

TRIBUNALE DI PISA

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Giudice addetto alle cause di lavoro del Tribunale di Pisa in composizione monocratica, dr. Fausto Nisticò, ha emesso la seguente

SENTENZA

Nella causa di lavoro iscritta al n.0858/2002 r. g. c. decisa all'udienza del 2.12.2003 e promossa

da

AM, elettivamente domiciliata in Pisa presso lo studio degli avv.ti DP, L e S che la rappresentano e difendono per procura nel ricorso introduttivo.

CONTRO

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, della RICERCA e dell'UNIVERSITA', in persona del Ministro pro tempore, domiciliato per legge presso l'avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze e dalla medesima rappresentato e difeso.

Oggetto: categoria e qualifica.

I procuratori delle parti hanno concluso come da rispettivi atti introduttivi.

Svolgimento del processo

Richiesta ed ottenuta la tutela cautelare, con ricorso 31 luglio 2002, la dr. MA esprimeva di aver superato il concorso per titoli ed esami a 17 posti di Dirigente Amministrativo presso il Ministero dell'Istruzione, collocandosi al 42° posto della graduatoria approvata con d.d.g. 15 luglio 1999. In epoca successiva lo stesso Ministero bandiva ed espletava altri due concorsi per la medesima qualifica. Con provvedimento del marzo 2001 il Ministero deliberava di attingere dalle graduatorie aperte per coprire i posti vacanti in organico, tuttavia disponendo che si attingesse pro quota dalle graduatorie delle tre procedure. In tal modo la dr. A veniva pretermessa, mentre non lo sarebbe stato se il datore di lavoro avesse operato lo scorrimento sulla graduatoria di competenza, fino ad esaurire i posti da coprire. Ritenendo violati i criteri di cui all'art. 97 Cost. (imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione), la ricorrente chiedeva la condanna del datore di lavoro ad assegnarla ad un posto dirigenziale.

Parte datoriale resisteva in giudizio chiedendo che il contraddittorio venisse esteso anche ai controinteressati e comunque eccependo preliminarmente il

difetto di giurisdizione del Tribunale in favore del giudice amministrativo. Nel merito concludeva per il rigetto della domanda.

All'udienza del 2.12.2003, sulle conclusioni delle parti, la causa veniva discussa e decisa come da dispositivo del quale veniva data pubblica lettura.

Motivi della decisione

Sulla giurisdizione è opinione del Tribunale che l'eccezione sollevata dal Ministero convenuto sia priva di fondamento. La materia risulta oggi regolata dall'art. 63 del t.u. n. 165/2001 il quale dispone da un lato per la sussistenza della giurisdizione ordinaria in tutte le controversie relative a rapporti di lavoro, ancorché vengano in considerazione atti presupposti e dall'altro per la giurisdizione del giudice amministrativo quando la controversia verta su "*procedure concorsuali per l'assunzione dei pubblici dipendenti*".

La norma è strutturata secondo lo schema normativo della regola e dell'eccezione ed in tal senso, stante il generale progetto di privatizzazione del rapporto di lavoro del pubblico impiegato e le finalità enunciate (art. 1 d.lgs. n. 165/2001) l'eccezione, da leggersi secondo il criterio della tassatività ai sensi dell'art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale ("*le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*"), è costituita dalla previsione relativa alla giurisdizione amministrativa. Se così è, posto che quest'ultima, è limitata ai concorsi *per l'assunzione* del pubblico impiegato, la mera interpretazione letterale consente subito di escludere che il giudice amministrativo possa interessarsi dei c.d. concorsi interni.

Ovviamente tutto questo ha una sua *ratio*, perché se è vero che l'assunzione del pubblico dipendente deve obbedire alla regola del concorso dettata a livello di previsione costituzionale (art. 97) è altrettanto vero che quando di selezione per l'assunzione non si tratti "*le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro*". Ne consegue che una volta intervenuto fra il datore di lavoro pubblico ed il dipendente il contratto di lavoro e dunque superata la fase selettiva per l'assunzione, ogni diversa determinazione datoriale si configura quale atto di gestione del rapporto del tutto privo di connotati pubblicistici. Ne è conseguenza la devoluzione al giudice del rapporto – che è il giudice ordinario del lavoro, ancorché (art. 63 cit.) vengano in considerazione atti presupposti e cioè atti di organizzazione (i quali, se illegittimi, potranno essere disapplicati).

La ricostruzione interpretativa di cui sopra consente, quindi, di ritenere che le vicende relative alla progressione di carriera del pubblico dipendente, ancorché subordinate allo svolgimento di procedure selettive o concorsuali, appartengono sicuramente alla cognizione del giudice ordinario (Cass. 9334/2002, Cass. 128/2001, Cass. 15602/2001).

Anche la richiesta di estendere il contraddittorio ai c.d. controinteressati è da rigettarsi. Si tratta, all'evidenza, di una sorta di contaminazione di derivazione amministrativistica che si risolve nell'ignorare i contenuti privatistici del

rapporto di lavoro come strutturato dal t.u. n. 165/2001. Qui, infatti, posto che l'atto datoriale è da qualificarsi come mero atto di gestione del rapporto, la posizione soggettiva dell'aspirante si qualifica secondo i connotati del diritto soggettivo pieno. A fronte di un rapporto di tal genere, dedotto davanti al giudice ordinario, non vi sono dubbi sulla irrilevanza di quanto possa conseguire all'accoglimento della domanda rispetto alla affermazione del diritto. E', infatti, nel dettato della legge che il giudice ordinario debba disinteressarsi dall'atto amministrativo che sta a monte della vicenda (nel nostro caso, la pianta organica) perché in tal senso si esprime l'art. 63 cit. nella parte in cui assegna al giudice del lavoro la controversia "ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti". Rimane del tutto escluso, quindi, che si possa trattare di una ipotesi di litisconsorzio necessario, proprio perché è la stessa legge che esime il giudice ordinario dal darsi carico delle conseguenze organizzative derivanti dalla sua pronuncia.

Nel merito, osserva il Tribunale che i fatti appaiono non controversi fra le parti e l'unica questione dalla quale dipende l'esito della controversia riguarda la valutazione del comportamento datoriale che, nell'attingere a delle graduatorie valide per la nomina a dirigente degli idonei, in luogo di esaurire prima la più vecchia ha utilizzato *pro quota* le tre graduatorie. L'atto datoriale che contiene la determinazione che ci occupa non spiega le ragioni della scelta e la circostanza non è stata negata, in sede di discussione orale, dall'Avvocatura dello Stato, che sul punto ha fatto rilevare come la decisione di attingere alle diverse graduatorie avrebbe obbedito all'esigenza di selezionare "i migliori".

La regola, in regime di diritto privato, è che il datore di lavoro nel compimento di operazioni selettive (quali quella di specie) debba attenersi ai criteri di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c. (per tutte, Cass. 2280/2000) e questo, come è noto, a maggior ragione quando egli abbia codificato unilateralmente i criteri di scelta (cosa che, nella specie, si è verificata mediante lo svolgimento di procedure concorsuali).

Correttezza e buona fede significa, poi, che nell'esercizio del potere discrezionale, parte datoriale deve dar conto delle ragioni che sottendono l'atto di gestione e, in definitiva, della scelta; e che poi quest'ultima debba essere coerente con la determinazione datoriale e con gli eventuali criteri predeterminati (non esclusa, ovviamente, la possibilità di controllo da parte dell'aspirante della assenza di atti di discriminazione o di compromissione della professionalità acquisita).

E' opinione del Tribunale che anche il datore di lavoro pubblico quando pone in essere un atto gestorio del rapporto (come una selezione per la promozione) debba attenersi ai criteri su enunciati e che, in assenza di motivazione esplicita dell'atto, la verifica giudiziale debba necessariamente investire, mediante il ricorso alla ragionevolezza, il percorso utilizzato dal datore di lavoro per operare la scelta.

In tal senso, quanto affermato dal Difensore del Ministero convenuto a proposito della necessità di scegliere i migliori è argomento meramente

suggestivo che finisce per legittimare ogni scelta arbitraria datoriale e per porsi in posizione di netta incoerenza con la determinazione di dar corso ad una procedura selettiva. “I migliori”, infatti, li ha già individuati la graduatoria, né è possibile verificare sulla base di quale criterio (se non della scelta *ad personam*) si possa dire che il terzo dell’ultimo concorso sia migliore del decimo del primo, posto che fra le graduatorie non vi è alcuna possibilità di operare confronti di merito. In realtà la determinazione di attingere da tutte le graduatorie valide e non dalla prima fino al suo esaurimento non obbedisce ad alcuna logica riconducibile alla previsione codicistica (art. 1175, 1375 c.c.) e neppure alla previsione costituzionale sul buon andamento della pubblica amministrazione.

E’ opinione del Tribunale, allora, che il criterio dello scorrimento fino ad esaurire la graduatoria valida più remota rappresenti, in mancanza di una diversa determinazione controllabile attraverso l’esame della motivazione (che qui, come si è visto, manca del tutto), si identifichi con quello più rispondente alle esigenze di tutela del lavoratore e sia il più coerente con le premesse. Ed a ben guardare tale principio si ricava dalla affermazione giurisprudenziale secondo la quale se da un lato il datore di lavoro pubblico non è tenuto ad operare secondo lo scorrimento per la copertura del posto, quando si determini a farlo non possa procedere a bandire una nuova procedura concorsuale (da ultimo Cass. 3252/2003); il che vuol dire che i canoni del buon andamento della p.a. (ma anche dei principi civilistici di correttezza e buona fede) impongono di dare priorità alla graduatoria valida e dunque, fra più graduatorie valide, alla più remota. Il criterio dell’esaurimento della graduatoria valida, ritenuto prevalente sulla determinazione di attivare una nuova selezione, si risolve in definitiva nell’affermazione del principio di carattere generale secondo il quale, quantomeno per mere ragioni di coerenza (art. 97 Cost.) l’amministrazione non possa non tenere conto dell’idoneo di una graduatoria valida ed attingere all’idoneo di una graduatoria successiva.

In difetto di diverse determinazioni, eventualmente sorrette da adeguata e ragionevole motivazione, quello della anzianità di graduatoria, dunque, rappresenta l’unico criterio che garantisca il lavoratore interessato sulla trasparenza e congruenza della scelta. Ove così non fosse, conseguentemente, si finirebbe per autorizzare il datore di lavoro pubblico ad operare scelte arbitrarie non in linea con l’iniziale determinazione di selezionare il personale da promuovere attraverso la procedura concorsuale e si darebbe corso ad una forma di *spoils system* che è del tutto estraneo al criterio di buona amministrazione, quando il datore pubblico abbia preventivamente individuato (attraverso la procedura concorsuale) i criteri per la selezione.

Per completezza il Tribunale vuole anche farsi carico di un ulteriore argomento speso dalla Difesa pubblica a proposito della insussistenza del preteso diritto dalla ricorrente ad essere nominata dirigente, fondato sulla constatazione che il d.p.r. 30.3.2001 limiti ad un terzo delle scoperture la mera possibilità (e non l’obbligo) di assunzione. L’argomento è del tutto sfornito di fondamento, poiché qui non è in contestazione che l’amministrazione abbia

assegnato i posti e non è in contestazione che, se fosse stato seguito il criterio qui affermato, la dr. A avrebbe avuto diritto alla assegnazione.

La domanda, pertanto, deve essere accolta (avendo parte ricorrente prodotto in giudizio all'udienza di discussione la prova di aver attivato il tentativo obbligatorio di conciliazione). Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza. La sentenza è esecutiva per legge.

P.Q.M.

Il Giudice accoglie la domanda e per l'effetto dichiara il diritto della ricorrente mediante scorrimento della graduatoria del concorso per titoli ed esami a n. 17 posti di dirigente amministrativo di cui al DDG 15.7.1999, fino all'esaurimento della stessa, alla nomina a dirigente amministrativo con decorrenza 27.12.2001 e pertanto condanna l'amministrazione convenuta ad assegnare alla ricorrente uno dei posti nell'organico dirigenziale.

Condanna parte convenuta al pagamento delle spese di lite che liquida in € 2500,00, oltre Iva, Cap e spese generali, di cui € 1500,00 per diritti ed € 1000,00 per onorari.

Pisa, li 2.12.2003

Il Giudice