

 **AGI**

Avvocati Giuslavoristi Italiani

Con il patrocinio di:



Regione Umbria
Assemblea legislativa



Provincia di Perugia



Comune di Perugia

**CONVEGNO
NAZIONALE**

**PERUGIA
9-11/06
2016**

LE NUOVE FRONTIERE DEL LAVORO

Il mestiere del giuslavorista ai tempi del jobs act



Art. 63 D. Lgs. 165/2001

Controversie relative ai rapporti di lavoro.

*1. Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, **includere le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti**.....*

*4. **Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi.***

.....



Deroghe alla regola generale della devoluzione al GO sancita dall'art. 63:

- a) Soggettiva** : categorie di dipendenti non toccate dalla privatizzazione;
- b) Oggettiva**: comma 4 ovvero controversie in materia di procedure concorsuali;

La delimitazione della seconda deroga presuppone l'individuazione del concetto di "procedure concorsuali" alla cui chiarezza teorica (v. definizione offerta da Tar Campania, sez. III, 10 maggio 2002, n. 2661) si contrappone un problema ermeneutico consistente nello stabilire, in concreto, quali procedure possano dirsi concorsuali.



A) Delimitazione, in concreto, del concetto di “procedura concorsuale”.

Tema affrontato dalla giurisprudenza in alcune specifiche controversie riconducibili fondamentalmente a tre filoni:

- 1) Concorsi interni**
- 2) Scorrimento delle graduatorie**
- 3) Formazione delle graduatorie scolastiche**

dal cui esame emergerà che il concetto di concorso non è così ben delimitato ma può definirsi “a perimetro variabile”



1) CONCORSI INTERNI:

- a) Non sono procedure concorsuali ma mere progressioni di carriera secondo Cass. SSUU 27 febbraio 2002 n. 2954 (*“la riserva in via residuale alla giurisdizione amministrativa delle controversie in materia di pubblico impiego privatizzato concerne esclusivamente le procedure concorsuali strumentali alla costituzione del rapporto di lavoro e non riguarda i casi in cui il concorso sia diretto non già ad assumere ma a promuovere il personale già assunto”*).
- b) La giurisprudenza amministrativa in questa prima fase è divisa: v. Tar Lombardia Milano 24 febbraio 2005, n. 424 (secondo cui *“non può esservi per i concorsi interni la giurisdizione del GA perché questi mancano del connotato essenziale della pubblicità della procedura”*) in contrapposizione a C.G.A. Regione Sicilia 22 aprile 2002 n. 213 secondo cui *“la giurisdizione del GA sussiste non solo per ciò che concerne i concorsi di prima assunzione ma anche per i concorsi interni riservati a dipendenti dell’Amministrazione”*.



....segue **CONCORSI INTERNI**

c) Il chiarimento viene da Cass. SSUU 15 ottobre 2003, n. 15403 secondo cui il comma 4 dell'art. 63, nel riservare al GA le controversie in materia di procedure concorsuali , fa riferimento non solo *“alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione per la prima volta di un rapporto di lavoro ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore”* (c.d. progressioni verticali).

d) Nonostante tale chiarimento residuano ugualmente delle successive incertezze giurisprudenziali: v. Tar Lazio 4 novembre 2004, n. 12370 secondo cui *“la Cassazione nel parlare di Area o Fascia funzionale non ha inteso compiere una sorta di rinvio alle classificazioni del personale attualmente previste dai contratti collettivi ma piuttosto riferirsi alla qualifica da intendersi come livello funzionale di inquadramento connotato da un complesso coordinato di mansioni”*.



2) SCORRIMENTO DI GRADUATORIE:

- a) Tesi maggioritaria facente capo ai Giudici Ordinari: la graduatoria è atto finale del concorso e la sua gestione si colloca al di fuori della relativa procedura in un momento in cui i soggetti inseriti vantano un vero e proprio diritto all'assunzione spettante alla cognizione del GO (Cass. SSUU 14 maggio 2007, n. 10940).
- b) Tesi contraria sostenuta dai Giudici Amministrativi: la decisione dello scorrimento di graduatoria è atto organizzativo espressione di ampia discrezionalità a fronte della quale la posizione dell'interessato è di interesse legittimo, spettante alla cognizione del GA (Cons. Stato, Sez. IV, 12 settembre 2006, n. 5320)
- c) A seguito del nuovo orientamento della Consulta che, valorizzando i principi costituzionali di cui all'art. 97, opera un'inversione rispetto al sistema precedente ritenendo che il ricorso allo scorrimento della graduatoria sia la regola e l'indizione di un nuovo concorso l'eccezione, i GA mutano il proprio indirizzo originando due distinti orientamenti:



.....segue **SCORRIMENTO DI GRADUATORIE**

--orientamento estremo: in presenza di una graduatoria ancora valida l'idoneo vanta sempre, e non solo quando PA abbia optato per lo scorrimento, un diritto all'assunzione da tutelare davanti al GO (**Tar Lazio, sez. III, 28/7/2015, n. 10375**);

--orientamento moderato: anche a fronte di una graduatoria concorsuale ancora valida la PA mantiene la possibilità di indire un concorso purché dia approfondita motivazione di tale scelta; a fronte di tale scelta il privato è titolare di un interesse legittimo tutelabile davanti al GA (Cons. Stato Ad. Plen., 28/7/2011, n. 14)



d) Un chiarimento viene da Cass. SSUU 6 maggio 2013, n. 10404 secondo cui *“la pretesa allo scorrimento della graduatoria si colloca di per sé fuori dall’ambito della procedura concorsuale ed è di competenza del GO quale controversia relativa al diritto soggettivo all’assunzione..... Quando invece la pretesa al riconoscimento del suddetto diritto sia conseguenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di una nuova procedura concorsuale , la controversia ha per oggetto il controllo giudiziale sulla legittimità della scelta discrezionale operata dalla PA onde la situazione giuridica dedotta in giudizio è di interesse legittimo e la sua tutela demandata al GA”*

e) Nonostante tale chiarimento residuano alcune incertezze sul riparto di giurisdizione: v. il caso deciso da Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3014 in cui il ricorrente lamentava la scelta della PA di scorrere la graduatoria di un concorso precedente anziché indirne uno nuovo. Conclude per la giurisdizione del GO perché la pretesa all’indizione di un nuovo concorso era subordinata alla pretesa, da ritenersi principale, a conseguire l’assunzione mediante lo scorrimento.



3) GRADUATORIE AD ESAURIMENTO:

- a) Secondo i giudici ordinari, *“l’inserimento degli aspiranti in graduatorie ad utilizzazione solo eventuale, con un potere, demandato alla PA solo di accertamento e valutazione tecnica, non costituisce concorso ed è dunque attività soggetta al controllo del GO”* (Cass, SSUU 23/11/2000, n. 1203 e id. 10/11/2010, n. 22805)

- b) I Giudici Amministrativi seguono dapprima l’orientamento opposto ritenendo che la gestione della graduatoria costituisca procedura concorsuale *“sebbene fondata su un riscontro di tipo vincolato in merito alla sussistenza dei presupposti richiesti dalla norma per la produzione di alcuni effetti”* (Cons. Stato, Ad. Plen., 24/5/2007, n. 8) per poi approdare, con Ad. Plen., 12/7/2011 n. 11 a condividere le conclusioni della Suprema Corte in quanto *“nella fattispecie relativa all’inserimento, formazione e aggiornamento delle graduatorie, vengono in rilievo atti che non possono che restare ricompresi tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato, di fronte ai quali sussistono solo diritti soggettivi”*.



....segue **GRADUATORIE AD ESAURIMENTO**

c) Nonostante tale sostanziale “accordo” sono ugualmente residue delle incertezze sulla giurisdizione nei casi in cui vengano in contestazione non tanto la giusta collocazione in graduatoria in base ai requisiti posseduti ma gli atti regolamentari che definiscono le modalità generali di accesso alle graduatorie.

Un primo orientamento dei GGAA afferma che in tali casi sussiste comunque la giurisdizione del GO in quanto gli atti regolamentari vengono in rilievo in via incidentale e pertanto possono essere disapplicati dal GO (**Cons. Stato, Sez. VI, 8/7/2015, n. 3413**).

Il secondo orientamento ritiene che la giurisdizione in tali ipotesi spetti al GA venendo in rilievo “la stessa regola ordinatoria posta a presidio dell’ingresso in graduatoria”, da ritenersi “*atto di macro-organizzazione*” (**Cons. Stato, sez. VI, 17/12/2015, n. 365 e id. 21/4/2016, n. 1573**).



B) Casi in cui, pur a fronte di procedure di assunzione che si configurano formalmente come veri e propri concorsi, **le incertezze giurisprudenziali derivano però dall’aspetto funzionale di tali procedure** essendo dubbia la loro reale strumentalità ai valori costituzionali di cui all’art. 97 Cost.

1) Dirigenza medica:

--per pacifica giurisprudenza la giurisdizione in tema di conferimento di incarichi di dirigente medico di secondo livello (ora di struttura complessa) appartiene al GO poiché *“La procedura per il conferimento dell'incarico di dirigente di secondo livello del ruolo sanitario, ai sensi degli artt. 15 e 15 ter del d.lgs. 20 dicembre 1992, n. 502, non ha natura concorsuale, essendo demandato ad apposita commissione soltanto il compito di predisporre un elenco di candidati idonei (senza attribuzione di punteggi e senza formazione di graduatoria) da sottoporre al direttore generale, il quale conferisce l'incarico con scelta di carattere fiduciario affidata alla propria responsabilità manageriale (Cass., SSUU, 19/7/2011, n. 15764).* Tuttavia soggiunge la Cassazione che laddove siano presenti elementi idonei a ricondurla ad una procedura concorsuale, ancorché atipica, la giurisdizione spetta al GA.



.....segue **Dirigenza medica**

--Nella giurisprudenza amministrativa si registrano attualmente orientamenti contrastanti:

-in alcuni casi il GA ha affermato che *“per individuare la giurisdizione occorre aver riguardo al concreto atteggiarsi della procedura di conferimento; qualora sia stata adottata una scelta di carattere fiduciario, affidata alla discrezionalità ed alla responsabilità del direttore generale.....resta ferma la generale attribuzione al g.o.; viceversa, qualora l'attività preparatoria si sia tradotta in una valutazione di titoli con attribuzione di punteggi e formazione di una graduatoria è ravvisabile la caratterizzazione tipica della procedura selettiva e pertanto sussiste la giurisdizione residua del g.a. prevista dall'art. 63, comma 4”*(cfr. **Cons. Stato 12/9/2014, n. 4658** e conf. Cons. Stato, III, 4 luglio 2014, n. 3403).



....segue Dirigenza medica

--Per altra parte della giurisprudenza amministrativa tuttavia *“l'atto di conferimento dell'incarico di direttore di struttura complessa di cui all'art. 15, comma 7-bis, del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, così come inserito dall'art. 4 del d.l. 13 settembre 2012, n. 158 e convertito in legge dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, continua ad essere espressione di una scelta di carattere fiduciario di tipo negoziale, ancorché avvenga all'esito di una procedura atta a garantire le condizioni di un trasparente ed imparziale esercizio dell'attività amministrativa, in applicazione dei principi fissati dall'art. 97 Cost”*. (Tar Friuli V.G., 23/6/2015, n. 297).



2) S.p.a. pubbliche:

--Cons. Stato, sez. V, 8/6/2015, n. 2794: “Ciò che è essenziale per radicare la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di procedure concorsuali per l’assunzione di personale è la riconducibilità dell’atto o del comportamento all’esercizio di pubblici poteri. Deve escludersi – con riguardo ad una società per azioni di diritto privato soggetta a regole privatistiche (non rilevando in contrario la circostanza di essere partecipata con capitali pubblici e di essere soggetta a varie forme di controllo ed indirizzi pubblici) e non equiparabile ad una pubblica amministrazione - che rientri nell’ambito della giurisdizione del giudice amministrativo la controversia concernente l’assunzione di personale da parte della società stessa ai fini dell’instaurazione di rapporti di lavoro di diritto privato”.



.....segue S.p.a. Pubbliche

--**Cons. Stato, sez. VI, 11/12/2015, n. 5643**: le società *in house* vanno tenute distinte dalle società pubbliche, anche a controllo pubblico totalitario, non equiparabili a PPAA, in quanto le prime, come affermato da **Cass. SSUU 25/11/2013, n. 26283**, hanno forma esteriore di società ma sostanzialmente sono articolazioni sostanziali delle PPAA da cui promanano. Ne discende il necessario *“rispetto del principio di imparzialità amministrativa nell'assunzione (e non la logica imprenditoriale), con connessa giurisdizione del G.A. per le relative contestazioni”*.



C) Casi in cui, ferma la presenza di un concorso in senso formale ed anche sostanziale, le perplessità in ordine al riparto di giurisdizione sono originate dalla tempistica utilizzata da PA per esercizio poteri spettante come autorità che conduce il concorso:

Autotutela avente ad oggetto atti concorsuali ma esercitata dopo la stipula del contratto di lavoro

-Ord. Trib. Perugia 28/4/2015, n. 1625/15: *“spetta al GA la cognizione delle vicende che originano dall’attività svolta dalla PA in veste autoritativa quale soggetto addetto allo svolgimento di una procedura di reclutamento.....tale confine non è ovviamente cronologico ma logico poiché, laddove la PA, nell’esercizio delle generali prerogative di autotutela che le sono proprie, provveda doverosamente a riesaminare l’attività compiuta ritenendola in parte illegittima..... il fatto che tale attività sia svolta dopo l’approvazione definitiva delle graduatorie tanto da produrne una variazione, non ne modifica l’inerenza alla procedura concorsuale, il giudice della quale è e resta il GA”.*



....segue Autotutela

-**Cass. SSUU 15/3/2016, n. 5075** chiarisce comunque che solo laddove tale autotutela si esprima attraverso un formale “contrarius actus” espressione di potere pubblico, allora la giurisdizione è del GA; se invece tale atto manchi, alla volontà della PA di annullare o revocare il Bando non può essere attribuita alcuna efficacia, implicando, il mero comportamento materiale, l’inesistenza del procedimento amministrativo e dunque la giurisdizione del GO.