soltanto interessi legittimi.

La giurisdizione è, dunque, attribuita al giudice amministrativo quando viene direttamente impugnato l'atto di macroorganizzazione (ad esempio, l'atto di ridefinizione della pianta organica) che sia autonomamente lesivo della posizione giuridica fatta valere. Ad esempio, le Sezioni unite della Corte di cassazione (ord. 31 maggio 2016, n. 11387) hanno affermato che spetta alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto l'impugnazione da parte di un dirigente di atti di macroorganizzazione correlati all'esercizio di poteri autoritativi (nella specie, rivolti a ridefinire le strutture amministrative e a stabilire i criteri e le modalità di attribuzione degli incarichi dirigenziali) al fine di ottenerne l'annullamento, avendo tale controversia ad oggetto una posizione di interesse legittimo, rispetto alla quale il rapporto di lavoro non costituisce l'effettivo oggetto del giudizio, perché gli effetti pregiudizievoli derivano direttamente dall'atto presupposto (espressione del potere autoritativo della pubblica amministrazione) di cui si contesta la legittimità e non dagli atti di microorganizzazione adottati a valle.

In relazione alla distinzione tra controversie concernenti procedure concorsuali "per l'assunzione", devolute alla giurisdizione amministrativa, e controversie concernenti "l'assunzione al lavoro", devolute alla giurisdizione ordinaria, secondo le Sezioni unite della Corte di cassazione (ord. 23 marzo 2017, n. 7483), al fine di individuare l'ambito delle controversie in materia di procedure concorsuali riservate alla giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63, c. 4, Tupi, è necessario adottare una nozione ristretta di "procedure concorsuali". In particolare, rientrerebbero nella giurisdizione del giudice amministrativo solo le controversie attinenti agli atti adottati dalla pubblicazione del bando sino all'approvazione della graduatoria finale. Le controversie riguardanti atti a valle dell'approvazione della graduatoria sarebbero sottoposte, invece, alla giurisdizione del giudice ordinario. Tali controversie, infatti, avrebbero ad oggetto determinazioni assunte con la capacità del datore di lavoro privato, a fronte delle quali sarebbero configurabili diritti soggettivi all'assunzione.

Nel primo caso, invero, viene in rilievo una procedura concorsuale per l'assunzione di coloro che sono portatori di un interesse legittimo contrapposto al potere pubblico e discrezionale dell'amministrazione, mentre, a seguito dell'approvazione della graduatoria, si controverte su procedure concernenti "l'assunzione", poiché in capo ai vincitori sorge un vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione, su cui ha giurisdizione il giudice ordinario.

Con l'approvazione della graduatoria, infatti, può considerarsi esaurito l'ambito del procedimento amministrativo (e quindi all'attività autoritativa della pubblica amministrazione). All'approvazione della graduatoria segue, dunque, una fase in cui i comportamenti dell'amministrazione sono espressione del potere negoziale che la stessa esercita nella veste di datrice di lavoro. Tali atti, quindi, devono essere valutati alla stregua dei principi civilistici in tema di adempimento delle obbligazioni, tra cui quelli di correttezza e buona fede. Ne deriva, ad esempio, che se l'amministrazione, a valle dell'approvazione della graduatoria di un concorso, modifica o ritira l'atto di conferimento di un incarico dirigenziale, esercita un potere privatistico e non un potere amministrativo di autotutela.

Dunque, generalmente il superamento di un concorso pubblico consolida in capo all'interessato una situazione giuridica individuale di diritto soggettivo all'assunzione, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario per gli atti che la pubblica amministrazione adotta nella qualità di datore di lavoro in seguito all'approvazione della graduatoria concorsuale. Fa eccezione il caso della procedura concorsuale concernente l'assunzione di personale facente parte del pubblico impiego non privatizzato ricompreso nell'elenco di cui all'art. 3 Tupi, in cui, anche con riferimento a controversie che abbiano ad oggetto atti che si pongono a valle dell'approvazione della graduatoria, la giurisdizione è devoluta al giudice amministrativo, perché giurisdizione esclusiva.

Molto dibattuta è stata la tematica del riparto di giurisdizione in tema di procedura concorsuale per l'assunzione ai pubblici impieghi.

In relazione ai concorsi per soli esterni è sempre stata pacifica l'attribuzione al giudice amministrativo delle controversie insorte fino al momento dell'approvazione della graduatoria, mentre molto si è discusso con riferimento agli atti dei concorsi per esterni ma con quota di riserva per gli interni e sui concorsi riservati totalmente ai membri interni dell'amministrazione.

La giurisprudenza della Corte di cassazione in diverse pronunce è approdata alla conclusione per cui sono devolute alla giurisdizione amministrativa anche le controversie riguardanti i concorsi con solo una quota di riserva agli interni, mentre per quelli totalmente riservati bisogna distinguere tra le progressioni verticali, in cui l'espletamento del concorso, comportando il passaggio da una fascia all'altra, implica l'adozione di un atto di macroorganizzazione con spendita di potere pubblico, e che sono, dunque, devolute alla giurisdizione amministrativa, e le progressioni orizzontali, in cui il concorso, provocando il passaggio ad una qualifica diversa ma sempre all'interno della stessa area, non si sostanzia in una vera e propria procedura selettiva, ma in un mero atto di gestione del personale, e che sono quindi devolute

alla giurisdizione ordinaria. Anche le ipotesi di assunzioni obbligatorie sono devolute alla giurisdizione ordinaria, atteso che, in tali casi, l'amministrazione esercita un mero potere ricognitivo in ordine alla presenza dei presupposti di legge, essendo, dunque, al cospetto di diritti soggettivi.

Riguardo alle controversie concernenti le assegnazioni del personale in mobilità, nei casi di espletamento di una preliminare procedura selettiva, la giurisdizione è devoluta al giudice amministrativo. Nelle ipotesi in cui tale procedura selettiva manchi, invece, mentre il giudice amministrativo ha la giurisdizione sulle controversie riguardanti la determinazione delle dotazioni organiche degli uffici mediante l'individuazione dei posti vacanti da coprire, poiché con tali atti l'amministrazione pone in essere atti di macroorganizzazione, sono devolute al giudice ordinario le controversie che concernono l'assegnazione del personale, che si sostanzia in un mero atto di gestione.

Per un consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, inoltre, ai sensi dell'art. 63, c. 4, d.lgs. n. 165/2001, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo anche sulle controversie relative a procedure concorsuali per l'assunzione di lavoratori ove la procedura comparativo-selettiva sia fondata sull'art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001, atteso che tali controversie concernono comunque procedure concorsuali indette da un'amministrazione pubblica per il reclutamento di qualificati collaboratori, a prescindere dalla tipologia dell'instaurando rapporto lavorativo, con la redazione di una finale graduatoria di merito.

“Nella nozione di ‘assunzione di dipendenti pubblici’ debbono ritenersi incluse non soltanto le procedure concorsuali volte all'assunzione di lavoratori subordinati, ma anche quelle aventi specificamente a oggetto il conferimento di incarichi *ex art. 7, c. 6, d.lgs. n. 165/2001*, o di incarichi similari, assegnati a esperti qualificati mediante contratti di lavoro parasubordinato, di natura occasionale o coordinata e continuativa, per far fronte alle medesime esigenze cui ordinariamente sono preordinati i lavoratori subordinati della pubblica amministrazione. La giurisdizione amministrativa, infatti, va affermata ogni qualvolta la controversia riguardi una procedura concorsuale o selettiva indetta da un'amministrazione pubblica per la scelta e il reclutamento di qualificati collaboratori, quale che sia la tipologia dell'instaurando rapporto lavorativo, a condizione che si svolga una procedura comparativa e sia redatta, infine, una graduatoria di merito” (cfr. Tar Puglia, Sez. I, 24 luglio 2020, n. 1037; Tar Molise, 15 maggio 2020, n. 136), dovendosi ricomprendere nella nozione di “assunzione di dipendenti pubblici” non solo le procedure concorsuali volte all'assunzione di lavoratori subordinati, ma anche quelle aventi specificamente a oggetto il conferimento di incarichi assegnati ad esperti qualificati mediante contratti di lavoro parasubordinato, di natura occasionale o coordinata e continuativa, per far fronte alle medesime esigenze cui ordinariamente sono preordinati i lavoratori subordinati della pubblica amministrazione.

Anche in tali casi, invero, la valutazione dei titoli e la relativa attribuzione dei punteggi ai concorrenti avvengono sulla base di un apprezzamento discrezionale della commissione, sussistendo, quindi, posizioni soggettive qualificabili come di interesse legittimo.

Con l'approvazione della graduatoria concorsuale, che indica la successione degli idonei secondo l'ordine di merito, si conclude la fase procedimentale amministrativa, devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, e prende avvio la fase relativa all'immissione in servizio, previa sottoscrizione del contratto, devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.

Nel caso di annullamento della graduatoria, sia di ufficio, in autotutela, che in seguito alla decisione del giudice amministrativo, con travolgimento di tutti gli atti consequenziali, compreso il contratto di lavoro, l'annullamento ha efficacia *erga omnes*, a meno che il vizio che lo ha determinato riguardi solo la posizione di un singolo candidato. In base al principio *utile per inutile non vitiatur* vanno ripetute solo le operazioni ritenute illegittime, e dunque annullate, nonché quelle consequenziali, rimanendo valide ed efficaci le operazioni concorsuali che siano oggettivamente indipendenti rispetto a quelle illegittime.

Riguardo all'impugnazione degli atti riguardanti le fasi concorsuali, generalmente l'approvazione della graduatoria segna il limite oltre il quale sussiste la giurisdizione del giudice ordinario. Permane, invece, la giurisdizione del giudice amministrativo nel caso di annullamento della graduatoria operato in via di autotutela, o comunque nell'ipotesi in cui sia stato posto in essere un atto di autotutela che incida sulla validità della procedura concorsuale, mediante l'adozione di un *contrarius actus*, la cui legittimità deve essere verificata dal giudice amministrativo (Cass., S.U., 26 febbraio 2010, n. 4648).

Nel caso in cui il ricorrente non chieda il riconoscimento del diritto all'assunzione, né metta in discussione i principi giurisprudenziali concernenti l'assenza di un obbligo al reclutamento pur in presenza di una graduatoria, ma si limiti a contestare la legittimità dell'atto di autotutela con il quale l'amministrazione procedente abbia annullato il bando di concorso e la deliberazione di programmazione del fabbisogno del personale, la giurisdizione è devoluta al giudice amministrativo (cfr. Tar Calabria, 2 maggio 2017, n. 709).

Secondo il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, inoltre, fino all'immissione in servizio e alla nomina l'amministrazione ha il potere di non procedere alla nomina e di annullare la procedura concorsuale e la relativa graduatoria, in presenza di valide e motivate ragioni di interesse pubblico che facciano venir meno la necessità o l'opportunità di copertura del posto, dovendo il giudice adito valutare la ragionevolezza di tali scelte e la coerenza delle scelte successivamente compiute (Cons. Stato, Sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3359).

Infine, ai sensi dell'art. 63, c. 4, d.lgs. n. 165/2001, come già previsto dall'art. 68 d.lgs. n. 29/1993, nel testo sostituito dall'art. 29 d.lgs. n. 80/1998, al giudice amministrativo sono devolute, in sede di giurisdizione generale di legittimità,

le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, anche riguardo ai rapporti di lavoro privatizzati (Cass., S.U., 15 gennaio 2010, n. 529).

Con riferimento al riparto di giurisdizione in tema di posizione ricoperta dagli idonei nella graduatoria concorsuale e di "scorrimento della graduatoria", deve premettersi che il legislatore, con numerosi interventi normativi, ha previsto il periodo massimo di vigenza delle graduatorie e che, in relazione al riconoscimento o meno della prevalenza dell'interesse degli idonei non vincitori allo scorrimento della graduatoria rispetto alla scelta dell'amministrazione di coprire i posti vacanti con un nuovo concorso, la giurisprudenza ha avuto un andamento altalenante.

Per un primo orientamento, non sussisterebbe l'obbligo di scorrimento delle graduatorie, trattandosi di una mera ed eccezionale facoltà dell'amministrazione, non superabile nemmeno a fronte dei maggiori costi economici e di tempo delle nuove procedure concorsuali (cfr. Cons. Stato, 11 ottobre 2005, n. 5637; 19 febbraio 2010, n. 668; Tar Lazio, Sez. I-*quater*, 18 luglio 2008, n. 6956); per un secondo indirizzo, invece, inizialmente espresso dalla Corte di cassazione (S.U., 29 settembre 2003, n. 14529) e poi recepito anche dal Consiglio di Stato (Ad. plen., 28 luglio 2011, n. 14), la prevalenza del concorso pubblico rispetto all'assunzione degli idonei si baserebbe su un'interpretazione letterale e restrittiva delle norme in materia, ormai superata alla stregua dell'evoluzione normativa.

Per l'orientamento più recente, invero, la scelta di una nuova procedura concorsuale è da motivare analiticamente, come ipotesi eccezionale, in quanto lo scorrimento è ritenuto maggiormente rispondente alle esigenze di economicità e speditezza dell'azione amministrativa, in considerazione della mancanza di personale in tutte le amministrazioni, che le induce ad optare per la via più rapida per le nuove assunzioni, considerati i tempi lunghi necessari per bandire e portare a compimento nuovi concorsi.

Peraltro, mentre i vincitori di un concorso vantano un diritto soggettivo all'effettiva assunzione, tutelabile innanzi al giudice ordinario (cfr. Cass., S.U., 11 gennaio 2007, n. 307), la prevalente giurisprudenza è orientata nel riconoscere agli idonei una mera posizione di interesse legittimo allo scorrimento della graduatoria, e addirittura in passato, come visto, per un orientamento minoritario, la posizione degli idonei è stata ritenuta di mera aspettativa, non tutelabile in sede giudiziaria (cfr. Cons. Stato, 1 marzo 2005, n. 794; Tar Lazio, Sez. I-*quater*, 24 agosto 2006, n. 7425).

### *Breve rassegna giurisprudenziale*

#### *Riparto di giurisdizione in tema di posizione ricoperta dagli idonei nella graduatoria concorsuale e di "scorrimento della graduatoria"*

Cons. Stato, Sez. II, 27 gennaio 2021, n. 824

Tutte le questioni relative al mero scorrimento delle graduatorie, coinvolgendo il diritto soggettivo all'assunzione, appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, mentre le questioni in cui si controverte in ordine alla legittimità dell'esercizio del potere pubblico inerente alla decisione se indire un concorso o utilizzare una determinata graduatoria appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Cons. Stato, Sez. VI, 19 febbraio 2021, n. 1503

La regola generale per le assunzioni di personale pubblico, sancita da ultimo dall'art. 3, c. 87, l. 24 dicembre 2007, n. 244 – che ha aggiunto il c. 5-*ter* all'art. 35 d.lgs. n. 165/2001 – è quella in base alla 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. Pertanto, in presenza di graduatorie valide ed efficaci, alla provvista di nuovo personale l'amministrazione deve provvedere normalmente attraverso lo scorrimento delle stesse. La possibilità di bandire un nuovo concorso costituisce ipotesi eccezionale, considerata con sfavore dal legislatore più recente, in quanto contraria ai principi di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, principi applicabili anche alla fase organizzativa in cui l'amministrazione stabilisce tempi e modalità con cui far luogo alla provvista di nuovo personale.

Cons. Stato, Sez. V, 29 gennaio 2020, n. 718

Deve innanzitutto ricordarsi che, come dedotto dall'appellante, in ordine alle modalità di copertura dei posti in organico da parte delle pubbliche amministrazioni, si è pronunciato questo Consiglio in Adunanza plenaria con la decisione n. 14 del 28 luglio 2011, che ha fornito le seguenti statuizioni: "*In presenza di una graduatoria concorsuale valida ed efficace, la pubblica amministrazione gode di ampia discrezionalità sull'an della copertura di posti vacanti ulteriori a quelli banditi con il concorso, mentre deve sempre motivare in ordine alle modalità prescelte per il reclutamento, tenendo nel massimo rilievo il generale favore dell'ordinamento per l'utilizzazione delle graduatorie degli idonei in precedenti concorsi, che costituisce la modalità ordinaria di provvista del personale e recede solo in presenza di speciali discipline di settore o di particolari circostanze di fatto, o di ragioni di interesse pubblico prevalenti, che devono essere puntualmente enucleate nel provvedimento di indizione di un nuovo concorso*".

La sentenza appellata ha affermato che, ai fini della decisione del caso di specie, non può farsi riferimento ai principi di diritto contenuti nella pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 14/2011, in quanto lo stesso presenterebbe peculiarità che ne precludono l'applicazione. In particolare: a) osterebbe una circostanza di ordine temporale, in quanto il comune ha adottato la censurata determinazione di indizione del nuovo concorso quando l'orientamento giurisprudenziale prevalente la legittimava; per cui, per il principio del *tempus regit actum*, la legittimità dell'operato dell'amministrazione dovrebbe essere vagliata con esclusivo riferimento al quadro normativo e

giurisprudenziale dell'epoca; b) osterebbe una ragione di ordine fattuale, atteso che il posto si è reso vacante perché l'originario vincitore non ha superato il periodo di prova ed inoltre nel precedente concorso non furono accertate le capacità riguardanti gli aspetti relativi alle mansioni di cantoniere e seppellitore; c) osterebbe, infine, una ragione di ordine motivazionale: essendo stato specificato che la scelta della persona che ricoprirà il posto vacante possa essere maggiormente garantita da un nuovo concorso in cui vengano accertate le capacità del candidato nello svolgimento dell'intero servizio, sarebbe stata data contezza delle ragioni giustificatrici dell'operato dell'amministrazione e sarebbero stati soddisfatti i parametri motivazionali richiesti dall'Adunanza plenaria n. 14/2011.

Per l'appellante la sentenza è erronea per aver ritenuto inapplicabile l'indirizzo fornito dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 14/2011 e, dunque, per aver ritenuto irrilevanti le censure di illegittimità per violazione dell'obbligo di scorrimento della graduatoria e dei principi di economicità, buon andamento e difetto di motivazione, oltre che per omessa valutazione dei dedotti vizi di eccesso di potere per contraddittorietà e irragionevolezza manifesta, nonché per sviamento e mancanza di interesse pubblico. Inoltre, sempre per l'appellante, il principio *tempus regit actum* non rilevarebbe in questa sede, ricevendo applicazione in relazione alle norme vigenti e non agli orientamenti della giurisprudenza. Infine, le motivazioni della scelta di indire un nuovo concorso ritenute pregnanti dal giudice di prime cure sarebbero del tutto irrilevanti o, comunque, insufficienti.

L'appello è fondato.

Con motivazione circolare e tautologica il provvedimento impugnato ricava le ragioni della scelta dell'opzione del concorso dalle deliberazioni della giunta n. 111 del 28 dicembre 2010 e del dirigente del 31 dicembre 2010, che pongono in luce: "*che la scelta della persona che ricoprirà il posto in oggetto possa essere maggiormente garantita da un concorso pubblico per esami in cui vengano accertate le capacità dei candidati nello svolgimento dell'intero servizio (autista-cantoniere-seppellitore) anziché dal semplice scorrimento della graduatoria nell'analogo concorso precedente*". Tale scelta è illegittima, alla luce del succitato orientamento dell'Adunanza plenaria n. 14/2011.

La sentenza appellata ha fornito una sorta di interpretazione autentica sulla eseguibilità del dictum dell'Adunanza plenaria, in più dichiarando in maniera vincolata quale fosse la precedente giurisprudenza prevalente.

Invece, l'indirizzo giurisprudenziale risultante dalle pronunce dell'Adunanza plenaria è nomofilattico, e, dunque, allo stesso devono attenersi tutti i giudici amministrativi nei giudizi pendenti. È, inoltre, fisiologico che lo stesso abbia carattere dichiarativo *ex tunc*, trattandosi di attività interpretativa.

La motivazione dell'indizione del nuovo concorso fornita dal comune, ravvisata come sufficiente dal giudice di prime cure, è totalmente euristica, cioè tautologica e basata su petizioni di principio, e cioè sul fatto che solo il nuovo concorso risulterebbe il mezzo idoneo per accertare l'idoneità dei candidati a ricoprire il posto, mentre, per contro, lo scorrimento della graduatoria del concorso precedente non lo sarebbe. E questo, nonostante il posto da coprire per il quale era stato espletato il precedente concorso fosse lo stesso ed il nuovo bando approvato per nulla differisse dal precedente, essendo rimasti immutati sia i requisiti di partecipazione che le modalità di selezione e le prove d'esame dallo stesso previste, a nulla rilevando le domande poi sottoposte nel concreto ai candidati nella prova orale.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di prime cure.

### Stabilizzazione

Cons. Stato, Sez. VI, 5 febbraio 2021, n. 1108

L'art. 1, cc. 519 ss., e 558 ss., l. n. 296/2006, consente alle pubbliche amministrazioni di stabilizzare il personale assunto a tempo determinato in deroga alle normali procedure di reclutamento, secondo un duplice canale di reclutamento, e segnatamente:

i) "le amministrazioni, con riguardo al personale da stabilizzare che ha già sostenuto procedure selettive di tipo concorsuale, non 'bandiscono' concorsi, ma devono limitarsi a dare 'avviso' della procedura di stabilizzazione e della possibilità degli interessati di presentare la domanda";

ii) "diversamente, ove il personale non abbia già superato prove concorsuali, e il numero dei posti oggetto della stabilizzazione sia inferiore a quello dei soggetti aventi i requisiti, l'amministrazione può fare ricorso ad una selezione onde individuare il personale da assumere".

I bandi impugnati, nell'assoggettare indistintamente alle prove di concorso anche tutto il personale già in passato assunto a tempo determinato mediante procedure selettive di natura concorsuale, risultano illegittimi perché in contrasto con la disposizione normativa sopra richiamata, la quale spiega efficacia precettiva anche nei confronti degli enti universitari, che non possono disapplicarla invocando la propria autonomia funzionale.

Cons. Stato, Sez. III, 3 febbraio 2020, n. 872

In vista dell'espressa finalità di superare il precariato nelle pubbliche amministrazioni, perseguita dall'art. 20 d.lgs. n. 75/2017, è da considerarsi legittima l'esclusione, dall'elenco degli aspiranti alla stabilizzazione, del dipendente che, nelle more delle relative procedure, sia stato assunto con contratto di lavoro a tempo indeterminato da altra pubblica amministrazione.

Cons. Stato, Sez. III, 18 ottobre 2019, n. 7070

Dal combinato disposto degli artt. 4, c. 6, d.l. 101/2013 e 1, c. 3-*bis*, d.l. 244/2016 non deriva alcun limite quantitativo del 50 per cento di posti assegnabili mediante stabilizzazione, a cui dovrebbe corrispondere un analogo budget di posti (individuati per singoli livelli giuridico-professionali) da assegnare con una contestuale e parallela procedura concorsuale accessibile all'esterno.

Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4975

Le procedure di stabilizzazione mediante assunzione diretta possono rivolgersi soltanto ai titolari di rapporti di lavoro in senso stretto che determinano l'instaurazione di un rapporto di servizio alle dipendenze dell'amministrazione. Quindi, la volontà del legislatore di "valorizzare la professionalità acquisita con rapporto di lavoro a tempo determinato" non permette di comprendere nella procedura di stabilizzazione mediante accesso diretto di cui all'art. 20, c. 1, d.lgs. n. 75/2017 attività svolta sulla base di contratti per assegni di ricerca o meri contratti d'opera, essendo l'applicazione della disposizione limitata ai soli titolari di contratto di lavoro che determinano l'instaurazione di un rapporto di servizio, con almeno tre anni di servizio. L'attività di ricerca svolta sulla base di contratti per assegno di ricerca assume, invece, rilevanza nella stabilizzazione mediante partecipazione a procedure riservate disciplinate dall'art. 20, c. 2 per la quale il legislatore non manifestava la volontà di valorizzare la professionalità acquisita con una specifica tipologia di contratto, come nel comma precedente, ed ha utilizzato una terminologia più ampia e generica rispetto la fattispecie disciplinata nel primo comma.

Cons. Stato, Sez. V, 6 maggio 2015, n. 2271

Ai sensi dell'art. 63, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, incluse quelle concernenti l'assunzione al lavoro, ad eccezione, in base alla deroga di cui al quarto comma, delle controversie in materia di procedure concorsuali, le quali soltanto sono rimaste devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo; nella nozione di "procedura concorsuale" devono farsi rientrare tutte le sequenze procedimentali, comunque denominate, aperte ai soggetti in possesso di predeterminati requisiti soggettivi e caratterizzate da concorrenzialità fra i partecipanti alla selezione; conseguenzialmente appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario sia le controversie aventi ad oggetto il diritto alla stabilizzazione, che quelle aventi ad oggetto la mobilità esterna (relativa al trasferimento del dipendente pubblico tra enti del medesimo comparto o tra enti di comparti diversi), configurandosi quest'ultima come cessione del contratto di lavoro, che si verifica nel corso di un rapporto di lavoro già instaurato e non determina la costituzione di un nuovo rapporto di pubblico impiego o una nuova assunzione, ma comporta la sola modificazione soggettiva del rapporto di lavoro già in atto.

### *Mobilità*

Cons. Stato, Sez. V, 21 settembre 2020, n. 5490

In tema di copertura dei posti di organico delle pubbliche amministrazioni, l'art. 30, c. 2-*bis*, d.lgs. n. 165/2001 ha introdotto l'obbligo del preventivo esperimento della procedura di mobilità rispetto ad ogni altra procedura concorsuale, con la conseguente assunzione, in via prioritaria, di dipendenti provenienti da altre amministrazioni, mediante inquadramento nell'area funzionale e nella posizione economica corrispondente a quella posseduta presso le amministrazioni di provenienza; ciò significa che, nel vigente quadro ordinamentale, la mobilità è diventata lo strumento privilegiato per soddisfare il fabbisogno ordinario del personale nel settore pubblico.

### *Ammissioni con riserva*

Cons. Stato, Sez. III, 29 ottobre 2019, n. 7410

L'ammissione con riserva alle prove di un concorso, anche quando il concorrente le abbia superate e risulti vincitore del concorso, è un provvedimento cautelare che non fa venir meno l'interesse alla definizione del ricorso nel merito, poiché tale ammissione è subordinata alla verifica della fondatezza delle sue ragioni e, cioè, "con riserva" di accertarne la definitiva fondatezza nel merito, senza, però, pregiudicare nel frattempo la sua legittima aspirazione a sostenere le prove, aspirazione che sarebbe irrimediabilmente frustrata se la sentenza a lui favorevole sopraggiungesse all'esaurimento della procedura concorsuale e fosse quindi, a quel punto, *inutiliter* data, vanificando l'effettività della tutela giurisdizionale.

Cons. Stato, Sez. VI, 31 marzo 2009, n. 1892

Il superamento degli esami di maturità assorbe il giudizio negativo di idoneità espresso dal Consiglio di classe, sospeso in sede giurisdizionale con l'ammissione con riserva del candidato agli esami stessi. Deve infatti ritenersi preminente la considerazione che l'esame di maturità, pur vertendo, all'epoca del giudizio, su di un numero di materie più limitato di quelle prese in considerazione dal Consiglio di classe, ha comportato ugualmente una valutazione globale dello studente, con l'apprezzamento anche del *curriculum* di questi, ivi inclusi i giudizi negativi manifestati dallo stesso Consiglio di classe nella fase prodromica. La commissione d'esame, pertanto, discostandosi, nel caso di specie, dal giudizio di non ammissione, supera ogni diversa valutazione circa la maturità del candidato in questione.

Cons. Stato, Sez. IV, 20 marzo 2009, n. 1698

La sanatoria legale introdotta dall'art. 4 c. 2-*bis*, d.l. 30 giugno 2005, n. 115, in base al quale conseguono ad ogni effetto l'abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati, in possesso dei titoli per partecipare al concorso, che abbiano superato le prove d'esame scritte e orali previste dal bando, anche se l'ammissione alle medesime o la ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela, non è applicabile alle selezioni di stampo concorsuale propriamente detto (nella specie concorso interno per la nomina alla qualifica di vice commissario penitenziario del ruolo direttivo speciale del Corpo di Polizia penitenziaria), e ciò in quanto detta norma, facendo espresso riferimento alla "abilitazione" e al "titolo" riguarda le varie ipotesi di procedimenti finalizzati alla verifica della idoneità dei partecipanti allo svolgimento di una professione il cui esercizio risulti regolamentato nell'ordinamento interno, ma non riservato ad un numero chiuso di professionisti.

Cons. Stato, Sez. IV, 16 settembre 2008, n. 4358

Ai sensi dell' art. 4, c. 2-*bis*, d.l. 30 giugno 2005, n. 115, convertito con modificazioni dalla l. 17 agosto 2005, n. 168, è improcedibile per sopravvenuto difetto d' interesse il ricorso proposto avverso la valutazione negativa delle prove scritte di esame per l' abilitazione all' esercizio della professione di avvocato nel caso in cui il candidato ammesso con riserva per effetto di un provvedimento cautelare del giudice adito, abbia poi superato sia le prove scritte, a seguito del loro riesame da parte della commissione, su disposizione del giudice, sia quelle orali.

