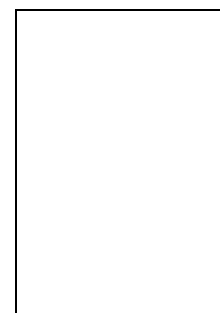


Civile Ord. Sez. L Num. 25210 Anno 2024

Presidente: DI PAOLANTONIO ANNALISA

Relatore: ZULIANI ANDREA

Data pubblicazione: 19/09/2024



ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 10103/2019 R.G. proposto da

- ricorrente -

contro

ASUR Marche – Azienda Sanitaria Unica Regionale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma, piazza di San Bernardo n. 1, presso lo studio dell'avv. Francesco Testi, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Carassai

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 361/2018 della Corte d'Appello di Ancona, depositata il 10.10.2018;

udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 10.9.2024 dal Consigliere Andrea Zuliani.

FATTI DI CAUSA

Il ricorrente si rivolse al Tribunale di Ancona, in funzione di giudice del lavoro, per chiedere l'accertamento del suo diritto all'assunzione da parte dell'ASUR Marche, quale autista di autoambulanze, in esito a una procedura di concorso nella quale egli era risultato idoneo e si era collocato al 13° posto in graduatoria, a fronte di 12 posti messi a concorso. A tal fine, il ricorrente osservava che uno dei 12 concorrenti risultati vincitori aveva poi rinunciato all'assunzione, sicché la sua posizione in graduatoria avrebbe dovuto essere considerata equiparabile, se non altro per scorrimento, a quella dei vincitori.

Instauratosi il contraddittorio, il Tribunale accolse la domanda *in parte qua* (respingendo invece la domanda di condanna dell'Azienda al risarcimento del danno, aspetto sul quale non c'è impugnazione), ma la sentenza venne impugnata davanti alla Corte d'Appello di Ancona, la quale accolse il gravame e, quindi, rigettò la domanda del lavoratore, sul dichiarato presupposto che il concorrente risultato idoneo, ma non vincitore di concorso, non può vantare un diritto soggettivo all'assunzione, perché la pubblica amministrazione ha soltanto la «facoltà», e non l'obbligo, di procedere allo scorrimento.

Per la cassazione della sentenza della Corte d'Appello il lavoratore ha proposto ricorso articolato in sette motivi.

ASUR Marche si è difesa con controricorso, illustrato anche con memoria nel termine di legge anteriore alla data fissata per la camera di consiglio ai sensi dell'art. 380-bis.1 c.p.c.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo di ricorso si denuncia «violazione e falsa applicazione dell'art. 8 d.P.R. 3/1957 in relazione agli artt. 1175, 1336, 1351 e 1375 c.c.».

Il ricorrente si duole che la Corte d'Appello abbia risolto la lite valorizzando soltanto il dato letterale dell'art. 8 del Testo Unico del Pubblico Impiego (d.P.R. n. 3 del 1957), invece di considerare il dovere della pubblica amministrazione di dare esecuzione secondo buona fede al bando di concorso, che rappresenta un'offerta al pubblico e impegnava l'ASUR all'assunzione di 12 autisti, mentre, per la rinuncia di uno dei vincitori, ne furono assunti soltanto 11.

2. Il secondo motivo censura «violazione e falsa applicazione dell'art. 8 d.P.R. 3/1957 in relazione all'art. 35, comma 5^{ter}, d.lgs. n. 165/2001 e agli artt. 1175, 1336, 1351 e 1375 c.c.».

Il ricorrente propone una diversa lettura dell'art. 8 del T.U.P.I. anche alla luce del *favor* per lo scorrimento espresso nell'art. 35, comma 5^{ter}, del d.lgs. n. 165 del 2001.

3. Il terzo motivo ribadisce la denuncia di «violazione e falsa applicazione di norme di diritto e in particolare degli artt. 1175, 1336, 1351 e 1375 c.c.», insistendo ulteriormente sul valore di offerta al pubblico del bando di concorso per la copertura di 12 posti di autista di ambulanza.

4. Con il quarto motivo si denuncia ancora «violazione e falsa applicazione di norme di diritto e in particolare dell'art. 30 del d.lgs. n. 165/2001, anche in relazione all'art. 35, comma 5^{ter}, d.lgs. n. 165/2001 e agli artt. 1175, 1336, 1351 e 1375 c.c.».

In questo caso il ricorrente contesta il giudizio della Corte d'Appello secondo cui la regola dello scorrimento della graduatoria sarebbe da considerare recessiva rispetto all'obbligo della pubblica amministrazione di ricorrere alla mobilità tra diverse amministrazioni di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001.

5. Il quinto motivo censura «omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti quale il fatto che Capannelli Massimo non è un candidato semplicemente idoneo che aspira allo scorrimento in graduatoria ma un vincitore effettivo del concorso in virtù del fatto che rientra tra i primi dodici»

Il motivo presuppone l'affermazione che, in caso di rinuncia di uno dei vincitori di concorso, il subentro del primo idoneo non vincitore immediato non sarebbe un'ipotesi di scorrimento, ma semplicemente il definitivo assestamento della graduatoria.

6. Anche il sesto motivo denuncia «omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti», questa volta con riferimento al «fatto che la legge 208 al 28 dicembre 2015 impositiva dell'obbligo di assumere dipendenti della Croce Rossa per l'ASUR è intervenuta due anni dopo i fatti oggetto di causa».

7. Infine, il settimo motivo prospetta la «violazione dell'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale (preleggi) in forza del quale "la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo [art. 25² Cost.]"».

8. Tutti i motivi meritano una considerazione unitaria, in quanto pongono, in diversi modi, sostanzialmente le medesime questioni.

8.1. Il ricorrente sostiene, innanzitutto, che egli, in quanto idoneo collocato al 13° posto della graduatoria, avrebbe dovuto essere considerato vincitore di concorso – e, quindi, titolare di un diritto soggettivo all’assunzione – perché uno dei primi 12 collocati in graduatoria rinunciò all’assunzione, sicché, all’esito della procedura attivata per coprire 12 posti, furono assunti soltanto 11 autisti.

In sostanza, in via principale il ricorrente non invoca lo scorrimento della graduatoria, ma afferma di essere anch’egli vincitore di concorso.

8.1.1. La tesi del ricorrente non può essere condivisa, perché contrasta con il dato normativo desumibile dall’art. 8 del T.U. approvato con d.P.R. n. 3/1957 che la Corte d’Appello ha posto a fondamento della sua decisione e di cui nel ricorso si denuncia infondatamente la violazione.

In base all’art. 8 del T.U., «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».

La «rinuncia» dei vincitori è dunque accomunata alla «decadenza» e alle «dimissioni» nel determinare l’effetto del sorgere della «facoltà» della pubblica amministrazione di procedere allo scorrimento della graduatoria. Sul piano della pura logica astratta sarebbe stato possibile distinguere le tre

ipotesi, posto che la «rinuncia» determina la mancata assunzione di uno dei vincitori, la «decadenza» implica il venir meno dell'assunzione per la successiva verifica della mancanza dei suoi presupposti e le «dimissioni» comportano soltanto la risoluzione di un contratto di lavoro validamente instaurato.

Ma non è stata questa la scelta del legislatore, che ha invece equiparato le tre situazioni, in tal modo chiaramente identificando i vincitori di concorso con i soli soggetti utilmente collocati nella graduatoria finale e affidando in ogni caso allo scorrimento, e all'esercizio della relativa facoltà, l'eventuale assunzione degli altri concorrenti risultati idonei.

8.1.2. Quantunque sia la sentenza, sia il ricorso facciano riferimento al citato art. 8 del T.U., è doveroso rilevare che non è questa la disposizione normativa direttamente applicabile nel caso di specie, perché la «disciplina concorsuale del personale non dirigenziale del Servizio sanitario nazionale» è contenuta nel d.P.R. n. 220 del 2001.

Ciò, peraltro, non modifica i termini della questione, perché l'art. 18 di quel d.P.R. dispone, al comma 3, che «Sono dichiarati vincitori, nei limiti dei posti messi a concorso, i candidati utilmente collocati nella graduatoria di merito ...». Dunque, anche in questo ambito, la categoria dei «vincitori» è definita con riguardo all'approvazione della graduatoria e all'utile collocamento della stessa.

Anche l'art. 18 del d.P.R. n. 220 del 2001 aggiunge, al comma 7, che «La graduatoria degli idonei rimane efficace per un termine di ventiquattro mesi dalla data di pubblicazione per eventuali coperture di posti per i quali il concorso è stato bandito ovvero di posti della stessa categoria e profilo professionale che

successivamente ed entro tale termine dovessero rendersi disponibili ...».

Un'unica disposizione si riferisce indistintamente alle coperture sia «di posti per i quali il concorso è stato bandito», sia «di posti della stessa categoria e profilo professionale che successivamente ... dovessero rendersi disponibili». Il che conferma che, in entrambi i casi, l'eventuale copertura dei posti avviene mediante lo scorrimento della graduatoria e, quindi, previo esercizio, da parte della pubblica amministrazione, della relativa «facoltà» di ricorrere allo scorrimento.

8.2. In via alternativa rispetto all'affermazione di essere vincitore di concorso, il ricorrente sostiene che la pubblica amministrazione, a fronte della rinuncia di uno dei vincitori, era obbligata a ricorrere allo scorrimento, dovendo comportarsi secondo buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) nell'adempimento di quanto previsto nel bando di concorso, da considerare alla stregua di un'offerta al pubblico (art. 1336 c.c.).

8.2.1. Anche sotto questo profilo il ricorso è infondato, dovendosi ribadire quanto questa Corte ha già statuito decidendo un caso analogo, in cui la pubblica amministrazione aveva deciso di ricorrere allo scorrimento, ma il rapporto di lavoro costituito con il primo candidato idoneo non vincitore era poi cessato per l'invalidità del titolo di studio. A quel punto, il secondo candidato idoneo non vincitore aveva rivendicato il diritto all'assunzione, rilevando che la pubblica amministrazione aveva ormai effettivamente esercitato la facoltà di ricorrere allo scorrimento, sia pure individuando un altro candidato.

Ma anche in quella situazione è stato tenuto fermo che, in tema di pubblico impiego contrattualizzato, nell'ipotesi di

rinuncia, decadenza o dimissioni del candidato individuato all'esito dello scorrimento della graduatoria di un concorso ancora efficace, la pubblica amministrazione non ha l'obbligo di procedere ad ulteriore scorrimento della graduatoria medesima, al fine di coprire i posti restati vacanti, in quanto la precedente deliberazione di utilizzare la graduatoria ha esaurito i suoi effetti con l'individuazione del candidato, sicché, per procedere ad ulteriori assunzioni in ruolo, occorre una nuova manifestazione di volontà della stessa pubblica amministrazione (Cass. n. 31427/2021).

8.2.2. La scelta del legislatore nel senso del carattere facoltativo del ricorso allo scorrimento non è stata modificata dall'art. 35, comma 5-ter, del d.lgs. n. 165 del 2001, secondo cui «Le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di due anni dalla data di approvazione». La norma si limita a stabilire il termine di tempo entro il quale le graduatorie di concorso possono essere utilizzate per lo scorrimento, senza incidere sulla regola che assegna alla pubblica amministrazione la mera «facoltà» – e non l'obbligo – di utilizzare lo scorrimento.

In ogni caso, il *favor* della legge per lo scorrimento può valere solo in confronto alla scelta alternativa di bandire un nuovo concorso mentre è ancora efficace la graduatoria del concorso già effettuato; non certo rispetto ad altre alternative, quali la scelta di non coprire il posto o quella di ricorrere alla mobilità, entrambe altrettanto incompatibili con l'attribuzione al concorrente idoneo non vincitore di un diritto soggettivo all'assunzione.

8.2.3. Naturalmente la facoltà di scegliere tra ricorrere o meno allo scorrimento non può essere affidata al mero arbitrio della pubblica amministrazione. Ma i limiti alla discrezionalità amministrativa non vanno ricercati nella necessità di soddisfare quella che, in capo all'ideoneo non vincitore, è una mera aspettativa, bensì nel rispetto del principio di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) e delle norme in materia di reclutamento nel pubblico impiego, anche sopravvenute rispetto all'epoca di indizione del concorso.

In tal senso, la Corte d'Appello ha evidenziato la rilevanza dell'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dalla legge n. 246 del 2005 (e, quindi, ancor prima dell'indizione del concorso per cui è causa), che sancisce il principio della prevalenza del passaggio diretto di personale tra diverse amministrazioni, rispetto allo scorrimento delle graduatorie ancora vigenti (v., in termini, Cass. n. 12559/2017).

Viene quindi ribadito, anche per altra via, che la pubblica amministrazione non è obbligata a ricorrere allo scorrimento e che, parallelamente, il candidato idoneo non vincitore non può vantare un diritto soggettivo all'assunzione per il solo fatto che il bando prevedeva il reclutamento di 12 autisti e che, all'esito del concorso, ne vennero assunti soltanto 11.

8.3. Con particolare riguardo al quinto motivo di ricorso, è facile rilevare che l'affermazione secondo cui il ricorrente è «vincitore effettivo del concorso in virtù del fatto che rientra tra i primi dodici» non descrive un fatto – di cui si possa ipotizzare un omesso esame da parte del giudice di merito – ma esprime un giudizio in diritto, sulla cui infondatezza si è già scritto sopra.

Con riferimento agli ultimi due motivi, che lamentano l'applicazione retroattiva della legge n. 208 del 2015 e la conseguente violazione dell'art. 11 delle preleggi, basterà osservare che la motivazione della sentenza impugnata non si fonda assolutamente sull'applicazione di tale legge, che viene menzionata soltanto nella parte narrativa in cui si descrivono i motivi d'appello.

9. Respinto il ricorso principale, si ravvisano i presupposti per la compensazione delle spese legali relative al presente giudizio di legittimità, in considerazione dell'originaria incertezza della disciplina legislativa, la cui chiara interpretazione in senso sfavorevole al ricorrente in un'ipotesi del tutto analoga è intervenuta, in sede di legittimità, soltanto successivamente al deposito del ricorso (Cass. n. 31427/2021).

10. Si dà atto che, in base all'esito del giudizio, sussiste il presupposto per il raddoppio del contributo unificato ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002.

P.Q.M.

La Corte:

respinge il ricorso e compensa le spese legali relative al giudizio di legittimità;

ai sensi del d.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-*quater*, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso, a norma dell'art. 13, comma 1-*bis*, del citato d.P.R., se dovuto.

Così deciso in Roma, il 10.9.2024.