REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI CATANIA

Il Giudice del Lavoro del Tribunale di Catania, G.O.T. dott. Domenico Circosta, all'udienza di discussione del 28 febbraio 2017 ha pronunciato, ex art. 429 c.p.c., la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 3656/2014 R.G. Sez. Lavoro, promossa

DA

[redacted], rappresentata e difesa, giusta procura speciale a margine del ricorso introduttivo, dagli avvocati S[redacted]

-Ricorrente –

CONTRO

AZIENDA OSPEDALIERA UNIVERSITARIA – POLICLINICO VITTORIO EMANUELE DI CATANIA, in persona del direttore generale pro tempore P.I. 04721260877, rappresentata e difesa dal[redacted]

-Resistente-

Motivazione

Con ricorso depositato il 10/04/2014 la ricorrente deduceva di essere stata assunta per la prima volta dalla resistente in data 01.10.2004 con contratto ex art. 15 septies comma 1, d. lgs. 30.12.1992 n. 502, con funzione di dirigente di I livello presso l'UO di Neurologia del presidio ospedaliero Gaspare Rodolico; che l'incarico era stato sempre prorogato senza soluzione di continuità e che nelle more dell'incarico aveva partecipato al concorso pubblico per titoli ed esami per la copertura di un posto dirigente medico nella disciplina di neurologia indetto dalla resistente con delibera n. 363 del 20.11.2009; di essersi collocata al secondo posto della graduatoria finale di merito approvata con delibera del 30.12.2011; che all'epoca in cui si è concluso il concorso nella dotazione organica dell'azienda sussisteva una vacanza di due posti di dirigente medico neurologo; che l'azienda con delibera n. 1344 del 15.11.2011 ha approvato il piano delle assunzioni che prevedeva per l'anno 2012 l'assunzione di due dirigenti, uno a seguito del concorso pubblico cui aveva partecipato la ricorrente e l'altro destinato ad essere coperto mediante procedura di mobilità; che l'azienda aveva pubblicato in data

Firmato Da: CIRCOSTA DOMENICO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c128f

18.11.2011 avviso di mobilità volontaria per la copertura di un posto di dirigente medico nella disciplina neurologia; che successivamente l'azienda con delibera n. 176 dell'1.06.2012, modificando la dotazione organica approvata in precedenza aveva reso disponibile un ulteriore posto di dirigente medico nella disciplina di Neurologia trasformando un posto di dirigente medico nella disciplina di microbiologia e virologia in un posto di dirigente medico nella disciplina di neurologia, per la cui copertura a tempo indeterminato dava mandato al settore gestione risorse umane di predisporre un ulteriore e nuovo bando di concorso; che a fronte di dette iniziative dell'azienda l'istante chiedeva l'annullamento della delibera con la quale era stata indetta la procedura di mobilità nonché della successiva delibera con la quale era stata approvata la procedura concorsuale per la copertura dell'ulteriore posto resosi disponibile affermando il proprio diritto a coprire uno dei due posti attraverso lo scorrimento della graduatoria; che l'azienda con delibera n. 879 del 04.12.2013 ha rilevato che alla data del 16.11.2013 sussisteva una vacanza di n. 3 posti di dirigente medico nella disciplina di neurologia; che a parziale modifica di detta delibera l'azienda ha successivamente emesso la delibera n. 292 del 02.03.2014 nella quale non viene più menzionata la disponibilità dei posti di neurologia in quanto gli stessi sono congelati e non vacanti; che prima dell'emissione di questa ultima delibera l'istante aveva diffidato l'azienda invitandola ad annullare in autotutela le delibere n. 1097/2001 e 786/2012, invitandola ad adottare i provvedimenti ritenuti opportuni per assicurare il suo diritto all'assunzione sorto al momento dell'approvazione del concorso bandito nel 2009; che a detta diffida non era stato dato alcun riscontro.

Tanto premesso la ricorrente chiedeva che il Tribunale, previa disapplicazione e/o annullamento delle delibere n. 1097/2001 e 786/2012, dichiarasse il suo diritto ad essere assunta a tempo indeterminato come dirigente medico di neurologia con priorità rispetto ad altri colleghi per la copertura di posti vacanti che si renderanno disponibili presso l'azienda resistente fino al 31 dicembre 2016 e successive eventuali proroghe ed adottasse i provvedimenti conseguenti.

Fissata l'udienza di discussione, si costituiva l'Azienda resistente sollevando preliminarmente il difetto di giurisdizione dell'AGO, eccependo l'inesistenza di un obbligo a ricorrere alle graduatorie in caso di copertura di un posto a tempo indeterminato e deducendo l'infondatezza della domanda di cui si chiedeva il rigetto.

La causa, istruita documentalmente e autorizzato il deposito di note, perveniva all'odierna udienza dove dopo la discussione delle parti, veniva decisa mediante lettura del dispositivo e dell'esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione.

Firmato Da: CIRCOSTA DOMENICO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c128f

In ordine alla sollevata eccezione di difetto di giurisdizione, osserva il decidente che la controversia in esame trae origine da un ricorso finalizzato ad ottenere il riconoscimento del già asseritamente consolidato diritto all'assunzione della ricorrente e, pertanto, non riguarda questioni relative all'accesso al pubblico impiego che, com'è noto, rientrano nell'ambito della residuale giurisdizione del giudice amministrativo in virtù dell'art. 63, comma 4, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 (c.d. Testo Unico dei Pubblici Impiegati).

Si evidenzia sul punto che, la Corte di Cassazione ha recentemente ribadito che "...in materia di riparto della giurisdizione nelle controversie relative a procedure concorsuali nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, la cognizione della domanda, avanzata dal candidato utilmente collocato nella graduatoria finale, riguardante la pretesa al riconoscimento del diritto 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" (Cass. Sez. Lav. 12 gennaio 2016).

Orbene, considerata la prospettazione della domanda, risulta evidente che la fattispecie in esame non riguarda la legittimità o meno di una procedura concorsuale, considerato che il concorso si è già svolto, si è concluso ed ha visto la ricorrente collocarsi in posizione utile. La questione, dunque, attiene alla sussistenza o meno del riconoscimento del diritto soggettivo della ricorrente ad essere assunta a tempo indeterminato

In ragione di quanto sopra osservato deve ritenersi che l'eccepito difetto di giurisdizione sia insussistente.

In ordine al merito del giudizio è opportuno procedere preliminarmente ad un esame dei più recenti arresti giurisprudenziali esistenti in materia e dei principi negli stessi enunciati.

Osserva il giudicante che a seguito della pronuncia n. 14/2011, resa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato il 28 luglio 2011, è stato affermato il principio secondo il quale, "l'amministrazione deve tenere nel massimo rilievo la circostanza che l'ordinamento attuale afferma un generale favore per l'utilizzazione delle graduatorie degli idonei". In maniera ancor più decisa, la pronuncia afferma altresì che allo scorrimento della graduatoria deve riconoscersi il "ruolo di modalità ordinaria di provvista del personale" e che "sul piano dell'ordinamento positivo, si è ormai realizzata la sostanziale inversione del rapporto tra l'opzione per un nuovo concorso e la decisione di scorrimento della graduatoria preesistente ed efficace. Quest'ultima modalità di reclutamento rappresenta ormai la regola generale, mentre l'indizione del

Firmato Da: CIRCOSTA DOMENICO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c128f

nuovo concorso costituisce l'eccezione". In definitiva, conclude l'Adunanza Plenaria, "l'ordinamento attuale afferma un generale favore per l'utilizzazione delle graduatorie degli idonei, avente anche una chiara finalità di contenimento della spesa pubblica che il concorso pubblico comporta, e che recede solo in presenza di speciali discipline di settore o di particolari circostanze di fatto o di ragioni di interesse pubblico prevalenti".

Tutto ciò non equivale peraltro a configurare in capo agli idonei la sussistenza di un diritto soggettivo pieno allo scorrimento della graduatoria per il solo fatto della disponibilità di posti in organico. Dalla giurisprudenza in oggetto è, infatti, possibile trarre una serie di limiti alla pur affermata priorità dello scorrimento della graduatoria che qui è opportuno brevemente richiamare.

In primo luogo, non è sufficiente la disponibilità del posto in organico, essendo invece necessaria un'esplicita volontà dell'amministrazione di procedere alla provvista del posto. In presenza di candidati idonei e di posti in organico, afferma la giurisprudenza, "l'amministrazione non è incondizionatamente tenuta alla loro copertura, ma deve comunque assumere una decisione organizzativa, correlata agli eventuali limiti normativi alle assunzioni, alla disponibilità di bilancio, alle scelte programmatiche compiute dagli organi di indirizzo e a tutti gli altri elementi di fatto e di diritto rilevanti nella concreta situazione, con la quale stabilire se procedere, o meno, al reclutamento del personale".

In secondo luogo, la scelta dell'amministrazione di procedere alla copertura del posto attraverso l'indizione di un nuovo concorso è ammissibile solo se adeguatamente motivata sulla base delle specifiche circostanze del caso. Motivazioni che devono dare conto "in ogni caso, della esistenza di eventuali graduatorie degli idonei ancora valide ed efficaci al momento dell'indizione del nuovo concorso" e che "devono, comunque, essere puntualmente enucleate nel provvedimento di indizione del nuovo concorso".

In terzo luogo, il reclutamento di personale tramite scorrimento delle graduatorie presuppone che il posto vacante sia già presente in dotazione organica al momento dell'indizione del concorso. Detta limitazione si desume dai principi contenuti nella normativa vigente in materia di scorrimento delle graduatorie, in particolare dall'art. 91, comma 4, del Testo unico degli enti locali (d. lgs. n. 267 del 2000), il quale, dopo aver previsto che "per gli enti locali le graduatorie rimangono efficaci per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione, per l'eventuale copertura dei posti che si venissero a rendere successivamente vacanti e disponibili", introduce un'eccezione a tale regola generale "per i posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso". Tale disposizione, come chiarito dall'orientamento dell'Adunanza plenaria del

Firmato Da: CIRCOSTA DOMENICO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c128f

Consiglio di Stato 28 luglio 2011, n. 14, "sebbene contenuta nella disciplina degli enti locali, risulta espressiva di un principio generale e, pertanto, trova applicazione comune anche ad altre Amministrazioni pubbliche", e quindi anche alle aziende ospedaliere. L'esclusione dello scorrimento della graduatoria per i posti di nuova istituzione o trasformati mira in tutta evidenza ad evitare che le pubbliche amministrazioni possano essere indotte a modificare la dotazione organica al solo fine di assumere uno degli idonei inseriti in graduatoria, "creando" un posto al solo fine di favorire un soggetto che per il fatto di essere inserito in una graduatoria di idonei è già nominativamente identificato. Alla luce di una ratio siffatta, pare evidente che ciò che la norma richiede è in effetti che la disponibilità del posto nella dotazione organica preceda l'approvazione della graduatoria del concorso, intervenendo quindi in un momento nel quale i nominativi dei soggetti idonei non sono ancora conosciuti e l'Amministrazione non potrebbe dunque in alcun modo effettuare scelte contrarie al principio di imparzialità.

Orbene, la fondatezza della domanda della [redacted] – che parrebbe a prima vista supportata dalla generale priorità da riservare allo scorrimento della graduatoria – va verificata alla luce delle circostanze che, secondo i principi generali, potrebbero invece legittimare la scelta della amministrazione di procedere alla indizione di un nuovo concorso.

Quanto al presupposto relativo alla necessità, affinché si configuri un diritto allo scorrimento, che l'amministrazione abbia manifestato la volontà di procedere alla provvista di un posto disponibile in organico – si evidenzia che la stessa scelta della amministrazione di avviare prima una procedura di mobilità e di bandire poi un concorso pubblico per la copertura di due posti di Dirigente medico nel settore della Neurologia, costituisce un inequivoco indice della intenzione dell'Azienda di coprire quei posti.

Quanto al presupposto relativo alla necessità che la scelta di indire un nuovo concorso ovvero di utilizzare la procedura della mobilità in luogo di procedere allo scorrimento di graduatorie vigenti sia adeguatamente ed esplicitamente motivata nel provvedimento di indizione del nuovo concorso ovvero della procedura di mobilità, non sembra che nella fattispecie esso possa dirsi soddisfatto. Infatti le delibere con le quali l'amministrazione ha indetto il concorso e la procedura di mobilità non contengono alcuna motivazione specifica in grado di giustificare la deviazione dal percorso che l'ordinamento considera prioritario, ovvero lo scorrimento della graduatoria.

Quanto al presupposto relativo all'esclusione del diritto allo scorrimento, nel caso in cui il posto sia stato istituito successivamente alla indizione del concorso nel quale il

Firmato Da: CIRCOSTA DOMENICO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c128f

soggetto è risultato idoneo, si osserva con riferimento alla procedura di mobilità, che la relativa delibera è precedente alla approvazione della graduatoria. In ossequio ai principi sopra indicati, si appalesa dunque fondata la pretesa della [redacted] tesa ad anteporre alla mobilità lo scorrimento della graduatoria.

Da quanto sopra discende che prima dell'approvazione della graduatoria del concorso cui ha partecipato la [redacted] erano disponibili in organico almeno due posti di Dirigente Medico di Neurologia, uno dei quali è stato coperto a seguito dell'espletamento del suddetto concorso e l'altro "congelato" in relazione al contratto ex art. 15 septies. Al di là delle formule utilizzate dall'amministrazione in sede di delibera, ciò che l'Azienda ha definito in occasione della modifica della dotazione organica è dunque uno scongelamento del posto accantonato e una contestuale, ma autonoma, soppressione di una posizione di Microbiologia e virologia evidentemente ritenuta non più utile. Si evidenzia, inoltre che lo scongelamento del posto già esistente nella dotazione organica al momento della approvazione della graduatoria, costituisce una manifestazione di volontà della amministrazione di provvedere alla provvista del posto di Dirigente medico della disciplina Neurologia. Volontà che, in assenza di motivazioni contrarie, alla luce dei principi giurisprudenziali esistenti in materia e condivisi da questo giudicante, non può che essere perseguita attraverso lo scorrimento della graduatoria.

Si osserva, poi, con riferimento al posto destinato alla mobilità, che non vi sono elementi dai quali possa derivare un divieto alla sua copertura mediante scorrimento. Come rilevato, invero, il posto era stato istituito prima dell'approvazione della graduatoria.

Ebbene, a questo punto, è opportuno chiarire quando è sorto il diritto all'assunzione della ricorrente.

Orbene, dagli atti prodotti nel presente giudizio, si evince chiaramente che il diritto della ricorrente era già sorto al momento dell'approvazione della graduatoria finale (cfr. documento n. 7: delibera n. 1593 del 30 dicembre 2011). E ciò in quanto, pochi giorni prima della pubblicazione della graduatoria (ma successivamente alla conclusione della procedura concorsuale avvenuta il 4 novembre 2011 con la redazione del verbale della Commissione giudicatrice incaricata – cfr. documento n. 6), l'Azienda aveva deciso di avviare una procedura di mobilità per la copertura di un posto già esistente, pur avendo già a disposizione gli esiti del concorso espletato. Dunque, la volontà dell'Azienda di coprire il posto mediante mobilità volontaria fa venir meno la presunta discrezionalità a cui fa riferimento la resistente nella propria memoria difensiva.

Firmato Da: CIRCOSTA DOMENICO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c128f

Alla luce di quanto rappresentato in precedenza, è evidente che la procedura di mobilità è illegittima perché contrasta con il diritto all'assunzione che va riconosciuto alla ricorrente in virtù della seconda posizione utile ricoperta in graduatoria.

Il diritto soggettivo era già sorto nel 2011 al momento della pubblicazione della graduatoria in quanto l'indizione della procedura della mobilità per la copertura di un posto già esistente per la stessa disciplina manifesta chiaramente la volontà dell'Azienda di coprire quel posto.

Pertanto in ragione di quanto sopra esposto la domanda deve ritenersi fondata e merita accoglimento.

La natura della controversia, la complessità delle questioni affrontate e le ragioni della decisione determinano la sussistenza di giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite tra le parti.

PQM

definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da parte ricorrente in epigrafe indicata con ricorso depositato in data 10 aprile 2014;

disattesa ogni contraria istanza, eccezione e difesa, così provvede:

Dichiara il diritto della ricorrente a ricoprire l'incarico di Dirigente Medico di Neurologia presso l'Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico "Vittorio Emanuele" di Catania, con contratto a tempo indeterminato, essendo il suo diritto sorto sin dal 30.12.2011.

Compensa le spese di giudizio tra le parti.

Catania, 28 febbraio 2017

Il Giudice del Lavoro

G.O.T. dott. Domenico Circosta

Firmato Da: CIRCOSTA DOMENICO Emesso Da: POSTECOM CA3 Serial#: c128f