



**SCORRIMENTO DI GRADUATORIE: SI PREANNUNCIA UN NUOVO *REVIREMENT*  
GIURISPRUDENZIALE IN ORDINE ALLA GIURISDIZIONE SULLE CONTROVERSIE DI  
PUBBLICO IMPIEGO ?  
(APPUNTI ATTORNO A CASS., SEZ. UN., 9 FEBBRAIO 2011, N. 3170)**

di

**Edoardo Nicola Fragale**

*(Avvocato in Bologna)*

15 giugno 2011

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi; 2. Il criterio di riparto accolto dalla giurisprudenza; 3. Giurisdizione amministrativa: doppia tutela e tutela limitata agli interessi legittimi pretensivi; 4. Determinazioni inerenti alla copertura delle dotazioni organiche ed esercizio di potestà pubblicistiche: quale giurisdizione?

**1. Cenni introduttivi.**

Decorso più di un decennio dacché sono state devolute al giudice ordinario le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, la Corte di cassazione ha impresso al riparto di giurisdizione un assetto che può considerarsi, almeno per grandi linee, consolidato.

Tuttavia, i pure autorevoli interventi delle Sezioni Unite non hanno del tutto sopito il dibattito, che rimane ancora piuttosto acceso in dottrina non meno che in giurisprudenza, in considerazione dell'indubbia difficoltà di individuare soluzioni sufficientemente appaganti circa il complicato raccordo tra il primo ed il quarto comma dell'art. 63 D.Lgs. n. 165/2001.

Questo si rivela particolarmente vero nella controversa materia dei concorsi pubblici e dello scorrimento di graduatorie, ove si annidano i dubbi maggiori, in considerazione delle incertezze applicative cui dà luogo il criterio concretamente usato dalla Cassazione per dirimere i conflitti tra le due giurisdizioni.

## **2. Il criterio di riparto accolto dalla giurisprudenza.**

Le difficoltà originano dall'aver il legislatore, da un lato, devoluto quasi interamente al tribunale ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze dalla P.A., ivi comprese quelle “*concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti*” (art. 63, co. 1, D.Lgs. n. 165/2001), ma, dall'altra, individuato una significativa eccezione nella conservazione della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, in relazione alle procedure concorsuali finalizzate all'assunzione dei dipendenti pubblici (art. 63, co. 4, D.Lgs. n. 165/2001).

La convivenza tra le due giurisdizioni è stata risolta in dottrina con varietà di posizioni, da alcuni ipotizzando una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, con conseguente irrilevanza del tradizionale criterio di riparto ancorato alla natura della situazione giuridica dedotta in giudizio<sup>1</sup>; da altri, invece, richiamando proprio la regola generale di riparto fondata sulla natura della posizione soggettiva fatta valere<sup>2</sup>.

Sebbene la tesi della giurisdizione esclusiva del giudice ordinario fosse quella maggiormente aderente ai principi di concentrazione delle tutele, nella giurisprudenza, fatta eccezione per

---

1 Intravedono nel dettato normativo una ripartizione per materia F. Carinci, *Una riforma “conclusa”*. *Fra norma scritta e prassi applicativa*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, 2, 329; id., *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di una scommessa perduta)*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, 6, 1049, A. Corpaci, *La giurisdizione dopo la seconda fase della riforma: novità e prima applicazione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 5, p. 1057; altra autorevole dottrina ritiene, invece, che l'art. 63 D.Lgs. abbia introdotto un criterio di riparto della giurisdizione per materia e non per situazione giuridica in relazione alle sole controversie in materia di concorsi pubblici, in considerazione del fatto che il giudice amministrativo si troverebbe a giudicare della legittimità di atti non autoritativi cfr. D. Borghesi, *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, Cedam, 2002.

2 Sostengono la tesi del riparto per situazione giuridica dedotta in giudizio M.G. Garofano, *Il trasferimento di giurisdizione nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 3-4, 499, G. Trisorio Liuzzi, in *Lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, Commentario diretto da Franco Carinci e Massimo D'Antona* (a cura di), seconda edizione, 2000, Giuffrè Editore, p. 1804, L. Giugliano, *Commento all'art. 63 del D.Lgs. n. 29/1993*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1999, 1447, P. Picone, *Lavoro pubblico e lavoro privato: problemi di giurisdizione. Il punto di vista del giudice ordinario*, in *Lav. pubbl. amm.*, 3-4, 579.

alcune isolate, e minoritarie, prese di posizione<sup>3</sup>, si è in prevalenza affermato l'orientamento incline ad individuare nella giurisdizione del giudice ordinario una mera giurisdizione sui diritti soggettivi, esclusa ogni possibilità di configurare il giudizio ordinario (anche) alla stregua di un giudizio incentrato in via principale sul sindacato di legittimità di eventuali provvedimenti amministrativi<sup>4</sup>.

Si è, pertanto, fatta strada l'idea che il riparto tra i due plessi giurisdizionali sia nient'altro che la traduzione in termini processuali della scelta compiuta sul terreno del diritto sostanziale di assegnare all'area del diritto privato tutti gli atti di gestione dei rapporti di lavoro nonché le determinazioni organizzative adottate con i poteri e la capacità del privato datore di lavoro ai sensi dell'art. 5, co. 2, D.Lgs. n. 165/2001 e di riservare alla sfera pubblicistica i soli atti a carattere organizzatorio individuati dall'art. 2, co. 1, D.Lgs. n. 165/2001.

A parere di chi scrive, la tesi della giurisdizione ordinaria come giurisdizione di soli diritti soggettivi, seppure non priva di inconvenienti pratici, pare quella maggiormente fedele al dettato normativo.

A favore di tale lettura milita, anzitutto, la circostanza che la norma regolatrice della giurisdizione (cfr. art. 63, D.Lgs. n. 165/2001) ha conferito al giudice ordinario poteri non coerenti con la struttura del giudizio impugnatorio.

Ove il legislatore avesse davvero inteso introdurre una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, intesa come giurisdizione estesa alle situazioni giuridiche che incrociano potestà pubblicistiche, avrebbe, infatti, riconosciuto un armamentario adeguato, mediante l'espressa attribuzione in capo al giudice ordinario di un potere di annullamento dei provvedimenti amministrativi, che significativamente, invece, non ha previsto, riconoscendo solo il ben diverso, e più limitante, potere di disapplicazione.

A tal riguardo, non vale opporre che al giudice ordinario sarebbe, comunque, consentito di adottare, nei riguardi delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento,

---

3 Cfr. Cass., Sez. Un. 18 luglio 2001, n. 9771, in *Foro it.* 2003, I, 317, con riferimento alla giurisprudenza amministrativa, TAR Lazio Roma, Sez. III, 16 giugno 2009, n. 5689, in *Foro amm. TAR*, 2009, 6, 1794; si veda pure TAR Campania Napoli, Sez. V, 12 gennaio, 2010, n. 73, in *Foro amm., TAR*, 2010, 1, 235, secondo cui il legislatore del 1998 ha usato una tecnica di attribuzione di giurisdizione, per certi versi speculare a quella prima vigente attributiva della cognizione di tale materia al giudice amministrativo, che segue il modello del riparto per blocchi di materia e prescinde, per definizione, dal criterio ordinario della consistenza della posizione soggettiva fatta valere.

4 Tra le più significative, Cass., Sez. Un., 24 febbraio 2000, n. 41, in *Giust. civ.* 2000, I, 2955, con nota di U. Corea, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi nel pubblico impiego privatizzato*, nonché Cass., Sez. Lav., 20 marzo 2004, n. 5659, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, n. 7-8, 2056, con nota di M. Montini, *La resistibile ascesa del diritto privato e la (incognita) natura degli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali*; si veda anche l'interessante trittico di pronunce emesse dalla Cassazione a Sezioni Unite il 9 febbraio 2009: Cass., Sez. Un., 9 febbraio 2009, n. 3052, in *Giust. Civ.*, 2010, 3, 723; Cass., Sez. Un., 9 febbraio 2009, n. 3054, in *Foro it.* 2009, 10, 2712; Cass., Sez. Un., 9 febbraio 2009, n. 3055, *Guida al diritto*, 2009, 13, 72.

costitutivi e di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati (cfr. art. 63, co. 2, D.Lgs. n. 165/2001), poiché l'ampiezza di tali poteri parrebbe incontrare pur sempre il limite della ricorrenza di una controversia che abbia ad oggetto, come per l'appunto recita il richiamato art. 63, co. 2, D.Lgs. n. 165/2001, i "diritti" e non una qualunque posizione soggettiva<sup>5</sup>.

Ciò considerato, secondo la tesi maggiormente accreditata, continuerebbero a costituire espressione di potestà pubblicistiche, ad esse contrapponendosi specularmente altrettante posizioni di interesse legittimo, i soli provvedimenti individuati dall'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 165/2001 e cioè quelli riguardanti le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, l'individuazione degli uffici di maggiore rilevanza ed i modi di conferimento della titolarità dei medesimi nonché la determinazione delle dotazioni organiche.

A queste ipotesi di esercizio di potestà di natura autoritativa, la giurisprudenza aggiunge quella prevista dall'art. 63, co. 4, D.Lgs. n. 165/2001 che, pur regolando la giurisdizione in materia di procedure concorsuali finalizzate all'assunzione, assumerebbe un rilievo sostanziale e non meramente processuale<sup>6</sup>.

### **3. Giurisdizione amministrativa: doppia tutela e tutela limitata agli interessi legittimi pretensivi.**

Nei casi sopra visti, ma con qualche non infondato dubbio in ordine alle controversie sui concorsi<sup>7</sup>, al dipendente sarebbe accordata una doppia tutela, nessun ostacolo essendo frapposto alla possibilità di far seguire al ricorso di lavoro presentato a tutela dei diritti soggettivi nascenti dal contratto, con richiesta di disapplicazione del provvedimento

---

5 Come, invece, opportunamente previsto per il giudice amministrativo dagli artt. 30 e 34 c.p.a. che consentono al giudice, tanto in sede di giurisdizione esclusiva quanto in sede di giurisdizione generale di legittimità, l'adozione "*delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*", sulla latitudine del potere di condanna cfr. L. Torchia, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, Relazione agli atti del 56° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 23-25 settembre 2010. Giustamente osservano Sez. Un., 24 febbraio 2000, n. 41, in *Giust. civ.* 2000, I, 2955, (con nota di U. Corea, *La tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi nel pubblico impiego privatizzato*), che "*attraverso il d. lgs. n. 29 del 1993, che ha dato attuazione alla detta legge di delega, le posizioni soggettive dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni sono state modificate, nel senso che nei rapporti di lavoro non è dato di identificare interessi legittimi di diritto pubblico, ai quali si riferisce l'art. 103 Cost., come è dimostrato dal fatto che l'amministrazione opera coi "poteri del privato datore di lavoro", adottando tutte le misure inerenti all'organizzazione ed alla gestione dei rapporti (art. 4, comma 2, d. lgs. ult.cit.); nonché dall'art. 68, comma 2, d. lgs. n. 80 del 1998, che parla espressamente di "diritti" dell'impiegato, col connesso potere del giudice ordinario di emettere nei confronti delle pubbliche amministrazioni tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi e di condanna*".

6 Così Cass., Sez. Un., 9 febbraio 2009, n. 3055, *Guida al diritto*, 2009, 13, 72.

7 Chi esclude, anche in giurisprudenza, la possibilità della disapplicazione degli atti della procedura concorsuale, lo fa argomentando con riferimento all'elusione, che altrimenti ne conseguirebbe, della giurisdizione del giudice amministrativo prevista espressamente in materia dall'art. 63, co. 4, D.Lgs. 165/2001, cfr. Cass., Sez. Un. 18 ottobre 2005, n. 20107, in *Giust. civ.* 2006, 7-8, 1619.

amministrativo presupposto, anche un secondo ricorso, questa volta innanzi al giudice amministrativo, allo scopo di ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo<sup>8</sup>.

Non mancano, però, interpretazioni di segno esattamente contrario, propense, invece, a negare, in capo al dipendente, la possibilità di dolersi del provvedimento presupposto innanzi al giudice amministrativo, ove l'atto in questione sia in concreto disapplicabile dal giudice ordinario<sup>9</sup>.

Identico contrasto si è riproposto in giurisprudenza, avendo alcune pronunce ammesso<sup>10</sup> ed altre, invece, negato<sup>11</sup> la doppia tutela sulla considerazione, in quest'ultimo caso, che, ove il dipendente agisca a tutela di un diritto soggettivo e venga in rilievo un atto amministrativo presupposto, il diritto positivo consentirebbe la sola instaurazione del giudizio ordinario.

Quale che sia l'impostazione prescelta, e pur seguendo tra le due quella maggiormente tesa a restringere l'ambito d'operatività della giurisdizione amministrativa, è certo che l'ancoraggio al criterio di riparto fondato sulla natura della situazione giuridica dedotta in giudizio finisce, in un modo o nell'altro, con l'attribuire alla giurisdizione amministrativa una *vis* espansiva, forse neppure originariamente prevista o immaginata dal legislatore *storico* della riforma del 1998.

Di modo che l'osservazione, che pure frequentemente si ritrova nei repertori di giurisprudenza, secondo la quale sarebbe in qualche modo eccezionale, e perciò suscettibile di sola interpretazione restrittiva, la previsione di cui all'art. 63, co. 4, D.Lgs. n. 165/2001 relativa alla conservazione della giurisdizione amministrativa di legittimità sulle sole procedure concorsuali finalizzate all'assunzione<sup>12</sup>, si rivela, a ben vedere, quale mera affermazione di stile.

---

8 Inclini ad ammettere la c.d. doppia tutela, tra gli altri, F.P. Panariello, *Commento all'art. 63 del D.Lgs. n. 29/1993*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1999, 1447; P. Picone, *Lavoro pubblico e lavoro privato: problemi di giurisdizione. Il punto di vista del giudice ordinario*, LPA, 2006, 3-4, 579, F. Saitta, *Contratti individuali di lavoro e graduatorie concorsuali alla ricerca di un (solo) giudice: senza la concentrazione delle tutele non può esservi effettività*, *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 3, 886.

9 Parrebbero escludere un interesse giuridico all'impugnazione delle determinazioni organizzative innanzi al giudice amministrativo E. A. Apicella, *Le determinazioni della pubblica amministrazione-datore di lavoro ed il sindacato giurisdizionale*, *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 7-8, 2, F. Liso, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro, in Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, Commentario di Franco Carinci e Lorenzo Zoppoli (a cura di)*, Milano, 2000, I, 162 nonché L. Torchia, *Giudice Amministrativo e pubblico impiego dopo il D.Lgs. n. 80/1998*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, 5, 1055.

10 Cfr. Cass., Sez. Un. 9 febbraio 2009, n. 3055, in *Guida al diritto*, 2009, 13, 72; Cass., Sez. Un., 7 novembre 2008, n. 26799, in *Foro it.* 2009, 10, 2712, Cass., Sez. Un., 8 novembre 2005, n. 21592, in *Giust. Civ.*, 12, 2952 e Cass., Sez. Lav., 5 marzo 2003, n. 3252, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 607.

11 Cfr. Cass., Sez. Un., 5 giugno 2006, n. 13169, in *Giust. civ.*, 2006, 12, 2951; Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2009, n. 3677, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 4, 911, con nota critica di R. Papania, *Gli atti di organizzazione tra questioni di giurisdizione e esecuzione in forma specifica*, p. 920; cfr. TAR, Lombardia Milano, Sez. III, 7 luglio 2009, n. 4311, in *Giust. Civ.*, 2010, 3, 725.

12 Di riserva residuale di giurisdizione del g.a. si parla sin da Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2002, n. 2954, in *Foro it.*, 2002, I, 2966.

È vero, infatti, come poc'anzi si diceva, che, pur seguendo il più restrittivo orientamento, l'ancoraggio del riparto alla natura della situazione giuridica dedotta in giudizio non consente, comunque, di eliminare totalmente la cognizione del giudice amministrativo, al di fuori dell'ipotesi tipizzata dall'art. 63, co. 4, D.Lgs. n. 165/2001.

Vediamo perché.

La c.d. doppia tutela e, conseguentemente, la possibilità di adire (anche) la giurisdizione amministrativa ben può essere esclusa, senza che a ciò consegua una riduzione del livello di protezione del prestatore di lavoro, quando il dipendente sia titolare di un diritto soggettivo derivante dal contratto, che venga lesa dall'adozione, ad opera della P.A., di un atto gestionale assunto sulla scorta di un provvedimento amministrativo posizionato a monte.

In tal caso, infatti, la disapplicazione concessa dal giudice ordinario in vista della protezione del diritto soggettivo si rivela effettivamente soddisfacente delle pretese del dipendente<sup>13</sup>.

Ben diversa è, invece, l'ipotesi nella quale il dipendente aspira “*non alla conservazione di una certa conformazione del rapporto, ma alla sua modifica, ottenibile soltanto con la mediazione dell'esercizio corretto del potere*”<sup>14</sup>.

In questi casi, il dipendente ambisce a conseguire un certo bene della vita (es: il conferimento di un certo incarico direttivo oppure l'assunzione nella qualifica superiore), mediante l'adozione di un provvedimento autoritativo caratterizzato da un certo contenuto (es. istituzione di un certo ufficio di interesse oppure l'avvio di un concorso interno in luogo dell'avvenuto scorrimento di graduatorie di concorsi pubblici); di conseguenza, la sua posizione incrocia direttamente, senza l'intermediazione di un atto gestionale, il potere autoritativo della P.A..

L'assenza di un potere privato, mentre esclude la ricorrenza di situazioni giuridiche di diritto soggettivo, anche sotto la forma degli interessi legittimi di diritto privato<sup>15</sup>, costringe ad

---

13 In tale eventualità, la disapplicazione ad opera del giudice ordinario del provvedimento ad es. di riorganizzazione costituisce misura pienamente soddisfacente dell'interesse del ricorrente che abbia, per esempio, perso l'incarico dirigenziale, poiché in grado di far rivivere indirettamente mediante condanna alla reintegra nel precedente incarico la situazione lavorativa esistente *quo ante* (questo è avvenuto nel caso deciso da Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2009, n. 3677, in *Giust. Civ.*, 2010, 3, 722). Nella prospettiva della c.d. doppia tutela, cumulativa ed identica tutela potrebbe, comunque, concedere il giudice amministrativo, in caso di impugnazione diretta del provvedimento presupposto. In tale eventualità, l'annullamento ad opera del giudice amministrativo del provvedimento di riorganizzazione costituisce misura anch'essa pienamente soddisfacente dell'interesse del ricorrente che sia perdente posto, poiché in grado di far rivivere direttamente l'assetto organizzativo preesistente.

14 Ancora P. Picone, *Lavoro pubblico e lavoro privato: problemi di giurisdizione. Il punto di vista del giudice ordinario*, cit., 579 e segg..

15 Il c.d. interesse legittimo di diritto privato ricorre in ogni caso nel quale la posizione individuale trova innanzi a sé un potere discrezionale di una Autorità privata variamente regolamentato o limitato. Si tratta, pertanto, di una posizione di natura strumentale e non di diritto soggettivo pieno, ciò che preclude all'interessato di ottenere per via giudiziale l'utilità

ipotizzare la presenza di soli interessi legittimi pretensivi alla legittimità dell'azione amministrativa<sup>16</sup>, unicamente tutelabili innanzi al giudice amministrativo<sup>17</sup>.

In questi casi, alla giurisdizione del giudice amministrativo non potrebbe affiancarsi, o sostituirsi, quella del giudice ordinario, da un lato, perché, come poc'anzi visto, non ricorrono situazioni di diritto soggettivo da tutelare (neppure nella forma dell'interesse legittimo di diritto privato) e, dall'altra, perché la strumentazione data in dotazione al giudice ordinario non consente di offrire adeguata soddisfazione alla pretesa del dipendente.

Questo non solo, o non tanto, perché il potere di disapplicazione è capace di operare solo in negativo, ma soprattutto perché, in relazione alle c.d. situazioni giuridiche strumentali di tipo pretensivo (di diritto pubblico ma anche di diritto privato), la tutela passa, di regola, tramite la demolizione del provvedimento illegittimo e la conseguente riedizione, imposta direttamente o indirettamente dal giudice (ordinario con la condanna all'esatto adempimento delle obbligazioni strumentali ovvero quello amministrativo tramite l'effetto conformativo della sua pronuncia<sup>18</sup>), del potere ad opera dell'Autorità (pubblica o privata che sia), in forma emendata dai vizi riscontrati.

---

finale ambita o, che è la stessa cosa, di ottenere tutela diversa dall'esatto adempimento delle c.d. obbligazioni strumentali *eventualmente* previste e concretamente oblite, cfr. Cass., sez. lav., 2 marzo 2009, n. 5025, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 3, 364; sulla risalente distinzione tra interesse legittimo di diritto privato e diritto soggettivo pieno e perfetto cfr. Cass., Sez. Lav., 10 agosto 1987, n. 6858 in *Foro it.*, 1987, I, 2989; in dottrina M. Buoncristiano, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986; A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001.

<sup>16</sup> Nel caso degli interessi legittimi pretensivi, non esiste alcuna posizione giuridica di diritto soggettivo preesistente: "L'interesse alla legittimità risulta in tal modo qualificato come interesse legittimo, diretto cioè, sempre, ad un'azione amministrativa imparziale ed efficiente. È attraverso la legittimità, siccome comprensiva anche del buon andamento, che "l'interesse per cui agisce il privato può risultare soddisfatto dal provvedimento amministrativo, che disponga un dato assetto di interessi", così E. Cannada Bartoli, *Voce Interesse*, *Enc. Dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, 1-28.

<sup>17</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 8 novembre 2005, n. 21592, in *Giust. Civ.*, 2006, 12, 2952.

<sup>18</sup> In riferimento alla posizione del g.a., ancora molto controversa è, invece, la portata della nuova azione di condanna introdotta dagli artt. 30 e art. 34, co. 1, lett. c) c.p.a. che alcuni, comunque, vedono come una appendice dell'azione di annullamento del provvedimento di diniego e dell'azione avverso il silenzio, posta a tutela degli interessi legittimi pretensivi (cfr. M. Clarich, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, [http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi\\_contributi/Clarich\\_Azioni.htm](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Clarich_Azioni.htm); cfr. pure R. Gisondi, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo processo amministrativo*, <http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/2010-8-23,%20Gisondi,%20Azioni%20di%20condanna.htm>). La richiesta di condanna dovrebbe, comunque, reputarsi inammissibile quando, a seguito dell'annullamento del diniego, residuino ancora in capo alla p.a. poteri di valutazione discrezionale o tecnico-discrezionale.

Ma nel caso in esame, il giudice ordinario, da un lato, non può annullare il provvedimento della P.A., non essendo la sua una giurisdizione esclusiva, ma, dall'altra, non può neppure condannare direttamente la P.A. ad un *facere*, non versandosi in controversia relativa ad interessi legittimi di diritto privato.

Dunque, sugli interessi legittimi pretensivi, comunque la si pensi, la giurisdizione amministrativa non può essere eliminata, se non al costo di determinare un inammissibile vuoto di tutela<sup>19</sup>.

Non è, pertanto, condivisibile la tesi, da alcuni sostenuta<sup>20</sup>, secondo la quale il legislatore avrebbe usato la medesima tecnica di attribuzione della giurisdizione adoperata in precedenza, quando le controversie di pubblico impiego erano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, essendo, invece, come poc'anzi visto, ben diversa la latitudine dell'odierna giurisdizione ordinaria sulle controversie di lavoro rispetto alla previgente giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Alla luce delle superiori osservazioni, non è errato ritenere che la progressiva espansione della giurisdizione amministrativa sia stata generata solo in parte dal noto *revirement* giurisprudenziale in tema di progressioni in carriera<sup>21</sup> e molto più, invece, dall'aver il

---

<sup>19</sup> Sul punto le acute osservazioni di P. Picone, *Lavoro pubblico e lavoro privato: problemi di giurisdizione. Il punto di vista del giudice ordinario*, cit., 579 e segg..

<sup>20</sup> Cfr. TAR Campania Napoli, Sez. V, 12 gennaio, 2010, n. 73, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1, 235.

<sup>21</sup> All'indomani dell'approvazione del D.Lgs. n. 80/1998, in considerazione della generale devoluzione al giudice ordinario del contenzioso lavoristico, ritenendosi eccezionale la norma sulla conservazione della giurisdizione amministrativa sui concorsi (cfr. Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2002, n. 2954, in *Foro it.*, 2002, I, 2966), si affermò l'idea che la giurisdizione amministrativa di legittimità fosse limitata alle sole procedure comparative, e non meramente idoneative, caratterizzate dalla formazione di una graduatoria finale nonché dall'essere finalizzate all'instaurazione di rapporti di lavoro.

In tale contesto, le c.d. progressioni in carriera, realizzate mediante concorsi riservati agli interni, erano ritenute mere vicende modificative del rapporto di lavoro, come tali devolute alla generale giurisdizione del giudice ordinario, atteso che la riserva di giurisdizione amministrativa contenuta nell'art. 63, co. 4, D.Lgs. n. 165 veniva giudicata come riferita ai soli casi in cui il concorso fosse diretto alla costituzione del rapporto e non anche a quelli nei quali il concorso fosse diretto soltanto a promuovere il personale già assunto (Cfr. Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2002, n. 2954, in *Foro it.*, 2002, I, 2966; Cass., Sez. Un., 26 giugno 2002, n. 9334, in *Giust. Civ.*, 2003, I, 786). Tuttavia, sulla nozione di concorso finalizzato all'assunzione emersero quasi subito dubbi e ripensamenti. A seguito dei ripetuti moniti della Corte costituzionale circa la necessità di dar luogo al pubblico concorso non solo per la costituzione del rapporto di lavoro, ma anche per l'accesso alla superiore qualifica (Corte cost. 1/1999; n. 194/2002; 373/2002), le Sezioni Unite abbracciarono una interpretazione estensiva dell'art. 63, co. 4, D.Lgs. n. 165/2001, intendendo il richiamo alle procedure finalizzate all'assunzione come riferito non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione per la prima volta del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a consentire l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore; sulla questione cfr. Cass., Sez. Un., 15 ottobre 2003, n. 15403, *Giust. Civ.*, 2003, I, 2719, con nota di M. Gentile, *Ripensamento delle sezioni unite sul riparto di giurisdizione in materia di procedure selettive nella p.a.*; ripercorrono l'intera evoluzione giurisprudenziale Cons. Stato comm. spec., 9 novembre 2005, n. 3556, in *Foro it.* 2006, 5, 262 nonché Cass., Sez. Un., 9 febbraio 2009, n. 3055 in *Guida al diritto* 2009, 13, 72; si vedano pure sul tema delle progressioni in carriera L. Sgarbi, *La Cassazione ci ripensa: sui concorsi interni ha giurisdizione il giudice amministrativo*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 910; M. Lasalvia, E.F. Schlitzer, *Il revirement della Cassazione sul riparto di giurisdizione in tema di concorsi interni dei dipendenti pubblici*, in *Foro. Amm. C.d.S.*, 2003, 2868; B. Gagliardi, *La giurisdizione in materia di concorsi interni: un nuovo revirement della Corte di cassazione*, in

legislatore fatto uso di un criterio di riparto, quello ancorato alla natura della situazione giuridica dedotta in giudizio, che costringe a devolvere al giudice amministrativo la cognizione degli interessi legittimi.

V'è da chiedersi, piuttosto, se un ulteriore ampliamento della giurisdizione amministrativa, rispetto all'attuale assetto disegnato dalla Corte di cassazione, non sia prospettabile nella specifica materia dello scorrimento di graduatorie.

Questo interrogativo viene oggi sollecitato da alcuni recenti arresti delle Sezioni Unite, nei quali non è difficile scorgere l'apertura verso una impostazione volta maggiormente a valorizzare, ai fini dell'individuazione del giudice munito di giurisdizione, la presenza di precise potestà pubblicistiche in sede di determinazione dell'*an* e del *quomodo* della copertura delle dotazioni organiche.

#### **4. Determinazioni inerenti alla copertura delle dotazioni organiche ed esercizio di potestà pubblicistiche: quale giurisdizione?**

In materia di determinazioni inerenti alle modalità di copertura delle dotazioni organiche, il coordinamento tra il primo ed il quarto comma dell'art. 63 D.Lgs. n. 165/2001 è stato reso difficoltoso dall'esplicita attribuzione alla giurisdizione ordinaria delle controversie relative all'assunzione (co. 1) e dall'altrettanto espresso mantenimento di quella amministrativa sui concorsi finalizzati all'assunzione (co. 4).

L'apparente aporia è stata risolta in dottrina assegnando al giudice amministrativo le controversie relative alle procedure concorsuali, ma non quelle successive all'approvazione della graduatoria, le quali sarebbero, invece, da ricondursi alla competenza del giudice del lavoro<sup>22</sup>.

---

*Foro amm. C.d.S.*, 2004, 3, 721; E.A. Apicella, *Rinnovate incertezze in tema di giurisdizione sui concorsi interni nella pubblica amministrazione*, in *Giust. Civ.*, 2005, 11, 2616; A. Corpaci, *Pubblico e privato nel lavoro con le amministrazioni pubbliche: reclutamento e progressioni in carriera*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, 2, 375; più di recente ancora M. Navilli, *Giurisdizione e procedure concorsuali per interni: tra progressione professionale e novazione oggettiva dei rapporti*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, 5, 848 e G. Pendolino, *La giurisdizione sui concorsi interni nel pubblico impiego privatizzato e lo scorrimento della graduatoria concorsuale*, in *Lav. giur.*, 2010, 9, 921.

22 Cfr. F.P. Panariello, *Commento all'art. 63 del D.Lgs. n. 29/1993*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1999, 1447; D. Iaria, *L'ambito oggettivo della giurisdizione del giudice del lavoro e del giudice amministrativo dopo i decreti legislativi n. 80 e n. 387 del 1998*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 1, 283; L. Torchia, *Giudice amministrativo e pubblico impiego dopo il d.lgs. n. 80/1998*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, 1060; M. Navilli, *Graduatorie concorsuali nel pubblico impiego: giurisdizione, diritto degli idonei allo scorrimento e derogabilità della contrattazione collettiva*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, 3-4, 686; id., *Lo scorrimento della graduatoria tra riparto di giurisdizione e diritto degli idonei*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2008, 5, 862.

In giurisprudenza è col tempo emersa una casistica ricchissima, che ha consentito al giudice regolatore della giurisdizione di tipizzare le fattispecie attribuite ora all'una ora all'altra delle due giurisdizioni.

Al di là della comune pretesa dell'idoneo in graduatoria di essere assunto con lo strumento dello scorrimento, nei diversi casi affrontati dalla giurisprudenza il diritto all'assunzione viene di volta in volta ricostruito sulla scorta di fatti costitutivi diversi, tali da indurre i giudici ad adottare soluzioni adeguate alla particolarità dei diversi casi trattati.

Nella più classica delle ipotesi, l'idoneo deduce in giudizio il suo diritto all'assunzione, qualificandolo come situazione giuridica specularmente opposta alla situazione di obbligo in cui verserebbe l'Amministrazione per effetto ora di previsioni del bando di concorso le quali contemplerebbero la copertura a mezzo di scorrimento di tutte le posizioni di lavoro resesi vacanti dopo l'approvazione della graduatoria<sup>23</sup>, ora di impegni o vincoli autonomamente e successivamente assunti dalla P.A. di ricorrere allo scorrimento per coprire posizioni ulteriori<sup>24</sup>.

Su altro versante si collocano quelle controversie nelle quali l'idoneo fonda il proprio diritto all'assunzione su una decisione di scorrimento già presa dalla P.A., in relazione alla quale è, però, contestata l'inosservanza di una qualche disposizione del bando che, se all'opposto osservata, avrebbe comportato, quale automatico effetto, l'inclusione del ricorrente nel novero dei chiamati<sup>25</sup>.

Su di un diverso piano ancora si collocano quelle controversie nelle quali l'idoneo invoca lo scorrimento e, di conseguenza, l'assunzione, facendo conseguire l'uno e l'altra dalla previa rimozione della contraria decisione assunta dalla P.A. di coprire le posizioni vacanti indicando il pubblico concorso<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Cass., Sez. Lav., 7 maggio 2008, 11161, in *Lav. pubbl. amm.*, 2008, 3-4, 644.

<sup>24</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 13 dicembre 2007, n. 26113, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 2, 352 in un caso nel quale il ricorrente lamentava l'inadempimento dell'obbligo assunto autonomamente dalla P.A. di dar luogo allo scorrimento, impegno poi contraddetto dall'indizione di pubblico concorso.

<sup>25</sup> Cass., Sez. Un., 29 settembre 2003, n. 14529, in *Giust. Civ.*, 2004, I, 815.

<sup>26</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 18 ottobre 2005, n. 20107, in *Giust. Civ. mass.* 2005, 6 che declina la giurisdizione in favore del giudice amministrativo; nella stessa direzione decidono anche Cass., Sez. Un., 18 giugno 2008, n. 16527, in *Foro it.*, 2009, 2, 474, Cass., Sez. Un., 16 novembre 2009, n. 24185, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 11, 1598, Cons. St., Sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6332, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 10, 2334. In Cass., sez. lav., 27 maggio 2010, n. 12967, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 5, 821 lo scorrimento è invocato, quale conseguenza dell'illegittimità del provvedimento di mobilità. In questo caso, pur avendo la Cassazione opinabilmente assegnato carattere provvedimentale alla mobilità interaziendale, ha poi comunque disposto la disapplicazione dell'atto amministrativo in vista della tutela del diritto all'assunzione, ritenendo la propria giurisdizione.

In tutti questi casi, con le precisazioni che appresso si vedranno, la giurisprudenza<sup>27</sup>, non esclusa quella amministrativa<sup>28</sup>, ha assegnato al giudice ordinario la cognizione in materia, sulla considerazione che la controversia promossa da chi invochi, nella sua veste di idoneo non vincitore, lo scorrimento della graduatoria, riguarda condotte cronologicamente e concettualmente successive alla conclusione della procedura concorsuale ed ha ad oggetto posizioni di diritto soggettivo.

A tale conclusione farebbe eccezione il terzo gruppo, prima descritto, di controversie, nelle quali l'ideoneo in graduatoria invoca la rimozione della scelta amministrativa di bandire il nuovo concorso, quale mezzo per conseguire il fine dello scorrimento.

Diversamente dalle altre, queste controversie sarebbero devolute al giudice amministrativo<sup>29</sup>.

I pure autorevoli interventi delle Sezioni Unite non hanno, però, del tutto sopito il dibattito circa il complicato raccordo tra il primo ed il quarto comma dell'art. 63 D.Lgs. n. 165/2001.

Ed in effetti non sono mancate, soprattutto presso il giudice amministrativo, prese di posizione disallineate rispetto alle indicazioni pure offerte dalla Corte regolatrice della giurisdizione<sup>30</sup>.

Al fondo di queste pronunce vi è la condivisibile obiezione che non basti affermare che gli atti e le condotte assunte dalla P.A. si collochino in una fase successiva all'approvazione della graduatoria per inferirne *sic et simpliciter* la giurisdizione del giudice ordinario.

Sebbene lo scorrimento afferisca ad una fase successiva alla conclusione del concorso, occorre pur sempre verificare la natura del potere esercitato dalla P.A., per dedurne poi, ai fini dell'individuazione del giudice munito della cognizione, la natura di diritto soggettivo ovvero di interesse legittimo della situazione giuridica fatta valere dall'ideoneo.

---

<sup>27</sup> Soprattutto quella delle Sezioni Unite della Cassazione, cfr., in particolare, Cass., Sez. Un., 13 dicembre 2007, n. 26113, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 2, 352 Cass., Sez. Un. 7 febbraio 2007, n. 2698, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 5, 136; Cass., Sez. Un., 6 luglio 2006, n. 15342, in *Giust. civ.*, 2007, 7-8, 1773; Cass. Sez. Un., 29 settembre 2003, in *Giust. civ.*, 2004, I, 815.

<sup>28</sup> Cfr. TAR Abruzzo, L'Aquila, 8 settembre 2004, n. 1004, in *Foro amm. TAR*, 2004, 2599, Cons. St., sez. IV, 25 marzo 2005, n. 1294, in *Giust. Civ.*, 2005, 7/8, I, 1949; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 15 giugno 2006, n. 4658, in *Foro amm. TAR*, 2006, 6, 2084; TAR Sardegna, Sez. II, 15 luglio 2008, n. 1399, in *Foro amm. TAR*, 2008, 7-8, 2263; Cons. St., Sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 266, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, I, 262; Cons. Stat. Sez. VI, 28 gennaio 2009, n. 474, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, I, 275, TAR Marche, Sez. I, 25 gennaio 2010, n. 11, in *Foro amm. TAR*, 1, 136; TAR Calabria Catanzaro, Sez. II, 6 maggio 2010, n. 606, in *Foro amm. TAR*, 2010, 5, 1844; Cons. St., Sez. V, 25 giugno 2010, n. 4072, *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 6, 1290.

<sup>29</sup> Cfr. Cass., Sez. Un. 7 febbraio 2007, n. 2698, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 5, 136; si vedano pure Cons. St., Sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6332, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 10, 2334, Cass., Sez. Un., 16 novembre 2009, n. 24185, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 11, 1598, Cass., Sez. Un., 18 ottobre 2005, n. 20107, in *Giust. Civ. mass.*, 2005, 6; Cass., Sez. Un., 18 giugno 2008, n. 16527, in *Foro it.*, 2009, 2, 474.

<sup>30</sup> Cfr., tra le tante, Cons. St., Sez. IV, 12 settembre 2006, n. 5320, *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 3, 804, TAR Lazio Roma, Sez. II, 16 luglio 2007, n. 6475, in *Foro amm. TAR*, 2007, 7-8, 2458, Cons. St., Sez. IV, 27 luglio 2010, n. 4910, in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 7-8, 1439.

In questo senso appare condivisibile l'affermazione, che pure si ritrova nella giurisprudenza di legittimità, secondo la quale la decisione di bandire il pubblico concorso costituisce determinazione organizzativa, di fronte alla quale sussistono posizioni di interesse legittimo da far valere innanzi al giudice amministrativo<sup>31</sup>.

Da ciò, però, consegue, quale naturale corollario, che l'Amministrazione fa uso del medesimo potere autoritativo, sia quando decida di indire il pubblico concorso sia quando, invece, preferisca ricorrere all'istituto, antitetico rispetto allo strumento previsto dall'art. 97 Cost., dello scorrimento delle graduatorie.

Il potere autoritativo è, infatti, il medesimo, quale che sia la direzione o il contenuto finale del provvedimento che ne è l'espressione, con la conseguenza ulteriore che tutte le possibili determinazioni finali, e non solo quella di eventuale indizione del pubblico concorso, costituiscono provvedimenti amministrativi<sup>32</sup>.

Pare chiaro, perciò, che di fronte a tale potere sussistono soltanto posizioni di interesse legittimo pretensivo da far valere innanzi al giudice amministrativo.

Questo discorso vale identicamente sia per l'idoneo che, aspirando allo scorrimento, si trovi nella necessità di impugnare la decisione di indizione del concorso, caso finora emerso nei repertori di giurisprudenza, sia all'opposto per il soggetto - sia esso *quisque de populo* ovvero idoneo in graduatoria non assunto neppure per effetto della successiva determinazione di scorrimento - che, aspirando all'indizione del pubblico concorso, decida di impugnare l'opposto provvedimento di scorrimento.

Un caso del genere è stato trattato nella sentenza n. 3170/2011 delle Sezioni Unite.

---

<sup>31</sup> Cfr. la giurisprudenza citata *sub* nota 26.

<sup>32</sup> Questione completamente diversa è quella relativa all'ampiezza o ai limiti di tale potere, in presenza di graduatorie ancora valide ed efficaci. Secondo la giurisprudenza prevalente del Consiglio di Stato, la determinazione relativa all'indizione del pubblico concorso, in quanto conforme al modello delineato dall'art. 97 Cost., sarebbe espressione di discrezionalità piena, non necessitante neppure di motivazione particolare, costituendo il concorso la regola generale e lo scorrimento, invece, l'eccezione (cfr. Cons. St., Sez. V., 18 dicembre 2009, n. 8369, in *Foro amm. C.d.S* 2009, 12, 2863 e Cons. St., Sez. V, in *Foro amm. C.d.S*, 2009, 11, 2600). Al contrario, secondo la giurisprudenza dei giudici amministrativi di primo grado, la determinazione della P.A. dovrebbe, comunque, esternare le ragioni che l'avrebbero indotta a non tenere in cale la graduatoria esistente (cfr. da ultimo TAR Lazio, Roma, Sez. III, 22 ottobre 2009, n. 10271, in *Foro amm. TAR*, 2009, 10, 2872 e Tar Puglia, Bari, III, 29 settembre 2009, n. 2156, in *Foro amm. TAR* 2009, 9, 2577. Posizioni ancora più rigide si ritrovano presso i giudici ordinari; la stessa Cassazione sembra a volte delineare un vincolo sul *quomodo* della copertura del posto tramite ricorso allo scorrimento ove una decisione sull'*an* sia stata già adottata (in questo senso parrebbero esprimersi Cass., Sez. Un. 9 marzo 2007, n. 5397, in *Lav. giur.*, 2007, 11, 1147 nonché Cass., Sez. Un., 29 settembre 2003, n. 14529, in *Giust. Civ.*, 2004, I, 815). Di fronte a questo ricco panorama, tenta una mediazione Cons. St., Sez. VI, 25 marzo 2011, ord. coll. n. 1839 (inedita) che, nel deferire ricorso all'Adunanza Plenaria in ragione del sopra evidenziato contrasto giurisprudenziale, individua un possibile punto di approdo nell'obbligo di motivare l'indizione del concorso in relazione alla necessità di assumere professionalità diverse da quelle possedute dai soggetti idonei.

Il caso deciso dalla Cassazione trae origine da un contenzioso amministrativo iniziato da alcuni dipendenti di un'amministrazione comunale i quali avevano partecipato ad un concorso interno per l'acquisizione della qualifica dirigenziale, posizionandosi, però, in graduatoria in posizione rivelatasi non utile per acquisire l'ambita qualifica, né per vincita di concorso né per effetto della successiva decisione della P.A. di ricorrere allo scorrimento di ulteriori posizioni. Gli idonei/dipendenti erano perciò insorti avverso quest'ultima determinazione, sostenendo che l'Amministrazione avrebbe dovuto espletare il pubblico concorso, in luogo dello scorrimento già deliberato, anche per le posizioni di lavoro rese successivamente vacanti.

Il Tribunale Amministrativo adito, con statuizione poi condivisa in appello dal Consiglio di Stato, ha ritenuto la propria giurisdizione sull'esatta considerazione che la controversia riguardasse la legittimità di una determinazione a carattere organizzativo, tale dovendosi considerare la decisione di coprire posizioni in organico utilizzando vecchie graduatorie anziché indicando un nuovo concorso<sup>33</sup>.

Le Sezioni Unite hanno sostanzialmente avallato tale ricostruzione, dichiarando conseguentemente la giurisdizione del giudice amministrativo.

La tesi, come poc'anzi si diceva, non è nuova, essendosi ripetutamente sostenuto, presso soprattutto i giudici amministrativi, che il potere di scorrimento della graduatoria rientri nel novero di quelle potestà finalizzate all'organizzazione degli uffici (c.d. macro-organizzazione)<sup>34</sup>, il cui esercizio non può che essere soggetto al controllo del giudice amministrativo.

Di fronte a questi arresti giurisprudenziali, oggi almeno in parte convalidati dalla Corte di Cassazione in riferimento ad un caso certamente peculiare come quello sopra esaminato, è lecito interrogarsi nuovamente sul grado di estensione della giurisdizione amministrativa, anche in riferimento ai casi finora espressamente devoluti dalle Sezioni Unite al giudice del lavoro.

A parere di chi scrive, non pare implausibile, in effetti, sostenere che, a fronte al potere della P.A. di determinare le modalità di copertura delle dotazioni organiche<sup>35</sup>, sussistano sempre e, comunque, soltanto posizioni di interesse legittimo.

---

<sup>33</sup> Cons. St., Sez. V, 1 ottobre 2009, n. 5937 e TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 13 novembre 2007, n. 1744, entrambe rinvenibili in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>34</sup> Cfr. giurisprudenza citata sub nota 30.

<sup>35</sup> Il cui esercizio può giungere a soluzioni notevolmente diverse: l'indizione del concorso pubblico ovvero del concorso riservato agli interni, almeno sino all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 150/2009; oppure, ancora, lo scorrimento di graduatorie di pubblici concorsi o di concorsi riservati agli interni o, infine, la stabilizzazione dei precari.

Sicché anche nei casi in cui l'idoneo ambisca puramente e semplicemente ad ottenere lo scorrimento, in presenza di posti vacanti in organico, ovvero contesti le modalità di uno scorrimento già eseguito parrebbe sussistere la giurisdizione del giudice amministrativo, giacché pure in tali casi, senza che ricorrano posizioni di diritto soggettivo<sup>36</sup>, è chiesto al giudice nient'altro che di operare un controllo sul modo in cui il potere amministrativo è stato esercitato.

---

<sup>36</sup> Il c.d. diritto all'assunzione che, secondo la tesi dominante, sembrerebbe giustificare la cognizione del giudice ordinario sorge per effetto di un provvedimento di scorrimento già deliberato. Prima, però, di tale momento esiste non un diritto soggettivo ma solo un interesse legittimo al corretto esercizio del potere autoritativo.