

CORTE DI APPELLO CIVILE DI PALERMO
SEZIONE LAVORO E PREVIDENZA
RICORSO IN APPELLO

del Sig. Giglio Marcello, nato a Palermo il 20.08.1966, ivi residente in Via Cruillas n. 33, C. Fisc.: GGLMCL66M20G273Q, elettivamente domiciliato, ai fini del presente giudizio, a Palermo in via Torquato Tasso 14 presso e nello studio dell'Avv. Vincenza Palazzolo (C. Fisc.: PLZVCN83E44B780R - pec: vincenzapalazzolo@pecavvpa.it - 091345077) che lo rappresenta e difende giusta procura in calce allegata

CONTRO

Il Ministero di Giustizia, in persona del Ministro pro tempore, domiciliato presso Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo (c.f. 80027950825) con PEC. ads.pa@mailcert.avvocaturastato.it

per l'annullamento e/o la riforma integrale

della sentenza n. 735/2023, non notificata, emessa *inter partes* e pubblicata il 18.10.2023 dal Giudice del Lavoro del Tribunale di Marsala, dott. Francesco Giardina, con cui, definendo il giudizio 293/2023 R. G. Lavoro, è stato così disposto: << P.Q.M.

Il giudice, definitivamente pronunciando, preso atto della rinuncia depositata in data 29.9.2023, dichiara l'estinzione del processo con riferimento alla posizione processuale della dott.ssa Castorina Maria Barbata e, in ordine alle domande azionate dal dott. Giglio Marcello, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice ordinario in favore del Giudice Amministrativo. Compensa tra le parti le spese di lite.

Così deciso in Marsala, il 18/10/2023 >>.

§§§

Oggetto: difetto di giurisdizione – atto organizzativo – principio della prevalenza secondo ordine della graduatoria.

§§§

Con ricorso depositato in data 3.2.2023, i Sig.ri Giglio Marcello e Castorina Maria Barbara hanno esposto di aver partecipato, per il Distretto di Corte di appello di Palermo, al concorso "su base distrettuale, per il reclutamento a tempo determinato di ottomilacentosettantuno unità di



personale con il profilo di addetto all'Ufficio per il processo”, *Profilo Giuri*, di cui al bando pubblicato nella Guri n. 62 del 6.8.2021 (doc. 1).

I ricorrenti, all’esito delle prove selettive e della valutazione dei titoli posseduti, si collocavano rispettivamente al 396° posto ed al 393° posto della graduatoria finale, approvata il 14.1.2022, in tal modo risultando vincitori (doc. 2).

Quanto alla assegnazione della sede di lavoro, l’art. 13 del bando di concorso espressamente prevedeva che i vincitori esprimessero ciascuno la propria scelta, indicando una o più sedi, con preferenza accordata secondo l’ordine della graduatoria di merito.

La citata clausola del bando espressamente accordava la preferenza e precedenza in base alla posizione ricoperta in graduatoria, in applicazione del criterio meritocratico, valevole per tutti i pubblici concorsi, peraltro codificato sia nel D.P.R. 487/1994, art. 28, sia nel D. Lgs. 297/1994, art. 400, secondo comma, ultimo periodo (quest’ultimo dettato per i concorsi del settore istruzione, ma anch’esso ritenuto espressione di un principio generale).

I ricorrenti - dando corso, nel periodo compreso tra il 20.1. ed il 26.1.2022, alla procedura prevista sul portale Step One - hanno entrambi proceduto alla indicazione della sede di assegnazione, ciascuno di essi esprimendo la scelta per Palermo, sede della Corte di Appello e di Tribunale, quale prima opzione (docc. 3a e 3b).

Di contro, essi venivano assegnati al diverso ufficio del Tribunale di Marsala, ove in data 21 febbraio 2022 si procedeva alla loro assunzione (doc. 4) e dove da allora il Giglio presta servizio, mentre la Castorina ha nelle more cessato il proprio rapporto di lavoro.

Successivamente, l’Amministrazione, rilevata in diversi distretti (quasi tutti, incluso quello di Palermo) la vacanza in relazione ad alcuni posti, procedeva a scorrimento della graduatoria al fine di assumere gli idonei, inizialmente non vincitori (v. Provvedimento Prot.n. m_dg.DOG.16/01/2023. 0000851.ID, doc. 5a).

Tra i posti da assegnare all’interno del Distretto di Corte di appello di Palermo, ve ne erano venticinque relativi ai due uffici giudiziari del capoluogo (Corte e Tribunale: doc. 5b).

Tali posti sono stati dapprima destinati ai soggetti idonei ricompresi in apposito elenco (doc. 5c), senza interpellato in favore dei ricorrenti; poi, assegnati agli idonei (v. nuovo elenco assegnazione sedi, doc. 6a e 6b, in cui, per comodità, i nominativi dei nuovi assunti sono esposti secondo l’ordine corrispondente alle posizioni conseguite nella graduatoria originaria approvata il



14.1.2022, di cui al doc. 2).

I ricorrenti, censurato in quanto illegittimo l'operato dell'Amministrazione, hanno concluso chiedendo il riconoscimento del loro diritto alla preferenza nella scelta della sede, rispetto agli idonei assunti con lo scorrimento di cui si è sopra detto, e di essere quindi assegnati ad uno degli uffici di Palermo (Corte di appello o Tribunale).

Autorizzata dal Giudice ed eseguita la notifica, anche quella diretta ai controinteressati per pubblici proclami, si è costituita l'Amministrazione, sollevando eccezione di difetto di giurisdizione dell'adito Tribunale, in tesi rientrando la controversia nella giurisdizione amministrativa, e resistendo nel merito, sostenendo doversi ritenersi del tutto legittimo il suo operato.

All'udienza del 19.4.2023 il procuratore dei ricorrenti preannunciava la rinuncia della ricorrente Castorina alla domanda ed all'azione, come da atto successivamente depositato.

Il giudizio è stato infine posto in decisione all'udienza del 18.10.2023, all'esito della quale il primo Giudice pronunciava sentenza declinatoria della giurisdizione, che affermava appartenere al giudice amministrativo.

L'appellata decisione è ingiusta ed illegittima giusta i seguenti motivi:

1. Sulla giurisdizione. Violazione di legge: violazione degli artt. 2, comma 1, e 63 del D. Lgs. 165/2001.

Ha errato il Tribunale di Marsala nel dichiarare il proprio difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo: al contrario, sussiste nella presente controversia la giurisdizione ordinaria.

Ha il primo giudice motivato tale decisione affermando che *“nel caso di specie, il ricorrente non ha azionato un diritto soggettivo all'assunzione - avendo già stipulato il contratto di lavoro - bensì ha, seppur di fatto, censurato atti di organizzazione amministrativa con i quali l'amministrazione resistente ha proceduto ad un nuovo scorrimento distrettuale senza preventivo interpellato c.d. di assestamento”*; inoltre, che *“appare chiaro che il ricorrente, già assunto, ha inteso far valere un interesse legittimo contrapposto al potere amministrativo discrezionale di organizzazione degli uffici giudiziari cosicché la giurisdizione non può che spettare al Giudice amministrativo (cfr. Tar Lazio, n. 843/2023, 10114/2023, 8569/2023, 3169/2023)”*; ha poi aggiunto che *“dalle prospettazioni attoree emerge chiaramente come*



Palazzolo

STUDIO LEGALE

Avv. Vincenza Palazzolo

Via Torquato Tasso, 14 - 90144 Palermo
 avv.vincenza.palazzolo@gmail.com
 vincenzapalazzolo@pecavvpa.it

l'oggetto del giudizio attenga alla legittimità dei provvedimenti con il quale il Direttore Generale del Dipartimento dell'Organizzazione Giudiziaria, del Personale e dei Servizi Direzione Generale del Personale e della Formazione ha disposto lo scorrimento della graduatoria al fine di assumere gli idonei non vincitori e ha individuato quali sedi disponibili anche quelle site nel territorio palermitano senza preventivamente interpellare chi risultava già in servizio"; ed infine che "tali provvedimenti – in quanto volti ad individuare gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi – attengono alla categoria dei c.d. atti di "configurazione strutturale degli uffici" e, in quanto adottati nell'esercizio del potere discrezionale della P.A., non possono che ritenersi sottratti al sindacato del giudice adito (cfr. Tribunale di Potenza, sent. n. 43/2020, Tar Lazio n. 12177/2018; Tar Lazio n. 12532/2018) in quanto devoluti ex lege alla giurisdizione del giudice amministrativo".

In altri termini, l'adito Tribunale ha opinato in base al rilievo che con il ricorso si contestava un atto organizzativo, precisamente quello che, dando corso alle assunzioni per scorrimento, non prevedeva l'interpello dei vincitori, già assunti: da qui la ritenuta giurisdizione amministrativa. L'assunto è del tutto illegittimo ed erroneo.

A) Ed invero, è insegnamento costante della Corte di Cassazione a Sezioni Unite - che nel nostro ordinamento riveste anche il ruolo di giudice della giurisdizione - che, nelle controversie aventi ad oggetto rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, la giurisdizione viene distribuita tra giudice ordinario e giudice amministrativo secondo il criterio del *petitum sostanziale*, da determinare *non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiedi al giudice (Cass. S. U. 13 luglio 2006, n. 15899), ma anche e soprattutto in funzione della causa petendi, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio e individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione (Cass. S. U. 8 maggio 2007, n. 10374; Cass. S. U. 16 maggio 2008, n. 12378; Cass. S. U. 31 luglio 2018, n. 20350; Cass. s.u.16 aprile 2021, n. 10105) (Cass. SS. UU. 22569/2022).*

La posizione giuridica attiva azionata nel presente giudizio è di diritto soggettivo, come - del resto - tutte quelle che insorgono nella fase successiva all'approvazione della graduatoria definitiva di merito; per inciso, ne rimangono estranee solo quelle in cui l'amministrazione compie una scelta discrezionale, ad es. decidendo di bandire un nuovo concorso in luogo dello



Palazzolo

STUDIO LEGALE

Avv. Vincenza Palazzolo

Via Torquato Tasso, 14 - 90144 Palermo

avv.vincenza.palazzolo@gmail.com

vincenzapalazzolo@pecavvpa.it

scorrimento della graduatoria ancora capiente; in tal caso, la pretesa dell'idoneo all'assunzione, che assurge al rango di interesse legittimo, passa attraverso l'impugnazione, per vizi di legittimità, del provvedimento con cui viene indetta la nuova procedura concorsuale, provvedimento la cui validità deve essere scrutinata dal giudice amministrativo siccome espressione di discrezionalità amministrativa.

Nello specifico, il ricorrente, il cui rapporto di lavoro è già costituito, ha fatto valere - senza impugnare alcun atto della procedura concorsuale - il suo diritto alla preferenza nella scelta della sede, sostenendo che tale diritto è stato di fatto violato dall'amministrazione che ha consentito agli idonei assunti per scorrimento di scegliere la sede per la quale egli aveva a suo tempo espresso la preferenza.

Del resto, la conclusione prospettata è in linea con il disposto dell'art. 63, D. Lgs. 165/2001 che, con riguardo a tutte le controversie, come la presente, aventi ad oggetto rapporti di lavoro alle dipendenze di una pubblica amministrazione, determina il criterio di riparto della giurisdizione in modo molto chiaro: invero, l'art. 63, commi 2, primo periodo, e 4, dispongono che 2. *“Il giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati. Le sentenze con le quali riconosce il diritto all'assunzione, ovvero accerta che l'assunzione è avvenuta in violazione di norme sostanziali o procedurali, hanno anche effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro. 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”*.

Chiaro il disposto normativo: la giurisdizione ordinaria è ampia e il giudice può pronunciare ogni statuizione di accertamento, costitutiva o di condanna, che sia richiesta dalla natura dei diritti tutelati; di contro, al di fuori delle eccezioni legate alla peculiarità dei rapporti (art. 3 dello stesso D. Lgs. 165/2001: magistrati, avvocati dello Stato, appartenenti alle forze dell'ordine, ecc., le cui controversie sono soggette alla giurisdizione amministrativa esclusiva), nel pubblico impiego privatizzato (detto anche: *contrattualizzato*) la giurisdizione amministrativa è limitata alla fase concorsuale strettamente intesa e, in relazione alla fase successiva (di esecuzione e gestione del



Palazzolo

STUDIO LEGALE

Avv. Vincenza Palazzolo

Via Torquato Tasso, 14 - 90144 Palermo
 avv.vincenza.palazzolo@gmail.com
 vincenzapalazzolo@pecavvpa.it

rapporto) ha carattere residuale, avendo invece il legislatore attribuito al giudice ordinario la generalità delle controversie.

Ne consegue che gli atti e provvedimenti, posti in essere per la gestione del rapporto di lavoro, possono essere disapplicati dal giudice ordinario quando illegittimi - perché ipoteticamente in contrasto con diritti soggettivi del lavoratore -; in ogni caso, non sono atti autoritativi (a differenza di quelli emanati negli ambiti in cui la amministrazione esercita le proprie funzioni attribuite dalla legge facendo uso della propria discrezionalità); gli atti di gestione sono suscettibili di impugnazione solo davanti al giudice ordinario.

Sul punto, ancora la Suprema Corte ha chiarito che in tema di impiego pubblico contrattualizzato la riserva alla giurisdizione amministrativa delle controversie relative alle «procedure concorsuali», prevista dall'articolo 63 comma 4, è del tutto residuale (Cass. 25986/2020, in motivazione, paragrafi 14 e 15).

Nel caso di specie, oggetto del giudizio è, come detto, il diritto all'attribuzione della sede prescelta, che il ricorrente ha azionato invocando il corretto impiego, in sede di scorrimento, della graduatoria definitiva di merito formata dagli organi concorsuali; infatti, con il ricorso introduttivo del primo grado si è richiesto dichiararsi, lamentandosi l'erroneità dell'azione amministrativa, il dovere dell'amministrazione di procedere alle assegnazioni nel rispetto del criterio dettato nel bando (art. 13), cioè la *preferenza di sede espressa dai vincitori secondo l'ordine delle singole graduatorie finali di merito di cui all'art. 10*.

È pertanto evidente, oltre che non contestabile, che nella presente controversia vengono in rilievo non già le attività concorsuali, non essendo stati dedotti vizi della procedura concorsuale (neppure e tanto meno della graduatoria finale), e neppure atti di macro organizzazione, ma solamente atti esecutivi successivi all'approvazione della graduatoria approvata, con i quali si è proceduto all'assegnazione delle sedi tra gli aventi diritto: in detta fase, nessuna discrezionalità sussiste in capo all'amministrazione-datore (che non ha la libera disponibilità delle sedi, né il potere di agire arbitrariamente), e quello che il ricorrente ha giudizialmente richiesto è semplicemente di dare applicazione al criterio di ispirazione meritocratica dettato dal bando, il cui ambito di operatività è esteso anche alla fase dell'assunzione per scorrimento.

In altre parole, quello i cui effetti il Sig. Giglio ha in questa sede chiesto di rimuovere, denunciando violazione del suo diritto alla preferenza nella scelta della sede, non è un atto o



provvedimento, ma solo un comportamento di fatto, che - attenendo alle *'modalità di attuazione dello scorrimento'* (Cass. 27460/2016) - ha posto gli idonei assunti per scorrimento, occupanti in graduatoria posizione peggiore di quella dell'appellante, nelle condizioni di formulare una scelta per la stessa sede ambita dal medesimo, ma a lui mai assegnata: nessun atto o provvedimento, neppure implicito, ma solamente azione posta in essere, a livello meramente esecutivo e comunque estranea e successiva alla procedura concorsuale, della quale il ricorrente ha dedotto l'illegittimità per contrarietà al criterio dettato dal bando, da cui il suo diritto discende. A tutto concedere, ove nell'agire dell'amministrazione, così identificato, volesse scorgersi un atto, esso sarebbe comunque di *micro organizzazione*, eventualmente disapplicabile dal giudice ordinario ex art. 63, comma primo, d. lgs. 165/2001, certamente mai di macro organizzazione, e per di più successivo all'approvazione finale della graduatoria, che comunque segna il momento in cui cessa il ruolo di autorità e la pubblica amministrazione non ha poteri maggiori di quelli di un qualunque datore di lavoro privato (Cass. 7218/2020); l'atto, pertanto, incontestabilmente emesso nella fase di gestione del rapporto, anche sotto tale profilo non potrebbe mai formare oggetto di esame del giudice amministrativo.

Peraltro - rispetto all'interesse sostanziale perseguito dal ricorrente - non vi era necessità o possibilità di impugnare alcunché: l'amministrazione ha, come era in suo potere, deciso di proseguire con le assunzioni dando scorrimento alla graduatoria, e non di bandire un nuovo concorso, e nessuno ha contestato tale scelta, tanto meno il ricorrente.

B) Sotto altro profilo, la decisione impugnata è illegittima perché si pone in aperta violazione anche della nozione di atto organizzativo, di cui all'art. 2 del D. Lgs. 165/2001.

Ha infatti errato il giudice di primo grado nel ritenere ed affermare che con il ricorso era stato impugnato un provvedimento avente natura di *atto organizzativo*.

In realtà, nessun atto o provvedimento è stato impugnato ed in ogni caso nessun atto di macro organizzazione è presente nell'iter che ha portato alle assunzioni per scorrimento.

Ai sensi della citata disposizione, sono tali quelli che definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; che individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; che determinano le dotazioni organiche complessive. Pertanto, la giurisprudenza *ex adverso* richiamata in punto di giurisdizione nella sentenza impugnata è del tutto irrilevante ed inconducente, considerato anche che trattasi di pronunce non



Palazzolo

STUDIO LEGALE

Avv. Vincenza Palazzolo

Via Torquato Tasso, 14 - 90144 Palermo

avv.vincenza.palazzolo@gmail.com

vincenzapalazzolo@pecavvpa.it

provenienti dal giudice della giurisdizione, bensì dal Tar Lazio, che ha ravvisato nelle doglianze di volta in volta sollevate l'impugnazione di atti di *macro organizzazione* e/o riconducibili alla procedura concorsuale.

Anche sul punto, l'assunto del primo giudice è erroneo e trattasi all'evidenza di errore macroscopico, sotto molteplici e concorrenti profili:

- *in primis*, il Tribunale, nell'affermare che oggetto del ricorso di primo grado era l'impugnazione di *atti organizzativi*, ha mal interpretato il contenuto, formale e sostanziale, della domanda giudiziale proposta dall'odierno appellante. Si rimanda alle superiori deduzioni, relative al *petitum*, la cui portata va intesa anche alla luce del disposto dell'art. 63, comma secondo, del D. Lgs. 165/2001, sopra trascritto. L'ampiezza dei poteri del giudice del lavoro è tale da ricomprendere, come risulta ovvio, la presente controversia, la cui soluzione - nel caso di accoglimento della domanda - è di condanna dell'amministrazione convenuta alla corretta assegnazione al ricorrente della sede di lavoro;

- se il rispetto del diritto del lavoratore (alla scelta della sede secondo il criterio meritocratico previsto dal bando) richiede di disapplicare un certo atto o provvedimento, così il giudice del lavoro procederà, avendone il potere (art. 63, comma primo, del d. lgs. 165/2001: *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 . . . (omissis) ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi*).

Nel caso di specie, neppure si pone la necessità di disapplicare alcunché atteso che si tratta di prendere atto che sono state le modalità attuative dello scorrimento a porsi in contrasto con il diritto del lavoratore, violandolo apertamente; in ogni caso, venendo tali modalità attuative in essere nella fase di gestione del rapporto di lavoro, la giurisdizione ordinaria viene vieppiù confermata;

- inoltre, ha omesso di identificare il diritto soggettivo di cui è stata chiesta tutela. Sul punto, si ribadisce che l'appellante ha azionato il diritto alla preferenza nella scelta della sede di assegnazione, diritto sancito dal bando di concorso e da norme vigenti dell'ordinamento giuridico; laddove, nell'escludere rilevanza - ancora una volta erroneamente - al principio di diritto enunciato da Cass. 4870/2022 rispetto alla fattispecie esaminata, il primo giudice ha



motivato in base al riferimento al *diritto all'assunzione* di quella pronuncia, situazione differente da quella dedotta dal ricorrente, già assunto ed in servizio. Sotto tale ultimo profilo, l'errore di giudizio appare non di poco conto: ed infatti equivarrebbe ad affermare che nella giurisdizione ordinaria rientrerebbero solo le controversie in cui si discute del diritto all'assunzione.

Ciò rappresenta un paradosso, atteso che il diritto soggettivo all'assunzione non è l'unico di cui il dipendente è titolare nel corso del rapporto; al contrario, le controversie rientranti nella giurisdizione ordinaria sono potenzialmente infinite; naturalmente, anche quello azionato nella presente controversia è un diritto soggettivo vantato da una delle parti del rapporto di lavoro e, non diversamente da quello all'assunzione, è successivo alla fase concorsuale (questa sola soggetta alla giurisdizione amministrativa).

Pertanto, posto che tutte le posizioni soggettive attive che il dipendente può vantare verso il datore nel corso del rapporto di lavoro rientrano nella giurisdizione ordinaria, lo stesso deve dirsi anche per quella azionata nella presente controversia;

- infatti, vista la complessità del rapporto di lavoro alle dipendenze di una pubblica amministrazione, possono porsi tante situazioni differenti, tra le quali - come l'ampia casistica rinvenibile in *subiecta materia* lascia intendere - anche quella relativa alla scelta della sede di assegnazione.

La questione è di assoluto rilievo, atteso che una stessa sede può essere ambita da più candidati vincitori (o da più idonei assunti per scorrimento) rispetto ai posti disponibili; tanto che il bando si prende cura di specificare il criterio di assegnazione, applicabile all'atto dell'assunzione tanto sia dei vincitori, quanto degli idonei per scorrimento (situazioni equiparate, proprio secondo Cass. 4870/2022 ed ulteriori precedenti ivi richiamati, tra cui Cass. 3252/2003, attinente al caso in cui un Comune, riordinando l'organizzazione dei propri uffici, di fatto sopprime il posto cui ambiva l'idoneo, pronto a subentrare al vincitore nelle more trasferito; in detta fattispecie, l'atto che ha portato alla soppressione del posto è di tipo macro organizzativo e pertanto il candidato idoneo che si doleva del mancato scorrimento, non era titolare di alcun diritto soggettivo e avrebbe dovuto impugnare l'atto dinanzi il giudice amministrativo).

Pertanto, anche il diritto alla preferenza nella scelta della sede è un diritto soggettivo che, sancito nel bando di concorso ed in norme giuridiche, insorge posteriormente alla conclusione della fase concorsuale e, in quanto diritto soggettivo, merita tutela dinanzi il giudice ordinario; ogni atto,



provvedimento o comportamento datoriale che si ponga in contrasto e violazione di detto diritto soggettivo è sì illegittimo, ma di certo - emanato nella fase di mera gestione del rapporto del dipendente precedentemente assunto - non è e non può essere atto organizzativo, non comporta la degradazione ad interesse legittimo del diritto del dipendente e comunque non conduce alla giurisdizione amministrativa, non necessitando di annullamento formale in quanto, ove occorra, il giudice ordinario lo disapplica, ai sensi del primo comma dell'art. 63 del D. Lgs. 165/2001, mentre, in applicazione del secondo comma, espressamente prevede che *Il giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati.*

In questo senso, Cass. 8821/2018: *Spetta al giudice ordinario pronunciarsi sull'illegittimità e/o inefficacia di atti assunti dalla PA con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato (art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001), di fronte ai quali sono configurabili solo diritti soggettivi; né la giurisdizione del giudice del lavoro soffre deroga per il fatto che venga in questione un atto amministrativo presupposto, che può essere disapplicato a tutela del diritto azionato (cfr., tra le tante, ord. 15904/2006, ord. n 3032/2011, ord. n. 16756/2014).*

Le disposizioni del d. lgs. n 29/1993, e successive modificazioni e integrazioni (disposizioni ora raccolte nel d. lgs n 165/2001) assegnano al dominio del diritto pubblico soltanto i procedimenti concernenti le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; l'individuazione degli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi, la determinazione delle dotazioni organiche complessive (art 2, comma 1, d. lgs. n 165/2001), nonché, come si argomenta dalla norma processuale dettata dall'art 63, comma 4, d. lgs n 165/2001, le procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, mentre ogni altra determinazione relativa all'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro (art 5, comma 2, d. lgs n 165/2001).

Deve, inoltre, escludersi che i procedimenti di mobilità, compresa quella di carattere professionale (passaggi di cattedra e di ruolo) siano suscettibili di essere ascritti alla categoria delle procedure concorsuali per l'assunzione.

In conclusione, dare atto che il Sig. Giglio era già stato assunto e che con il ricorso non stava azionando il diritto all'assunzione, più che escludere la giurisdizione ordinaria, ne rafforza la



Palazzolo

STUDIO LEGALE

Avv. Vincenza Palazzolo

Via Torquato Tasso, 14 - 90144 Palermo

avv.vincenza.palazzolo@gmail.com

vincenzapalazzolo@pecavvpa.it

sussistenza, rilevabile in ogni controversia incidente su momenti del rapporto di lavoro successivi all'approvazione della graduatoria, che segna proprio il discrimine tra le due giurisdizioni;

- infine, la qualificazione, di certo non adeguatamente ponderata, di *atti organizzativi* data nella sentenza appellata ai provvedimenti ministeriali - in particolare, a quello con cui si è deciso di assegnare agli assunti per scorrimento le sedi, omettendo il previo interpello dei vincitori - non è per nulla motivata e comunque si pone in evidente quanto stridente contrasto con le norme del pubblico impiego, in particolare dell'art. 2 del D. Lgs. 165/2001, sopra citato e trascritto.

Si osservi che, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. III, 3 aprile 2019, n. 2210) sono tre le categorie di atti organizzativi, comunemente detti *macro organizzativi*:

- 1) quelli che definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici;
- 2) quelli che individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi;
- 3) quelli che determinano le dotazioni organiche complessive.

Le tre categorie sono accomunate dall'appartenere al più alto livello di amministrazione e, conseguentemente, dall'ampia discrezionalità e dall'attenuato obbligo di motivazione, oltre che dalla soggezione alla giurisdizione amministrativa (per quanto lo stesso giudice amministrativo abbia ben pochi margini di sindacato: Cons. Stato 5143/2018); sono però talmente diverse tra loro ed eterogenee che un certo atto o provvedimento difficilmente può far parte di più di una fra esse.

Ciò posto, avrebbe dovuto il primo giudice, nell'assolvimento dell'obbligo motivazionale della decisione, indicare in quale delle tre distinte categorie rientrasse il provvedimento suddetto (in definitiva, la determinazione di procedere, nell'assegnazione delle sedi per scorrimento, senza previo interpello in favore dei vincitori).

Detta specifica indicazione è invece del tutto mancata; ma tale lacuna non appare casuale, né fortuita, perché in effetti risultava impossibile - e lo stesso deve dirsi oggi, nella presente sede di gravame - accostare un atto meramente esecutivo e di dettaglio (*interpello sì, interpello no*, avente riflessi solo nella competizione tra i candidati da assumere sulla scelta della sede e quindi incidente non sulla organizzazione dei servizi o sulle dotazioni organiche degli uffici, ma solo



Palazzolo

STUDIO LEGALE

Avv. Vincenza Palazzolo

Via Torquato Tasso, 14 - 90144 Palermo

avv.vincenza.palazzolo@gmail.com

vincenzapalazzolo@pecavvpa.it

sul diritto di ogni candidato) ad una delle tre categorie di cui sopra, le sole ed uniche per le quali, norme alla mano, è consentito parlare di atti organizzativi (o di macro organizzazione) e di giurisdizione amministrativa.

Né può in alcun modo ritenersi appagante il riferimento alle categorie degli atti di individuazione degli uffici di maggiore rilevanza e di determinazione dei modi di conferimento degli incarichi: il provvedimento dirigenziale citato dal primo giudice non rientra in alcuna delle due categorie. Invero, detto provvedimento - che l'appellante non ha mai contestato - ha semplicemente disposto:

- di procedere all'assunzione per scorrimento degli idonei e
- di destinare alle due sedi del capoluogo palermitano 25 posti: scelta discrezionale, su cui nulla si obietta, anzi anche l'odierno appellante la dà per presupposta.

In ogni caso, il contenuto del provvedimento è assai differente dall'individuazione degli uffici di maggiore rilevanza (decidere di scorrere la graduatoria ed assegnare le sedi senza interpellato dei vincitori non equivale ad individuare gli uffici di maggiore rilevanza) e dalla determinazione dei modi di conferimento della titolarità dei posti (non è stato determinato alcun modo di conferimento della titolarità dei posti, che non è mutato per effetto di detto provvedimento, rimanendo *il modo* quello del pubblico concorso, tanto che si è proceduto all'assunzione di coloro che avevano partecipato al concorso e che erano risultati idonei).

Certamente, nulla ha disposto circa il criterio da seguire per l'assegnazione delle sedi, continuando a valere quello meritocratico previsto dal bando; nulla ha disposto, in altri termini, sulla scelta dei candidati da assegnare alle diverse sedi.

Pertanto, il provvedimento non è stato contestato dall'appellante, che non vi aveva interesse.

In ogni caso, resta il dato obiettivo che il detto provvedimento non ha e non aveva natura e contenuto organizzativo.

Quanto ai precedenti citati a supporto dell'(erronea) affermazione della giurisdizione amministrativa, trattasi di alcune pronunce del Tar Lazio.

Orbene, il richiamo ad esse conferma l'erroneità insanabile della decisione. Invero:

- 1) Tar Lazio 843/2023 ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso per mancata notifica ad almeno un controinteressato. Nulla sulla giurisdizione;
- 2) Tar Lazio 3169/2023 è un'ordinanza interlocutoria con cui si fissa la successiva camera di



Palazzolo

STUDIO LEGALE

Avv. Vincenza Palazzolo

Via Torquato Tasso, 14 - 90144 Palermo

avv.vincenza.palazzolo@gmail.com

vincenzapalazzolo@pecavvpa.it

consiglio;

3) Tar Lazio 843/2020 è relativo ad attività concorsuale e non pronuncia sulla giurisdizione:

4) Tar Lazio 12177/2020 riguarda l'assistenza domiciliare e non affronta questioni di giurisdizione;

5) Tar Lazio 12532/2018 riguarda altra fattispecie;

6) Tar Lazio 10114/2023 e 8569/2023, si riferiscono, invece, a fattispecie in cui viene in gioco la scelta della sede; tuttavia, a ben vedere, con dette pronunce il Tar Lazio ha sì affermato la propria giurisdizione, ma lo ha fatto in controversie differenti, proprio per *petitum* e *causa petendi*, da quella oggi all'esame del giudice ordinario: in entrambe, sono stati individuati gli atti organizzativi contrastanti con la pretesa delle parti ricorrenti all'assegnazione della sede da lei scelta ma a lei non assegnata (scorrimento extradistrettuale con costituzione di una graduatoria nazionale, successivo scorrimento distrettuale, ecc.); su tali basi, l'affermazione della giurisdizione amministrativa è pienamente condivisibile, atteso che, una volta che l'amministrazione ha adottato quei provvedimenti, la posizione dei ricorrenti ha assunto la consistenza dell'interesse legittimo.

Lo stesso è a dirsi per diverse altre pronunce, come ad es. Tar Lazio 2945/2023, anch'essa relativa allo stesso concorso bandito per l'assunzione degli 8.171 addetti all'ufficio per il processo, in cui viene ancora in rilievo lo scorrimento che in precedenza l'amministrazione ha ritenuto di compiere su base extradistrettuale, anziché distrettuale, di guisa che la ricorrente è stata destinata ad una sede (Livorno) appartenente a distretto differente da quello di appartenenza (Catanzaro, per il quale aveva partecipato al concorso, risultando idonea non vincitrice).

Pertanto, in quel caso la sua censura ha investito, denunciandone i vizi, la *determinazione* del Ministero di procedere con scorrimento extradistrettuale e di costituire per l'occasione una graduatoria nazionale; determinazione di livello *organizzativo* ascrivibile a pieno titolo all'ambito della discrezionalità amministrativa (alla cui base sta la scelta di privilegiare taluni distretti, ove con propria valutazione il Ministero ha ravvisato la maggiore necessità di immettere addetti all'ufficio per il processo rispetto ad altri distretti), sì che in quella fattispecie la posizione della ricorrente era - ed è stata ritenuta - di interesse legittimo e non vi era motivo di dubitare della giurisdizione amministrativa.

Non vi è chi non veda la differenza totale e sostanziale rispetto alla presente controversia, in cui



Palazzolo

STUDIO LEGALE

Avv. Vincenza Palazzolo

Via Torquato Tasso, 14 - 90144 Palermo
 avv.vincenza.palazzolo@gmail.com
 vincenzapalazzolo@pecavvpa.it

nessuna scelta organizzativa dell'amministrazione viene censurata, essendosi il ricorrente, oggi appellante, limitato a far valere il suo diritto alla preferenza nella scelta della sede, diritto anzi discendente proprio dalla graduatoria, il cui ordine è stato violato in via di fatto dall'amministrazione con azioni di livello meramente esecutivo, poste in essere successivamente alla conclusione della procedura concorsuale, nella fase in cui il lavoratore, già assunto ed in servizio, vanta diritti soggettivi e non interessi legittimi; per tale ragione, le azioni compiute dall'amministrazione sono qualificabili in termini di *gestione del rapporto* o, al più, di *micro organizzazione*, ma nessuna di esse, neppure quella che avrebbe ipoteticamente in modo implicito omesso l'interpello in favore dei vincitori, rientra nelle categorie di cui al citato art. 2 del D. Lgs. 165/2001.

Peraltro, la pronuncia sopra citata della Suprema Corte (25986/2020), con cui è stata ribadita la giurisdizione ordinaria in controversie in cui non vengono impugnati atti della procedura concorsuale, né di macro organizzazione, è tutt'altro che isolata, contenendo l'enunciazione di un principio più che consolidato: sul punto, si veda il precedente ivi citato (Cass. 7218/2020), che ribadisce il concetto per cui *con il superamento di un concorso pubblico e l'approvazione della relativa graduatoria, indipendentemente dalla nomina, si consolida nel patrimonio dell'interessato una situazione giuridica individuale di diritto soggettivo, alla quale vanno riferiti tutti gli atti successivi, sicché la controversia rimane devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, ai sensi del d.lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 1, in quanto, con l'approvazione della graduatoria, si esaurisce l'ambito riservato al procedimento amministrativo e all'attività autoritativa dell'Amministrazione e subentra una fase in cui i comportamenti della PA vanno ricondotti nell'alveo privatistico, espressione del potere negoziale dell'Amministrazione nella veste di datrice di lavoro, come tali da valutare alla stregua dei principi civilistici in ordine all'inadempimento delle obbligazioni (art. 1218 c.c.), anche secondo i parametri della correttezza e della buona fede.*

Infine, in termini specifici sulla problematica, oggi oggetto di scrutinio, della assegnazione della sede, giova citare ancora la Suprema Corte che, nel richiamare sua precedente pronuncia (7945/2008), ha ribadito che *In tema di assegnazione della sede di lavoro presso una amministrazione pubblica (all'esito della procedura concorsuale per l'assunzione in servizio), intervenuta con contratto stipulato successivamente al 30 giugno 1998, deve riconoscersi -*



stante il carattere generale della giurisdizione del giudice ordinario in relazione ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche (art. 63, comma 1, del d. lgs. n. 165 del 2001), a fronte del quale la perpetuazione della giurisdizione del giudice amministrativo (prevista dal comma 4 dello stesso art. 63) riveste una portata limitata ed eccezionale - la giurisdizione del giudice ordinario nella controversia in cui, sul presupposto della definitività della graduatoria e senza in alcun modo censurare lo svolgimento del concorso ed il relativo atto finale, si faccia valere, in base all'art. 33, comma 5, della l. n. 104 del 1992, il diritto - che sorge con l'assunzione al lavoro e, dunque, in un momento successivo all'esaurimento della procedura concorsuale - alla scelta della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio (Cass. 16086/2021).

Il titolo del diritto soggettivo alla scelta della sede è stato individuato, in quella fattispecie, nella L. 104/1992; nel caso in esame, il medesimo diritto soggettivo alla scelta discende, oltre che dal bando del concorso (*lex specialis*) dal principio generale posto dall'art. 28 del D.P.R. 487/1994, sopra citato.

Infatti, che le vicende successive all'approvazione della graduatoria definitiva di merito, tra cui quelle originate dallo *scorrimento* della graduatoria stessa, rientrino tutte nella giurisdizione ordinaria, trova conferma nell'affermazione del principio secondo cui *5. la pretesa allo 'scorrimento', di conseguenza, si colloca di per sé fuori dell'ambito della procedura concorsuale (esclusa, nella seconda delle ipotesi indicate, proprio dall'ultrattività della graduatoria approvata) ed è conosciuta dal giudice ordinario quale controversia inerente al 'diritto all'assunzione'* (Cass. 4870/2022).

Anche la giurisprudenza ordinaria di merito reputa appartenere alla propria giurisdizione le questioni estranee e successive all'approvazione della graduatoria: tra le tante, Trib. Catania 4506/2021, secondo cui *va innanzitutto affermata la giurisdizione del Giudice ordinario adito - da valutarsi ex officio.*

La presente controversia verte infatti sul diritto della parte ricorrente all'assegnazione presso la sede di servizio provinciale spettante sulla base del criterio del punteggio.

Va pertanto affermata la giurisdizione ordinaria, con riforma della sentenza impugnata che ha erroneamente accolto l'eccezione, infondata giusta quanto esposto, della difesa erariale.

Avrebbe pertanto dovuto il primo giudice affermare la propria giurisdizione, rigettando



l'eccezione della difesa erariale ed esaminare il fondamento della domanda.

2. Nel merito. Violazione dell'art. 13 del bando di concorso. Violazione dell'art. 28 del D.P.R. 487/1994.

Come già esposto, gli idonei assunti in virtù dello scorrimento attivato giusta provvedimento del 16.1.2023 (docc. 6a e 6b) sono stati assegnati alle sedi da loro prescelte.

Tuttavia, ciò è accaduto senza che l'appellante, la cui posizione in graduatoria è migliore, venisse interpellato e venisse lui consentito di mettere in atto, nell'esercizio del suo diritto derivante dalla posizione in graduatoria, la sua iniziale scelta della sede di Palermo.

Risulta pacificamente che l'assegnazione delle sedi a seguito dello scorrimento non è stato preceduta da attività che, in qualunque modo, consentisse anche agli originari vincitori di far valere la preferenza nella scelta della sede; l'operato della Amministrazione è dunque del tutto illegittimo, in quanto posto in essere in violazione del diritto soggettivo del Giglio, previsto dal bando di concorso, alla scelta della sede in virtù del criterio di precedenza e preferenza in funzione delle posizioni ricoperte in graduatoria.

Ed invero, l'art. 13 del bando di concorso, pubblicato nella G.U.R.I., apposita sezione, n. 62 del 06.08.2021, al comma 3 espressamente prevede che *3. Il rapporto di lavoro a tempo determinato è instaurato mediante la stipula di contratto individuale di lavoro in regime di tempo pieno della durata di due anni e sette mesi, sulla base della preferenza di sede espressa dai vincitori secondo l'ordine delle singole graduatorie finali di merito di cui all'art. 10* (doc. 1).

Da ciò discende che il criterio che - nella fase della assegnazione degli aventi diritto alle varie sedi disponibili - deve essere seguito, è semplicemente ed unicamente quello, di ispirazione meritocratica, della scelta compiuta dai legittimati e valutata secondo le posizioni in graduatoria, per cui chi occupa la posizione migliore in graduatoria, ha la precedenza e la preferenza nella scelta della sede.

Tale criterio è l'unico, in quanto nessuna deroga è prevista nel bando, né - peraltro - avrebbe potuto essere legittimamente prevista una diversa disciplina (Cons. Stato 5611/2011, su cui infra) per l'assunzione degli idonei a seguito di scorrimento.

Pertanto, la previsione del comma 3 dell'art. 13 del bando va riferita a tutte le ipotesi di



Palazzolo

STUDIO LEGALE

Avv. Vincenza Palazzolo

Via Torquato Tasso, 14 - 90144 Palermo
 avv.vincenza.palazzolo@gmail.com
 vincenzapalazzolo@pecavvpa.it

assunzione, in qualunque fase attuata, non potendosi distinguere tra assunzione dei vincitori, da un lato, ed assunzione degli idonei assunti per scorrimento, dall'altro: il bando dispone in un modo solo per tutte le ipotesi.

Trattasi, come detto, della *preferenza espressa secondo l'ordine della graduatoria* e detto criterio appunto opera anche quando si proceda, in un momento successivo, a scorrimento della graduatoria per la copertura dei posti non assegnati (o non più assegnati), assumendo ed immettendo in servizio i candidati idonei inizialmente non vincitori.

Tuttavia, in tale circostanza, prima di procedere allo scorrimento ed all'assegnazione di questi ultimi alle sedi, il criterio della posizione in graduatoria impone di nuovamente "offrire" le sedi a quelli, fra gli originari vincitori la cui scelta preferenziale era stata disattesa perché, in occasione della prima assegnazione, i posti da loro ambiti erano stati assegnati a candidati posti in posizione migliore della loro.

Sussiste pertanto in tali circostanze un vero e proprio diritto soggettivo all'interpello, di agevole attuazione, non suscettibile di aggravare la procedura di reclutamento attraverso scorrimento, e comunque strumentale a quello alla preferenza nella scelta della sede.

Detto diritto è stato riconosciuto in termini generali dal Consiglio di Stato con la nota pronuncia n. 5611/2011 (in relazione a rapporto di lavoro di personale appartenente al corpo di polizia penitenziaria, per tale ragione soggetto alla giurisdizione amministrativa) che ha affermato che nei pubblici concorsi la necessità di seguire l'ordine della graduatoria rappresenta principio *confermato, sotto il profilo generale, dall'art. 28, I° comma del Regolamento recante norme generali per svolgimento dei concorsi e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi di cui al D.P.R. 9 maggio 1994 n. 487 per cui "Le amministrazioni e gli enti interessati procedono a nominare in prova e ad immettere in servizio i lavoratori utilmente selezionati, anche singolarmente o per scaglioni, nel rispetto dell'ordine di avviamento e di graduatoria integrata"*.

Il criterio dell'assegnazione delle sedi di concorso ai vincitori secondo l'ordine di graduatoria assurge dunque al rango di principio normativo generale della materia che quindi opera anche nei casi in cui non sia espressamente previsto dal bando.

Ed inoltre, Deve dunque essere escluso che - in seguito ad estemporanei accordi sindacali, ovvero per autonoma iniziativa - l'Amministrazione possa derogare alla tassatività dell'ordine di



Palazzolo

STUDIO LEGALE

Avv. Vincenza Palazzolo

Via Torquato Tasso, 14 - 90144 Palermo
 avv.vincenza.palazzolo@gmail.com
 vincenzapalazzolo@pecavvpa.it

graduatoria nella assegnazione e modificare ad libitum i criteri di assegnazione dopo la formale indizione della procedura concorsuale.

L'Amministrazione, sulla base di un'aggiornata rilevazione delle necessità, può disporre un aumento dei posti ovvero una diversa dislocazione delle sedi disponibili.

Tuttavia, in ossequio ai principi di trasparenza, imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione, in tali ipotesi è necessario che l'aggiornamento e la modifica dell'elenco delle sedi originariamente inserite nel bando sia formalmente partecipato agli interessati.

Ed ancora, Nel caso in esame quindi legittimamente il Ministero ha tenuto conto delle vacanze di posti e delle esigenze sopravvenute successivamente verificatesi, ma prima dell'assegnazione avrebbe dovuto render note tutte le sedi libere e disponibili onde consentire ai candidati di esprimere progressivamente le preferenze nell'assegnazione secondo il proprio merito.

Peraltro, eventuali deroghe al principio di cui sopra possono essere ammesse tra vincitori ex aequo:

- a condizione che siano espressamente contemplate ab initio nel bando di concorso e non alterino la par condicio in senso sostanziale tra i concorrenti;
- nel caso di cui all'art. 5 del regolamento n.487/1994 concernente "... i titoli che danno luogo a precedenza o a preferenza a parità di punteggio;
- quando un certo numero di sedi siano - dal bando in base a disposizione normative - destinate a particolari "quote riservatarie" di posti in favore di determinate concorrenti da collocarsi nell'ambito di una separata graduatoria svincolata dalla graduatoria generale.

In tale scia, anche disposizioni come quelle per cui il personale sarà "confermato nella sede di appartenenza", non è ex sé illegittima, ma deve essere interpretata e, quindi può operare legittimamente, esclusivamente nei casi di parità di punteggio con altro vincitore.

In conclusione, in sede di assegnazione delle sedi ai vincitori di concorso la P.A. non ha alcun potere discrezionale di "gestione" dei procedimenti e di valutazione discrezionale delle diverse situazioni, come invece mostra di ritenere l'Amministrazione, in quanto l'assegnazione è l'atto conclusivo di un tipico procedimento concorsuale, che è regolato dal bando e dai principi costituzionali di cui all'art. 97 Cost. II co.

È quindi del tutto illegittimo procedere allo scorrimento e, addirittura, all'assegnazione delle sedi pretermettendo gli originari vincitori, come se le posizioni da questi ultimi ricoperte nella



Palazzolo

STUDIO LEGALE

Avv. Vincenza Palazzolo

Via Torquato Tasso, 14 - 90144 Palermo
 avv.vincenza.palazzolo@gmail.com
 vincenzapalazzolo@pecavvpa.it

graduatoria non avessero più alcun valore.

In tal senso, con riguardo a controversie insorte per l'assegnazione alle sedi scolastiche dei docenti, in più di un'occasione la giurisprudenza di merito ha affermato esser sempre necessario, quando si proceda alla assegnazione dei posti rimasti o divenuti vacanti, osservare pur sempre l'ordine posto dalla graduatoria. Infatti:

- in siffatta fattispecie, il Ministero deve, nel rispetto del principio meritocratico e trattandosi di docenti assunti in virtù della stessa procedura concorsuale e con la stessa decorrenza giuridica, procedere in ogni caso alla riassegnazione delle sedi rese disponibili successivamente ai candidati collocati in graduatoria in posizione superiore, e solo in seguito procedere all'assegnazione delle sedi ai candidati chiamati alla scelta" (Trib. Messina, Ord. del 10/10/2019);

- il criterio dell'assegnazione delle sedi di concorso ai vincitori secondo l'ordine di graduatoria assurge dunque al rango di principio normativo generale della materia che quindi opera anche nei casi in cui non sia espressamente previsto dal bando. In conseguenza, la scelta della sede tra quelle non ancora occupate da chi lo precede è un legittimo interesse giuridico del vincitore.

Né può assumere rilevanza la circostanza per cui le sedi si siano eventualmente rese disponibili successivamente alla scelta della ricorrente, in quanto il Miur avrebbe dovuto, nel rispetto del principio meritocratico e trattandosi di docenti assunti in virtù della stessa procedura concorsuale e con la stessa decorrenza giuridica, procedere in ogni caso alla riassegnazione delle sedi rese disponibili successivamente ai candidati collocati in graduatoria in posizione superiore, e solo in seguito procedere all'assegnazione delle sedi ai candidati chiamati alla scelta in data posteriore poiché collocati in posizione più bassa in graduatoria (Trib. Forlì 274/2021);

- ugualmente, l'operato dell'amministrazione scolastica si rivela, sotto tale profilo, illegittimo, per violazione del disposto di cui all'art. 400 co. 02 ultimo periodo d. l.vo 16.4.1994 n. 297, il quale, in materia di accesso ai ruoli del personale docente, stabilisce che "i vincitori del concorso scelgono, nell'ordine in cui sono inseriti nella graduatoria, il posto di ruolo fra quelli disponibili nella regione".

Nel caso in esame, tale norma, costituente peraltro espressione della generale regola c. d. meritocratica che governa le procedure concorsuali, in attuazione del principio, sancito dall'art. 97 Cost., di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, è rimasto di fatto



Palazzolo

STUDIO LEGALE

Avv. Vincenza Palazzolo

Via Torquato Tasso, 14 - 90144 Palermo

avv.vincenza.palazzolo@gmail.com

vincenzapalazzolo@pecavvpa.it

disatteso, poiché l'istante si è visto scavalcare, nella scelta della sede di lavoro, da candidati che nella graduatoria concorsuale occupavano posizioni deteriori.

Né ciò può trovare giustificazione nella circostanza, del tutto contingente, che i posti in questione fossero rimasti disponibili a seguito delle rinunce nel frattempo intervenute, in quanto anche in tale ipotesi l'amministrazione bene avrebbe potuto e dovuto consentire la scelta prioritaria su tali posti ai candidati, quale l'istante, già in precedenza individuati ai fini della nomina in ruolo, prima di procedere allo scorrimento della graduatoria, che ha comportato l'inversione dell'ordine stabilito nella norma citata (Trib. Taranto 859/2021).

Chiari i principi ricavabili dalle pronunce sopra trascritte:

- in sede di prima assegnazione delle sedi, i vincitori vengono chiamati ad esprimere la loro preferenza;
- questa viene valutata secondo l'ordine dato dalla posizione in graduatoria (criterio meritocratico), per cui, se per una sede vi sono posti disponibili in un certo numero (ad es., 50) inferiore al numero delle preferenze espresse (ad es., 100), i posti di quella sede vengono assegnati partendo dal candidato che, tra quelli che hanno indicato quella sede con priorità, ricopre in graduatoria la posizione migliore e via via sino alla copertura di tutti i posti disponibili (nell'esempio, la sede sarà assegnata ai primi 50 candidati e quelli posizionati oltre saranno assegnati a sedi diverse);
- il criterio è tassativo ed inderogabile, salvi i casi espressamente previsti dalla legge (ad es., L. 104/1992);
- il criterio, in mancanza di deroghe (in ogni caso, ammissibili solo entro stretti limiti) è valido sempre, cioè sia quando si procede alla prima assegnazione delle sedi fra i vincitori, sia quando si procede successivamente alla copertura dei posti rimasti o divenuti liberi, nel senso che, in ogni occasione in cui si proceda ad assegnare le sedi alle unità aventi diritto all'assunzione, deve farsi riferimento all'ordine della graduatoria ed alle posizioni ricoperte da ciascun candidato. Seguendo l'esempio, se dei 50 posti, 10 sono rimasti liberi per rinuncia o per dimissioni o trasferimento, essi devono essere assegnati sempre seguendo il criterio delle posizioni in graduatoria, per cui essi toccheranno:
 - prioritariamente, agli originari vincitori, inizialmente assegnati a sede non corrispondente alla loro scelta. Proseguendo con l'esempio, i vincitori posizionati dal 51° al 60° posto - che avevano



Palazzolo

STUDIO LEGALE

Avv. Vincenza Palazzolo

Via Torquato Tasso, 14 - 90144 Palermo

avv.vincenza.palazzolo@gmail.com

vincenzapalazzolo@pecavvpa.it

indicato la preferenza per la sede “A”, ma non l’avevano ottenuta ed erano stati assegnati alla sede “B” - una volta che si pone la necessità di coprire i posti rimasti o divenuti vacanti presso la sede “A” hanno e mantengono la precedenza rispetto ai candidati posizionati dal 61° posto in poi.

I candidati idonei che ricoprono in graduatoria le posizioni da 61 a 70 hanno diritto all’assunzione (tema mai stato in discussione nel presente giudizio), ma nella scelta della sede mantengono la posizione subordinata rispetto ai primi 60.

Pertanto, anche gli idonei - assunti per coprire i posti rimasti o divenuti vacanti - saranno assegnati secondo il criterio meritocratico, in base alle posizioni occupate in graduatoria; ne consegue che non potranno mai essere preferiti a coloro che, iniziali vincitori, li precedevano.

Anche quanto appena esposto trova piena conferma nel *dictum* del Cons. Stato 5611/2011, in relazione ai rapporti di lavoro non privatizzati, sopra citata; e, nell’ambito della giurisdizione ordinaria, la già citata ordinanza del Tribunale di Messina, secondo cui *“la circostanza per cui le sedi in provincia di Messina si siano eventualmente rese disponibili successivamente alla scelta della ricorrente non appare rilevante, in quanto il Miur avrebbe dovuto, nel rispetto del principio meritocratico e trattandosi di docenti assunti in virtù della stessa procedura concorsuale e con la stessa decorrenza giuridica, procedere in ogni caso alla riassegnazione delle sedi rese disponibili successivamente ai candidati collocati in graduatoria in posizione superiore, e solo in seguito procedere all’assegnazione delle sedi ai candidati chiamati alla scelta in data posteriore poiché collocati in posizione più bassa in graduatoria* (Trib. Messina, ord. 10.10.2019, sopra citata).

Analogamente, quanto alle sedi di assegnazione “disponibili” tali devono ritenersi anche quelle successivamente individuate dall’Amministrazione per l’ulteriore scorrimento della graduatoria di merito. Né in senso contrario può invocarsi la circostanza che le sedi disponibili per i vincitori ed idonei meglio collocati in graduatoria fossero state già solo individuate od anche assegnate. Infatti, trattandosi dei candidati appartenenti ad un’unica graduatoria di merito formata all’esito dell’espletamento della stessa procedura concorsuale, l’Amministrazione avrebbe dovuto preventivamente sottoporre alla scelta dei candidati utilmente collocati in graduatoria anche le sedi successivamente rese disponibili per le assunzioni con ulteriore scorrimento di graduatoria. In altri termini, l’Amministrazione, prima di procedere all’assegnazione di sedi per



Palazzolo

STUDIO LEGALE

Avv. Vincenza Palazzolo

Via Torquato Tasso, 14 - 90144 Palermo
 avv.vincenza.palazzolo@gmail.com
 vincenzapalazzolo@pecavvpa.it

ulteriore scorrimento di graduatoria dalla posizione 42 alla 76, avrebbe dovuto rendere noto l'aggiornamento e la modifica dell'elenco delle sedi originariamente previste e consentire ai candidati di "nuovamente" esprimere progressivamente le preferenze nell'assegnazione secondo la propria posizione nella graduatoria di merito e, solo all'esito, avrebbe potuto procedere a sottoporre le residue sedi disponibili per lo scorrimento di graduatoria. Poiché tra le sedi successivamente individuate ve ne sono ben dieci che ricadono nell'ambito territoriale per il quale la ricorrente ha sempre espresso la sua preferenza, sussiste l'interesse ad agire anche in via cautelare (Trib. Reggio Calabria, ord. del 31/05/2020).

Dello stesso avviso Trib. Catania n. 4506/2001, sopra citata, che ha fatto applicazione del principio meritocratico in relazione ad una tra le numerosissime controversie ingenerate, nel settore scolastico, dalle assunzioni avvenute attingendo anche alle graduatorie dell'anno 2012.

Si deve pertanto affermare che, prima di procedere allo scorrimento, i posti da coprire devono essere offerti, mediante interpello o altro strumento di celere sollecitazione, agli originari vincitori la cui scelta di sede era rimasta inesaudita e che, avendo nelle more assunto servizio presso una sede di scelta non prioritaria, dovranno essere interpellati e, a richiesta, trasferiti in quella ambita sin dall'inizio; attraverso lo scorrimento, invece, saranno assegnati i posti rimasti scoperti, anche a seguito del detto trasferimento, e l'assegnazione procederà in favore degli idonei che, rispetto ai primi, occupano in graduatoria una posizione deteriore.

Né può obiettarsi che la preventiva consultazione dei vincitori rimasti insoddisfatti era da evitare per non aggravare la procedura, atteso che bastava assegnare breve termine (anche pochissimi giorni) entro cui manifestare nuovamente la scelta per la sede preferita.

Del resto, tra la scadenza del termine assegnato agli idonei per la indicazione della loro preferenza (dal 20 dicembre 2022 al 3 gennaio 2023: doc. 5a) ed il provvedimento di assegnazione delle sedi (datato 16.1.2023), sono intercorsi ben 13 giorni, che ben avrebbero potuto essere impiegati per tenere conto anche della riformulata scelta dei vincitori, ove debitamente interpellati.

Non era invece consentito, neppure in sede di scorrimento, non tenere conto delle posizioni, e scavalcare gli originari vincitori, in quanto ciò ha finito per dare luogo a vera e propria *inversione* dell'ordine riprodotto nella graduatoria, laddove l'inversione è, per l'appunto illegittima, come affermato anche nei precedenti citati.



Palazzolo

STUDIO LEGALE

Avv. Vincenza Palazzolo

Via Torquato Tasso, 14 - 90144 Palermo
 avv.vincenza.palazzolo@gmail.com
 vincenzapalazzolo@pecavvpa.it

I principi sopra esposti trovano applicazione nella presente fattispecie, nella quale il ricorrente aveva conseguito, nella graduatoria del 14.1.2022 (doc. 2), la posizione 396.

Detta posizione non è mutata ed è ancora valida ed efficace.

Di contro, i venticinque candidati idonei ai quali, per effetto del provvedimento del 16.1.2023 e dell'elenco allegato (docc. 6a e 6b), sono stati assegnati posti siti presso le sedi di Palermo, nella medesima graduatoria occupavano ed occupano posizioni più basse (la migliore, nel profilo Giuri, tra i venticinque assegnati a Palermo è la 428°, ma è anche peggiore, come tutte le altre, di quella del ricorrente).

Ne consegue che non poteva procedersi all'assegnazione della sede di Palermo agli idonei prima che il ricorrente, che aveva ab origine espresso la scelta per quella sede, fosse interpellato e messo nelle condizioni di accedere a detta sede; in ogni caso, con priorità rispetto agli idonei assunti per scorrimento.

Palese risulta così la violazione del criterio meritocratico previsto in modo inderogabile dal bando e del diritto del ricorrente alla assegnazione alla sede di Palermo (Corte o Tribunale).

§§§

Da ultimo, a conferma che il Tribunale di Marsala non sia e non venga considerato deficitario nell'assegnazione degli addetti all'ufficio per il processo, si consideri anche che per effetto dell'ultimo, recente, scorrimento (disposto a favore dei soli Tribunali di Termini Imerese, Sciacca ed Agrigento, con cui le graduatorie distrettuali sono state per intero utilizzate, giungendo sino all'ultimo degli idonei) nessuno tra gli assunti vi è stato destinato (doc. 10).

In ogni caso, quali che siano le esigenze di popolamento dei singoli uffici, la collocazione di tutti gli assunti deve avvenire in osservanza del principio di legalità e quindi nel pieno rispetto del diritto dell'avente diritto alla preferenza nella scelta della sede secondo il criterio unico previsto nel bando (art. 13) applicabile in ogni occasione in cui si proceda ad assunzione, cioè anche nella fase dello scorrimento.

All'amministrazione, di contro, non è mai consentito di disporre della graduatoria a proprio piacimento (ovvero, secondo le esigenze di distribuzione del personale tra le varie sedi, valutate discrezionalmente): a tale libertà di azione si oppongono, eliminandola del tutto, l'esistenza e l'operatività del vincolo posto dal bando, da un lato, e dall'altro lato la natura del rapporto di lavoro, che è privatizzato: in esso, una volta approvata la graduatoria e conclusa l'attività



Palazzolo

STUDIO LEGALE

Avv. Vincenza Palazzolo

Via Torquato Tasso, 14 - 90144 Palermo
 avv.vincenza.palazzolo@gmail.com
 vincenzapalazzolo@pecavvpa.it

concorsuale, si hanno un rapporto a prestazioni corrispettive e due parti contrattuali poste in condizioni di parità; la stessa pubblica amministrazione, che riveste il ruolo di datore di lavoro, non esercita più alcuna autorità ed è priva di discrezionalità nelle proprie scelte, rimanendo tenuta al rispetto dei diritti soggettivi della controparte contrattuale, il dipendente, tra cui il diritto alla scelta della sede secondo il criterio meritocratico, recepito nel bando.

Risulta pertanto smentita *per tabulas* anche l'affermazione della difesa erariale, esplicita in primo grado, secondo cui l'assegnazione dell'odierno appellante alla sede di Marsala risponde all'esigenza di uniforme distribuzione del personale fra le varie sedi; peraltro, a riprova dell'assoluta inconsistenza dell'argomento, resta del tutto indimostrato perché tale obiettivo possa essere realizzato solo attraverso l'assegnazione dello stesso Giglio al detto Tribunale, e non anche attraverso l'assegnazione di altro assunto per scorrimento, posizionato nella graduatoria in posto inferiore a quello del Giglio.

Tutto questo non è di ostacolo alla copertura di posti rimasti vacanti, anche presso il Tribunale di Marsala, con l'assunzione di altre unità che è sempre possibile attraverso nuovo concorso (peraltro, previsto *ab origine* e che, in relazione al profilo dell'addetto all'ufficio per il processo, sarà a breve bandito).

§§§

Pertanto, il dott. Giglio Marcello, come sopra rappresentato e difeso, chiede che

VOGLIA L'ON.LE CORTE DI APPELLO DI PALERMO

accogliere il presente ricorso in appello e, per l'effetto, annullare e/o riformare integralmente la sentenza n. 735/2023, emessa *inter partes* nel giudizio 293/2023 R. G. Lavoro dal Giudice del Lavoro addetto al Tribunale di Marsala, dott. Francesco Giardina, pubblicata il 18.10.2023, non notificata, accogliendo altresì il ricorso introduttivo del primo grado di giudizio e quindi dichiarando il diritto di parte appellante alla scelta della sede con precedenza e preferenza rispetto agli idonei assunti con provvedimento Prot. n. m_dg.DOG.16/01/2023. 0000851.ID del 16.1.2023 ed assegnati alla sede di Palermo (Corte di appello e Tribunale) e ordinare al Ministero del Giustizia, in persona del Ministro pro tempore, la assegnazione di essi ricorrenti alla Corte di appello di Palermo o al Tribunale di Palermo.

Con riserva di ogni diritto, ragione ed azione, anche per il risarcimento dei danni, subiti e subendi.



Palazzolo

STUDIO LEGALE

Avv. Vincenza Palazzolo

Via Torquato Tasso, 14 - 90144 Palermo
avv.vincenza.palazzolo@gmail.com
vincenzapalazzolo@pecavvpa.it

Valore controversia: indeterminabile.

Si produce:

- 1) fascicolo di parte di I° grado (indice nel ricorso di I° grado).
- 2) sentenza n. 735/2023, non notificata, pubblicata il 18.10.2023 Tribunale del Lavoro di Marsala
- 3) procura alle liti
- 4) attestazione di conformità.

Palermo 11 aprile 2024

Avv. Vincenza Palazzolo

