

COMMENTO ALLA SENTENZA N. 14 DEL 28 LUGLIO 2011
DEL CONSIGLIO DI STATO – ADUNANZA PLENARIA

Il Consiglio di Stato in Adunanza plenaria pone fine, con la sentenza n. 14/2011, ad una controversa e dibattuta disputa giurisprudenziale, relativa alla scelta fra la procedura di scorrimento in graduatorie valide ed efficaci e l'indizione di nuovi concorsi, nell'ambito del reclutamento di personale da impiegare nella pubblica amministrazione in caso di vacanza di posti. La sentenza è molto interessante perché resa con riferimento proprio alle Università.

In particolare secondo il Consiglio di Stato:

- 1) la mancata utilizzazione ad opera dell'art.15, comma 7 del d.P.R. n. 487/94 e delle successive disposizioni in materia della dizione "facoltà", come, invece, nell'art. 8 del D.P.R. n. 3/57, evidenzia l'intento del legislatore di ridurre drasticamente il potere discrezionale delle amministrazioni;
- 2) la vigenza delle graduatorie, conformemente al principio generale di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, risponde alla chiara finalità di contenimento della spesa pubblica, facendo riferimento ai costi derivanti dall'espletamento di nuove procedure concorsuali;
- 3) dal quadro normativo in materia emerge il superamento del tradizionale indirizzo che configura lo scorrimento della graduatoria come istituto eccezionale: lo scorrimento deve essere, invece, considerato quale strumento ordinario di provvista del personale;
- 4) l'esistenza di una graduatoria vigente determina che l'indizione di un nuovo concorso costituisce l'eccezione e richiede un'adeguata ed approfondita motivazione.

La soluzione dell'annosa questione di diritto è scaturita dal ricorso proposto da un gruppo di partecipanti ad una procedura concorsuale indetta dall'Università del Salento, per la copertura di un posto di categoria C presso la direzione amministrativa dell'Università degli studi di Lecce, bandita con decreto dirigenziale n. 84 del 31 dicembre 2002, nella quale gli stessi erano risultati non vincitori ma dichiarati idonei con apposita graduatoria approvata nel 2005 e pubblicata sulla G.U. nel marzo 2006. Nello specifico, ciò che contestavano gli oppositori, chiedendo la riforma della sentenza n. 2574/2009 del Tar Puglia, era l'indizione, dopo la procedura concorsuale alla quale avevano partecipato, di un nuovo concorso, bandito nel 2008 sempre dalla stessa amministrazione, per il reclutamento di unità di personale da inserire nella propria area lavorativa, senza che l'università utilizzasse la procedura di scorrimento della graduatoria nella quale erano inseriti.

La motivazione principale che sorreggeva la domanda degli oppositori, era il riferimento normativo all'art. 35 comma 5 ter del T.U. sul pubblico impiego di cui al decreto n. 165/2001, norma che è stata

introdotta con la legge n. 244/07 ed entrata poi in vigore il 1° gennaio del 2008¹,asserendo altresì che l'amministrazione non aveva motivato la scelta della procedura concorsuale, né del sacrificio imposto alle loro legittime aspettative.

Il Consiglio di Stato, contestando la tesi contraria esposta dall'amministrazione resistente², la quale sosteneva che la legge n. 244/07 si applicasse solo per le graduatorie vigenti o ai concorsi banditi dopo la sua entrata in vigore, esamina in primis dettagliatamente l'art. 35 del Dlgs. 165/2001 comma 5 ter, (introdotto dalla legge n. 244/2007 ed entrata in vigore, come detto, il 1 gennaio del 2008), secondo cui: *"Le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di 3 anni dalla data di pubblicazione. Sono fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali"*. I giudici sostengono come, l'intenzione del legislatore, nella formulazione della suddetta norma, fosse orientata a determinare l'ambito di durata di un determinato effetto giuridico e cioè la vigenza, l'efficacia, la validità, della graduatoria di un concorso. Quello che conta, pertanto, ai fini dell'applicazione della norma, soprattutto dalla lettura testuale dell'inciso *"rimangono vigenti"*, è che ci sia la formazione concreta di una graduatoria, cui collegare l'effetto giuridico della vigenza per un triennio, non rilevando pertanto la circostanza che essa si sia realizzata nell'ambito di procedimenti iniziati o conclusi, prima della sua entrata in vigore. Da ciò se ne evince la tendenza del legislatore a considerare la procedura dello scorrimento delle graduatorie come istituto ordinario ("a regime") delle procedure di reclutamento del personale pubblico.

L'elemento imprescindibile che però, dal punto di vista dell'Adunanza plenaria, deve esser tenuto in considerazione, è che l'ambito temporale di operatività della nuova disciplina deve essere riferito alle sole graduatorie che siano valide ed efficaci al momento dell'entrata in vigore della legge n. 244/2007 in quanto, nel caso contrario, si assisterebbe ad "un'impropria riesumazione" di graduatorie ormai del tutto prive di efficacia; nel caso di cui in specie si tratta, al momento dell'entrata in vigore della disciplina, l'efficacia della graduatoria, approvata nel dicembre 2005, era già venuta meno, in quanto fissata in 24 mesi e, quindi, scaduta nel dicembre 2007³.

¹ L'art. 35 del Dlgs. N. 165/2001 comma 5 ter recita: *"Le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le pubbliche amministrazioni rimangono vigenti per un termine di 3 anni dalla data di pubblicazione. Sono fatti salvi i periodi di vigenza inferiori previsti da leggi regionali"*

² L'Università del Salento sosteneva che, la disciplina concernente l'efficacia triennale delle graduatorie concorsuali, decorrente dalla loro pubblicazione e contenuta nell'art. 35 comma 5 ter del TU sul pubblico impiego, si applicasse solo per il futuro e, quindi, alle procedure concorsuali bandite o quanto meno concluse, dopo la sua entrata in vigore (1 gennaio 2008), pertanto non era applicabile al caso di specie.

³ Regolamento dell'Università del Salento, approvato con deliberazione del Consiglio di amministrazione del 30 ottobre 2001 e poi modificato con decreto rettorale n. 2658 del 31 dicembre 2003, Art. 7: *"L'Amministrazione si riserva la possibilità, nel rispetto dell'equilibrio finanziario di bilancio e dei principi di una corretta ed efficiente gestione delle risorse economiche ed umane, di utilizzare le graduatorie di merito per un periodo non superiore a 24 mesi dalla data di approvazione delle stesse, al fine di costituire ulteriori rapporti di lavoro a tempo indeterminato"*.

Inoltre il Consiglio di Stato si sofferma ad:

- 1) esaminare il rapporto esistente fra le due modalità di reclutamento del personale pubblico, ovvero fra la procedura di scorrimento e l'indizione di un nuovo concorso;
- 2) determinare se, in presenza di graduatorie valide ed efficaci, la scelta con cui la pubblica amministrazione decide di indire un nuovo concorso, debba essere sorretta da una puntuale e specifica motivazione, che illustri da un lato le ragioni della scelta e, dall'altro, che dia conto del sacrificio sofferto da quanti erano risultati idonei e collocati in apposita graduatoria.

Secondo una prima tesi, dominante e definita tradizionale, l'indizione di un nuovo concorso, rappresenta sempre la regola nel reclutamento del personale pubblico, e ciò in ossequio al principio costituzionale di cui all'art. 97 e, pertanto, non richiede alcuna motivazione⁴.

A questa fa seguito una seconda teoria, molto più estremista della prima, la quale non solo ritiene che la scelta di indire un nuovo concorso non abbia bisogno di motivazione, ma ritiene anche che, trattandosi di una scelta discrezionale, sarebbe sottratta anche alla sindacabilità in sede giurisprudenziale. Altra tesi, minoritaria e recente, ritiene invece al contrario che, in caso di indizione di un nuovo concorso, l'amministrazione debba procedere alla motivazione della scelta, anche in virtù degli interessi dei candidati idonei in graduatorie valide⁵: da ciò ne deriva come, l'utilizzazione delle graduatorie, sia da considerare come la regola primaria nel reclutamento del personale in caso di posti vacanti non necessitante di apposita motivazione, mentre, al contrario, l'eventuale indizione di altro concorso, rappresentando l'eccezione, sia invece causa di un obbligo di fornire apposita motivazione. Corollario fondamentale di questa corrente interpretativa è che nei casi in cui vi sia una vacanza di posti, l'amministrazione sarebbe tenuta e vincolata a ricoprirli, utilizzando il procedimento dello scorrimento della graduatoria.

Analogo indirizzo è manifestato dalla giurisprudenza secondo cui, a fronte di una graduatoria valida ed efficace, l'amministrazione (salvo che si tratti di posti di nuova istituzione in pianta organica), non potrebbe trascurare completamente, indicando un nuovo concorso, le posizioni di soggetti idonei collocati in graduatoria valida, quantomeno in carenza di valide ragioni

⁴ Cfr. Consiglio di Stato, V Sezione, 19 novembre 2009 n. 743; V, 19 novembre 2009 n. 8369; IV, 27 luglio 2010 n. 4911.

⁵ Cfr. Consiglio di Stato, V Sezione, 4 marzo 2011 n. 1395; VI, 19 febbraio 2010 n. 668

giustificatrici (TAR Sardegna, 19 ottobre 1999 n. 1228, Tribunale Ordinario Roma, sez. lav. 3 gennaio 2001; TAR Lombardia, 15 settembre 2008 n. 4073; Cass. S.U. n.14529/2003).

Il Consiglio di Stato in Adunanza plenaria, con la sentenza n. 14/2011, aderisce a questa ultima impostazione, e motiva, in modo molto puntiglioso e chiaro, le ragioni che hanno indotto ad abbracciare questo orientamento.

Contestualmente però, l'Adunanza plenaria, non condivide l'idea opposta, quella cioè che vorrebbe l'assegnazione, in capo ai soggetti risultati idonei in graduatorie valide, di un vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione che sorgerebbe per la sola presenza di posti vacanti. Infatti, recita la sentenza: *"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"*.

Si rimarca pertanto come, la fase *dell'an* sia a completa discrezione dell'amministrazione non sussistendo, in capo alla stessa, un vero e proprio obbligo di procedere alla copertura del posto vacante. Ma, qualora l'amministrazione optasse per la copertura del posto, la stessa sarebbe sempre tenuta a motivare la scelta di *come* procedere al reclutamento, dando conto dell'esistenza di graduatorie valide ed efficaci al momento dell'indizione di nuovo concorso, soprattutto in vista del favore che il nostro ordinamento assegna alla procedura dello scorrimento delle graduatorie, procedura che potrebbe essere legittimamente accantonata in presenza di ragioni di interesse pubblico prevalenti che devono, in ogni caso, essere puntualmente enucleate nel bando della procedura concorsuale.

La funzione dell'istituto dello scorrimento delle graduatorie tra l'altro, ha l'importante scopo di contenere i costi che si dovrebbero sostenere, nell'eventualità in cui si decidesse per l'indizione di un nuovo concorso, nonché è sicuramente più rispettosa dei principi di trasparenza e imparzialità.

Tale impostazione si evince, sostiene l'Adunanza plenaria, proprio dall'art. 35 comma 5 ter del T.U. sul pubblico impiego, nel quale ormai è racchiusa una fonte legislativa di rango e portata generale, la cui previsione è perfettamente coerente con il dettato costituzionale di cui all'art. 97 della Costituzione, poiché, *"la decisione di scorrimento, rappresenta un possibile e fisiologico sviluppo di una procedura concorsuale, attuativa dei principi costituzionali, che non può pertanto essere collocata su un piano diverso da quello dell'indizione di un nuovo concorso"*.

Entrambe le procedure si pongono in diretta derivazione del dettato costituzionale e, quindi, devono essere sottoposte alla medesima disciplina anche per ciò che concerne l'obbligo di motivazione. Obbligo quest'ultimo che si pone come imprescindibile nel caso in cui l'amministrazione disponga di una pluralità di opzioni che possono provocare costi economici o quando deve considerare la posizione giuridica di determinati soggetti titolari di aspettative protette dall'ordinamento.

Quindi l'importanza della motivazione rileva sotto un duplice ordine di motivi: evidenzia l'interesse dell'amministrazione sotteso alla scelta compiuta nonché dimostra la puntuale considerazione degli interessi giuridici facenti capo a soggetti collocati in graduatorie valide.

La riconosciuta prevalenza dell'ordinamento alla procedura di scorrimento, non può essere considerata assoluta. Si possono, infatti, prospettare situazioni per cui, il reclutamento del personale, attraverso l'indizione di un nuovo concorso, anziché attraverso lo scorrimento di graduatorie valide, sia pienamente giustificabile e opportuno con un conseguente ridimensionamento dell'obbligo di motivazione. Ad esempio nei casi in cui disposizioni legislative speciali impongano una cadenza periodica del concorso collegata a meccanismi di progressione delle carriere oppure quelle in cui assume rilievo la preminente esigenza di determinare, con procedura concorsuale, la stabilizzazione del personale precario (come nel caso di specie). Dette circostanze sono idonee a giustificare la scelta di bandire un nuovo concorso. Tra l'altro rileva anche l'esatto profilo professionale richiesto per la copertura del posto vacante rispetto a quanto descritto nel bando relativo alla graduatoria valida e preesistente⁶.

<http://www.ipsoa.it/Articoli/link.aspx?ID=1060183&linkparam=In%20Primo%20Piano>

⁶ Nella vicenda in esame i nuovi posti messi a concorso riguardavano le strutture di alcune delle Facoltà universitarie e di altre strutture didattiche dell'Ateneo, mentre la procedura concorsuale approvata nel 2005 era riferita ad un diverso posto, istituito presso la Direzione amministrativa.