



R. G. n° 1648/2018

TRIBUNALE DI TARANTO
SEZIONE LAVORO

Repubblica Italiana
In nome del Popolo Italiano

Il Tribunale, in funzione di Giudice del Lavoro, in composizione monocratica nella persona del dott. Cosimo MAGAZZINO, ha pronunciato la seguente

Sentenza

nella causa per controversia *di lavoro* promossa da:

SEMERARO Tommaso

con l'avv. Carla NATALICCHIO

- Ricorrente -

contro

"COMUNE DI MASSAFRA", in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappr e dif. dall'avv. Annalisa DE TOMMASO

- Convenuto -

OGGETTO: "ASSUNZIONE PER SCORRIMENTO GRADUATORIA CONCORSUALE"

Fatto e diritto

Con ricorso depositato il 22 febbraio 2018 **Tommaso SEMERARO** ha chiesto al Giudice del lavoro di Taranto di accertare e dichiarare il suo asserito **diritto** ad essere **assunto** dal COMUNE DI MASSAFRA, essendo collocato quale idoneo in posizione immediatamente utile all'assunzione nella graduatoria approvata con DETERMINA DIRIGENZIALE N° 452/11 (per la copertura di posti a tempo pieno ed indeterminato di AGENTI DI P.M. - CAT. C, bandito con DETERMINA DIRIGENZIALE N° 342/11), dalla quale la P.A. convenuta aveva assertivamente deciso di attingere per scorrimento (previo esperimento, con esito negativo, della mobilità volontaria ed obbligatoria), giusta DELIBERA del CONSIGLIO COMUNALE N° **20** del 31 marzo **2017**. Consequentemente, chiedeva dichiararsi costituito il contratto ed il relativo rapporto di lavoro con decorrenza 1° dicembre 2017 (o con quella ritenuta di giustizia) e condannarsi il COMUNE a risarcirgli i danni assertivamente cagionatigli a causa della mancata tempestiva assunzione.

Sosteneva il ricorrente, in sintesi, che a seguito della suddetta DELIBERA N° 20/17 (con cui era stato approvato il DOCUMENTO UNICO DI PROGRAMMAZIONE,



anche relativamente al FABBISOGNO DEL PERSONALE), l'AMMINISTRAZIONE convenuta si fosse ormai **definitivamente vincolata** ad assumerlo, sussistendo quindi il suo **pieno diritto soggettivo** alla stipulazione del contratto ed alla instaurazione del rapporto di lavoro, essendo di converso **non ostante** la sopravvenuta **DELIBERA DI GIUNTA COMUNALE N° 258** del 12 dicembre 2017, con la quale (in seguito alla nota del SINDACO n° 42746 del 27 novembre 2017, e pure a fronte di un parere tecnico sfavorevole espresso il 6 dicembre 2017 dal DIRIGENTE della RIPARTIZIONE RISORSE UMANE) il **PIANO DEL FABBISOGNO DEL PERSONALE** già approvato con la DELIBERA N° 20/17 era stato **modificato**, essendosi in particolare **espunta** la prevista assunzione di N° 1 UNITÀ LAVORATIVA – CAT. C – nel PROFILO PROFESSIONALE di AGENTE DI POLIZIA LOCALE (a cui si riferiva la domanda).

Il **COMUNE DI MASSAFRA** si è (tempestivamente) costituito eccependo preliminarmente il **difetto di giurisdizione** della AUTORITÀ GIUDIZIARIA ORDINARIA, trattandosi di controversia da attribuire alla cognizione del GIUDICE AMMINISTRATIVO (che, infatti, il SEMERARO aveva anche provveduto a interpellare, avendo già proposto ricorso al T.A.R. di LECCE con il quale aveva chiesto l'annullamento della DELIBERA DI GIUNTA COMUNALE N° 258 del 12 dicembre 2017, della nota del SINDACO n° 42746 del 27 novembre 2017 e della presupposta ulteriore nota del SINDACO n° 27636 del 31 luglio 2017).

In ogni caso, **nel merito**, contestava la fondatezza della domanda deducendo che l'assetto organizzativo sulla base del quale era stata emessa la precedente DELIBERA N° 20/17 era stato successivamente mutato dalla P.A., alla stregua di valutazioni discrezionali conseguenti soprattutto alle decisioni di aderire al piano di stabilizzazione dei LSU/LPU e di internalizzare il SERVIZIO TRIBUTI MINORI (giusta anche la DELIBERAZIONE del CONSIGLIO COMUNALE N° 97 del 30 NOVEMBRE 2017).

Acquisita la documentazione prodotta, all'udienza odierna i procuratori delle parti hanno dato luogo alla discussione orale, al cui esito il giudice ha deciso la controversia come da dispositivo.

Si precisa che il presente giudizio è soggetto alle nuove regole processuali



introdotte con la legge 18 giugno 2009 n° 69, quindi anche alla disciplina relativa alla motivazione dei provvedimenti giurisdizionali di cui al testo novellato dell'art. 118 disp. att. cpc. (cfr. CASS. LAV. 22 MAGGIO 2012 N° 8053 e CASS. LAV. 11 FEBBRAIO 2011 N° 3367). Devono altresì intendersi integralmente richiamati i principi di diritto enucleati dalle SEZIONI UNITE della SUPREMA CORTE nella SENTENZA N° 642 del 16 GENNAIO 2015, sempre in tema di motivazione.

Preliminarmente, si rileva che la prospettazione attorea risulta **basata - in via esclusiva** - sulla **DELIBERA del CONSIGLIO COMUNALE N° 20 del 31 marzo 2017**, sostenendo il ricorrente che, in seguito ad essa, l'AMMINISTRAZIONE convenuta si fosse ormai **definitivamente vincolata** ad assumerlo, sussistendo quindi il suo **pieno diritto soggettivo** alla stipulazione del contratto ed alla instaurazione del rapporto di lavoro, essendo di converso assertivamente **non ostativa** la sopravvenuta **DELIBERA DI GIUNTA COMUNALE N° 258 del 12 dicembre 2017**.

In questi limiti, può ritenersi sussistente la **giurisdizione** della AUTORITÀ GIUDIZIARIA ORDINARIA, poiché si intende far valere il proprio asserito **diritto alla assunzione** che - ovviamente secondo la prospettazione attorea - deriverebbe ex se ed irreversibilmente dalla **DELIBERA N° 20/17**.

Opina tuttavia il TRIBUNALE che tale domanda, nei limiti in cui è stata formulata in questa sede, sia **infondata** e debba pertanto essere **rigettata**.

Occorre **in primo luogo** rilevare che - secondo ormai pacifico orientamento ermeneutico di legittimità - nel pubblico impiego privatizzato l'utilizzo del c.d. "**scorrimento della graduatoria**", nel rispetto dei principi fissati dall'art. 35 del d.lgs. n. 165 del 2001, **presuppone l'esistenza di posti vacanti disponibili** in riferimento alla specificazione lavorativa alla quale si riferisce la procedura concorsuale già espletata (ed ai requisiti attitudinali e professionali che la stessa richiede: cfr. *ex plurimis* CASS. LAV. 21 MARZO 2018 N° 7054), nonché l'avvenuta manifestazione della **scelta** dell'amministrazione di **utilizzare** le graduatorie degli idonei "per scorrimento", la quale postula sempre l'esercizio prioritario di una **discrezionalità** della P.A. nel coprire il



posto o la posizione disponibile (ove un obbligo in tal senso non sia contemplato dalla contrattazione collettiva o dal bando: cfr. *ex multis* CASS. LAV. 12 FEBBRAIO 2018 N° 3332).

Orbene, già in relazione a tali indefettibili presupposti, occorre rilevare che nella DELIBERA del CONSIGLIO COMUNALE N° 20 del 31 marzo 2017 una tale scelta risulta non inequivocabilmente espressa poiché, nella NOTA DI AGGIORNAMENTO al DOCUMENTO UNICO DI PROGRAMMAZIONE che con essa si approvava, al punto 3.2 ("PROGRAMMAZIONE DEL FABBISOGNO DI PERSONALE"), esattamente nel prospetto incluso nell'ALLEGATO A, relativo al "PIANO DELLE ASSUNZIONI A TEMPO INDETERMINATO" (v. pag. 215), in riferimento alla posizione lavorativa cui riferisce la domanda attorea ("N° 1 UNITÀ CATEGORIA C - PM"), nella colonna "MODALITÀ DI ASSUNZIONE" è dato leggere: "Procedura concorsuale, previo esperimento mobilità volontaria e obbligatoria e verifica possibilità scorrimento graduatoria".

Sembra quindi trattarsi di una mera deliberazione "preliminare" che - in riferimento al fabbisogno di personale sì come all'epoca individuato - dovesse necessariamente essere integrata da una successiva determinazione che esprimesse la conclusiva scelta in ordine all'utilizzo o meno della graduatoria ancora in corso di validità: decidere di attuare una "verifica possibilità scorrimento graduatoria" risulta, invero, determinazione ben diversa da quella che esprima in maniera inequivocabile e risolutiva la scelta (discrezionale) dell'amministrazione di utilizzare effettivamente la graduatoria degli idonei "per scorrimento".

Ed una tale scelta non risulta sia stata assunta, nel caso di specie, dal COMUNE convenuto, successivamente alla DELIBERA N° 20/17.

Ma anche volendo pretermettere tali considerazioni e, quindi, dando per scontato che la P.A. convenuta avesse espresso, nella DELIBERA N° 20/17, la propria scelta di utilizzare la graduatoria degli idonei "per scorrimento", la domanda risulterebbe nondimeno inaccoglibile.

Deve infatti rilevarsi che - certamente, secondo gli ormai pacifici e condivisibili arresti della SUPREMA CORTE - la decisione della pubblica amministrazione di





coprire un determinato numero di posti vacanti utilizzando una graduatoria rimasta efficace (per posti non solo vacanti, ma anche disponibili, sulla base di apposita determinazione), una volta assunta, vincola l'amministrazione a darvi corso, sicché si configura, in capo al candidato utilmente collocato nella graduatoria finale, un diritto allo "scorrimento" della graduatoria del concorso espletato e, quindi, il "diritto all'assunzione" (salva la possibilità dell'ente pubblico di dimostrare, ex art. 1218 c.c., l'impossibilità della prestazione derivante da causa ad esso non imputabile: cfr. CASS. LAV. 2 NOVEMBRE 2017 N° 26104 e le altre ivi citate).

Tuttavia, la stessa giurisprudenza di legittimità precisa che tale diritto dell'idoneo utilmente collocato nella graduatoria è subordinato alla permanenza, al momento dell'adozione del provvedimento di nomina, dell'assetto organizzativo degli uffici in forza del quale la delibera di scorrimento era stata emessa, verificandosi dunque una sorta di "affievolimento" di tale diritto in ragione di circostanze preclusive di natura normativa, organizzativa o finanziaria, come ad esempio eventi sopravvenuti (atti a giustificare una modifica dell'assetto preesistente, venendo quindi meno la necessità di incremento del personale), ovvero altre specifiche ragioni tali per cui la precedente delibera fosse carente dei presupposti per essere legittimamente assunta, ovvero modifiche normative, intervenute medio tempore, tali da impedire di procedere alle ulteriori assunzioni (cfr. CASS. LAV. 20 GIUGNO 2016 N° 12679, richiamata dalla già citata CASS. 26104/17): con l'ulteriore puntualizzazione che la determinazione (discrezionale) di assumere gli idonei presenti nelle graduatorie deriva da (e quindi esprime) scelte di macro-organizzazione dell'ENTE PUBBLICO.

Pertanto, nel caso di specie, è evidente che - contrariamente a quanto prospettato dall'attore - lungi dall'essere non ostativa, risulta invece assolutamente preclusiva (rispetto al diritto rivendicato in questa sede) la sopravvenuta DELIBERA DI GIUNTA COMUNALE N° 258 del 12 dicembre 2017, con la quale (in seguito alla nota del SINDACO n° 42746 del 27 novembre 2017) il PIANO DEL FABBISOGNO DEL PERSONALE già approvato con la DELIBERA N° 20/17 è stato modificato, essendosi in particolare espunta la prevista assunzione di N°



1 UNITÀ LAVORATIVA – CAT. C – nel PROFILO PROFESSIONALE di AGENTE DI POLIZIA LOCALE (a cui si riferiva la domanda), sulla base anche della DELIBERAZIONE del CONSIGLIO COMUNALE N° 97 del 30 NOVEMBRE 2017.

Poiché, dunque, attualmente ma anche al momento della instaurazione del presente giudizio, l'assetto organizzativo degli uffici, in forza del quale era stata emessa la delibera n° 20/17, risulta radicalmente modificato, essendo stato eliminato il posto vacante disponibile in riferimento alla specifica posizione lavorativa alla quale si riferisce la procedura concorsuale de qua, non appare comunque configurabile in capo all'attore alcun diritto soggettivo all'assunzione.

oooooooooooooooooooo

Solo per completezza motivazionale, peraltro, si rileva - quanto alla eventuale censura attorea attinente alla ipotizzata illegittimità della sopravvenuta DELIBERA DI GIUNTA COMUNALE N° 258 del 12 dicembre 2017 - che trattasi all'evidenza di questione (essa sì) estranea alla cognizione di questo giudice, dovendo essere devoluta (come, in effetti, già è stata devoluta dallo stesso SEMERARO, avendo egli all'uopo proposto ricorso al T.A.R. di LECCE, notificato al COMUNE in data 23 febbraio 2018) alla cognizione del GIUDICE AMMINISTRATIVO.

Risulta infatti pacifico orientamento ermeneutico di legittimità quello secondo il quale: "In tema di pubblico impiego contrattualizzato, è devoluta al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, la controversia relativa al cd. scorrimento delle graduatorie dei concorsi, quando la pretesa al riconoscimento del diritto all'assunzione sia consequenziale alla negazione degli effetti di un provvedimento amministrativo" (sic CASS. SS.UU. 20 OTTOBRE 2017 N° 24878: nella specie, il posto cui la parte ricorrente aspirava, a seguito della rinuncia del vincitore del concorso e dello scorrimento della graduatoria, era stato dall'Amministrazione dapprima assegnato fiduciarmente a termine e poi soppresso; la S.C. ha enunciato il principio di cui in massima, ritenendo che l'AMMINISTRAZIONE avesse in tal modo esercitato il proprio potere discrezionale di autorganizzazione e che la situazione giuridica dedotta in giudizio appartenesse alla categoria degli interessi legittimi).

Emesso Da: MAGAZZINO COSIMO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial# 112167



Negli stessi termini, si segnala *ex plurimis* CASS. SS.UU. 20 DICEMBRE 2016 N° 26272, secondo cui: "In tema di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a procedure concorsuali nell'ambito del pubblico impiego cd. privatizzato, la cognizione della domanda, avanzata dal candidato utilmente collocato nella graduatoria finale e riguardante la pretesa allo scorrimento della graduatoria del concorso espletato, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, facendosi valere, al di fuori dell'ambito della procedura concorsuale, il diritto all'assunzione. **Ove, invece**, - come nel caso di specie, avendo il ricorrente **censurato la scelta dell'ente pubblico territoriale** di coprire il posto di vice comandante del corpo di polizia urbana non mediante scorrimento della graduatoria del precedente concorso, bensì con altra procedura - la pretesa al riconoscimento del suddetto diritto sia **conseguenziale alla negazione degli effetti del provvedimento** che, per coprire i posti resisi vacanti, indice una diversa procedura (nella specie, quella del concorso interno), anziché avvalersi dello scorrimento della graduatoria di altro precedente concorso, si è in presenza d'una **contestazione che investe l'esercizio del potere dell'amministrazione**, cui corrisponde una situazione di **interesse legittimo**, tutelabile innanzi al **giudice amministrativo** ai sensi dell'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001" (conforme CASS. SS.UU. 29 DICEMBRE 2016 N° 27460 che, a sua volta, richiama Cass. SU 16 NOVEMBRE 2009, N. 24185; Cass. SU 2 SETTEMBRE 2010, N. 19006; Cass. SU 9 FEBBRAIO 2011, N. 3170; Cass. SU 13 GIUGNO 2011, 12895; Cass. SU 7 LUGLIO 2011 N. 14955; Cass. SU 31 OTTOBRE 2012 N. 18697; Cass. SU 6 MAGGIO 2013, N. 10404; Cass. SU 28 MAGGIO 2013, N. 13177).

Né potrebbe opinarsi che, in casi siffatti, il sindacato giurisdizionale sulla congruità e correttezza della scelta operata dalla P.A. possa essere esercitato (anche) dal GIUDICE ORDINARIO, mediante la c.d. "**disapplicazione**" (che, peraltro, nella fattispecie in esame **nemmeno** è stata espressamente **richiesta** da parte ricorrente: cfr. CASS. LAV. 16 APRILE 2010 N° 9178).

Deve infatti ritenersi che il **potere di disapplicazione** del **giudice ordinario** **presuppone** la deduzione di un **diritto soggettivo su cui incide il**



provvedimento amministrativo, e **non** una situazione giuridica suscettibile di assumere la consistenza di diritto soggettivo solo all'esito della rimozione di un provvedimento di macro-organizzazione (sic CASS. SS.UU. 27 FEBBRAIO 2017 N° 4881): e sulla natura di atto di macro-organizzazione della determinazione (discrezionale) di assumere gli idonei presenti nelle graduatorie, si rinvia alla già citata CASS. LAV. 20 GIUGNO 2016 N° 12679.

Tanto è stato affermato dalla SUPREMA CORTE **anche** in relazione all'asserito diritto allo **scorrimento** di una graduatoria concorsuale, avendo, in particolare, la già citata CASS. SS.UU. 20 OTTOBRE 2017 N° 24878 precisato che: "... È **escluso** che il giudice ordinario possa concedere tutela mediante **disapplicazione** delle delibere con cui l'amministrazione abbia deciso di coprire diversamente (o non coprire affatto) una data posizione lavorativa, secondo la previsione dello stesso art. 63, comma 1, atteso che il potere di disapplicazione del giudice ordinario presuppone proprio che la controversia cada sopra un diritto soggettivo sul quale incide un atto amministrativo oggetto di cognizione incidenter tantum. È, infatti, questo lo schema chiaramente presupposto dalla legge, là dove esprime la regola secondo cui l'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo (v., ancora, art. 63 d.lgs. n. 165 del 2001), regola che si inserisce coerentemente nel sistema per la radicale diversità delle controversie pendenti dinanzi ai giudici di diverso ordine (l'una sull'atto, l'altra sul rapporto). ...".

Ed anche CASS. LAV. 7 OTTOBRE 2015 N° 20079 ha rimarcato che, allorché si invochi il proprio asserito diritto all'assunzione in forza dello "scorrimento" della graduatoria, **conseguenzialmente** alla **negazione** degli **effetti** di un provvedimento amministrativo, si chiede una tutela nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, tutela che deve essere accordata dal giudice amministrativo, restando **escluso** che possa essere concessa mediante **disapplicazione** nel giudizio ordinario, siccome il potere di disapplicazione del giudice ordinario presuppone che la controversia cada sopra un diritto soggettivo sul quale incide un atto amministrativo oggetto di cognizione *incidenter tantum*, essendo dunque **non**



configurabile quando il provvedimento amministrativo non viene in considerazione quale atto presupposto della gestione del rapporto giuridico, bensì quale **oggetto diretto e immediato** della **pretesa**, posto che la situazione di **diritto soggettivo** potrebbe **scaturire soltanto** dalla sua **previa rimozione**.

Infine è appena il caso di rilevare che, ovviamente, **non** essendo stata accertata la sussistenza, in capo al ricorrente, dell'asserito **diritto alla assunzione, alcun inadempimento** può essere imputato al convenuto COMUNE, sicché **anche** la **domanda risarcitoria** deve essere **conseguentemente rigettata**: non è configurabile, infatti, **la risarcibilità di un mancato diritto** perché **manca il presupposto** stesso della tecnica risarcitoria, che è quello di ripristinare, attraverso la restaurazione dell'ordine giuridico violato, la situazione soggettiva che, garantita da una norma giuridica, venga in concreto a subire una lesione (v. CASS. LAV. 20 GIUGNO 2012 N° 10127, in motivazione).

In conclusione, le ragioni sopra evidenziate determinano l'integrale **rigetto** del ricorso. Le **spese** possono essere nondimeno compensate, avuto riguardo alla **novità** della questione (principale) trattata.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, così provvede:

1. **rigetta** il ricorso;
 2. **spese** compensate;
 3. ai sensi dell'art. 429, co. 1, cpc. (nel testo riformulato dall'art. 53 del D. L. 25 giugno 2008 n° 112, conv. con modif. dalla L. 6 agosto 2008 n° 133), fissa il **termine** di giorni **trenta** per il deposito della sentenza.
- Così deciso in Taranto, **6 luglio 2018**.

IL TRIBUNALE - GIUDICE DEL LAVORO
(dott. Cosimo MAGAZZINO)