

ESENTE



29080/18

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Oggetto

AURELIO CAPPABIANCA - Primo Pres.te f.f. -
ANTONIO MANNA - Presidente Sezione -
LUCIA TRIA - Consigliere -
GIACINTO BISOGNI - Consigliere -
RAFFAELE FRASCA - Consigliere -
ADRIANA DORONZO - Rel. Consigliere -
ALBERTO GIUSTI - Consigliere -
ALDO CARRATO - Consigliere -
GUIDO MERCOLINO - Consigliere -

RICORSI CON MOTIVI
ATTINENTI ALLA
GIURISDIZIONE

Ud. 09/10/2018 -
PU

R.G.N. 17091/2017

Rep.
Cron. 29080
C.U.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 17091-2017 proposto da:

DIRER. DIRER - DIRL LAZIO, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in (omissis)
(omissis), presso lo studio dell'avvocato (omissis)
(omissis) che la rappresenta e difende;

- ricorrente -

contro

REGIONE LAZIO, in persona del Presidente *pro tempore*,
elettivamente domiciliata in (omissis),
presso lo studio dell'avvocato (omissis), che la
rappresenta e difende;

438
18

(omissis) , (omissis) , elettivamente domiciliati in (omissis) , presso lo studio dell'avvocato (omissis) , che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato (omissis) ;

- controricorrenti -

nonché contro

(omissis)

(omissis) ;

- intimati -

avverso la sentenza n. 1367/2017 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 27/03/2017.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 09/10/2018 dal Consigliere ADRIANA DORONZO;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale LUCIO CAPASSO, che ha concluso per il rigetto del ricorso;

uditi gli avvocati (omissis) , (omissis) e (omissis) .

Svolgimento del processo

1.- Con ricorso (n.11341/2013 reg.ric.), proposto al Tribunale amministrativo regionale del Lazio e integrato da motivi aggiunti, la Direr, Direr-Dirl Lazio (Associazione dei dirigenti e dei quadri direttivi delle regioni italiane, d'ora in avanti solo Direr) e ventinove funzionari regionali hanno impugnato gli avvisi di ricerca di personale esterno per l'affidamento di incarichi di direzione di aree e uffici dirigenziali, nonché i provvedimenti di conferimento dei relativi incarichi a soggetti esterni all'amministrazione.

2. - L'impugnativa ha riguardato anche gli atti presupposti, connessi e consequenziali (tra i quali, le deliberazioni della giunta regionale n.

53, 62 e 148 del 2013; il regolamento regionale n. 1/2002, come successivamente modificato e integrato, i regolamenti regionali n. 2, 3, 5, 6, 8, 9 e 11 del 2013, le disposizioni adottate dal Dipartimento Programmazione Economica e Sociale del 9 e del 28 agosto 2013 di conferma degli incarichi dirigenziali conferiti a soggetti esterni all'amministrazione, nonché numerosi atti di organizzazione con cui l'Amministrazione ha deciso di rivolgersi a personale esterno per il conferimento di incarichi di dirigente e i relativi atti di organizzazione di conferimento degli incarichi medesimi).

3.- A fondamento dell'impugnativa si è dedotta la violazione di norme di legge (d.lgs. n. 165/2001, art. 19; L. n. 135/2012, di conversione in legge del D.L. n. 95/2012; L. n. 241/1990; L. R. n. 6/2002, Statuto della Regione Lazio, Regolamento regionale n. 1/2002), nonché la violazione e falsa applicazione della normativa e dei principi generali vigenti in materia di conferimento di incarichi dirigenziali, anche in relazione all'art. 97 della Costituzione; si è altresì lamentato l'eccesso di potere per illogicità, errata valutazione dei presupposti, carenza di istruttoria, perplessità, contraddittorietà, travisamento e difetto assoluto di motivazione, quali sintomi evidenti di sviamento di potere.

4.- Nel giudizio si sono costituiti la Regione Lazio e i controinteressati (omissis) , (omissis) e (omissis) , mentre sono rimasti intimati altri controinteressati, pure convenuti; sono invece intervenuti *ad adiuvandum* alcuni dirigenti e quadri direttivi regionali, i quali hanno concluso per l'accoglimento del ricorso proposto dalla Direr.

5.- Il Tar della Regione Lazio, con sentenza n. 3670/2015, ha declinato la sua giurisdizione con riferimento all'impugnativa degli atti di conferimento e di rinnovo degli incarichi dirigenziali, sul presupposto che l'attribuzione di incarichi dirigenziali ha natura privatistica.

6.- Ha invece rigettato l'eccezione di difetto di giurisdizione, sollevata da uno dei controinteressati sulla base dell'asserita violazione dell'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001, con riferimento all'impugnazione degli atti con i quali la Regione Lazio ha deciso di rivolgersi all'esterno per il reperimento di dirigenti e per il conferimento dei relativi incarichi.

7.- Il Tar ha ritenuto che rientri nella sfera giurisdizionale del giudice amministrativo la controversia che ha ad oggetto la scelta dell'amministrazione di rivolgersi all'esterno per la copertura di incarichi dirigenziali nonostante la dedotta esistenza di professionalità, idonee allo svolgimento di tali compiti, all'interno della stessa amministrazione.

8.- Il Tar ha sottolineato che in tal caso ciò che si contesta è la scelta discrezionale dell'amministrazione di non conferire al personale interno gli incarichi in questione, ma di affidarli a personale esterno con atti di macro-organizzazione, rispetto ai quali i ricorrenti vantano una posizione di interesse legittimo alla correttezza della procedura di adozione degli stessi.

9. - Rigettate le altre eccezioni preliminari, tra cui quella di difetto di legittimazione attiva della Direr e dei funzionari direttivi ricorrenti, il Tar ha ritenuto fondate le censure proposte sotto il profilo: a) della violazione della percentuale (8%) di assunzione di dirigenti esterni rispetto alla dotazione organica dei dirigenti di seconda fascia (nella specie, la dotazione organica della Regione era di duecentoquaranta posizioni dirigenziali di seconda fascia, quindi il numero massimo di incarichi all'esterno avrebbe dovuto essere di diciannove unità, a fronte di trentotto avvisi di ricerca all'esterno); b) della violazione degli artt. 6 del d.lgs. n. 165/2001 e 13 L.R. n. 6/2002: il reclutamento esterno dei dirigenti regionali era avvenuto senza che l'amministrazione avesse effettuato un'adeguata programmazione triennale e annuale del fabbisogno di risorse umane, quale atto

fondamentale, preliminare e propedeutico a procedure di reclutamento di personale; c) della violazione della procedura prevista per il conferimento di incarichi dirigenziali nell'allegato H dell'art. 162 del Regolamento regionale n. 1/2002, come modificato dai successivi regolamenti 2 e 3 del 2013, in combinato disposto con gli artt. 19, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001, e 20, comma 7, della L.R. N. 6/2002, a tenore del quale la regione avrebbe dovuto procedere all'interpello non solo del personale dirigenziale ma anche dei funzionari direttivi della categoria D, in possesso dei requisiti richiesti; inoltre la procedura non aveva rispettato le scadenze indicate nel detto regolamento, essendo rimasti sconosciuti gli esiti degli avvisi rivolti ai dirigenti interni e immotivati i provvedimenti impugnati.

10.- Contro la sentenza la Regione Lazio ha proposto appello dinanzi al Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale; hanno proposto appello incidentale i controricorrenti (omissis) , (omissis) , (omissis) , (omissis) e (omissis) ; hanno resistito all'appello la Direr e gli altri litisconsorti, i quali a loro volta hanno proposto appello incidentale contro il capo della sentenza che ha declinato la giurisdizione sugli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali e respinto la censura avente ad oggetto la dedotta incompetenza del segretario generale a svolgere l'istruttoria della procedura e a selezionare il candidato esterno; hanno poi proposto intervento *ad opponendum* e appello incidentale la Cida Enti locali e altri funzionari direttivi della Regione Lazio.

11.- Con sentenza pubblicata il 27/3/2017, n. 1367, il Consiglio di Stato ha accolto l'appello della Regione Lazio e gli appelli incidentali proposti da (omissis) ; ha così annullato la sentenza appellata e dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario, dinanzi al quale ha rimesso le parti; ha invece

rigettato l'appello incidentale proposto dalla Direr e dagli altri litisconsorti.

12.- Il Consiglio di Stato ha posto a base della sua decisione le ordinanze delle Sezioni unite di questa Corte n. 11387 del 31/5/2016 e n. 11711, 11712 e 11713 del 8/6/2016, rese in sede di regolamento di giurisdizione in altre controversie «aventi un oggetto sostanzialmente identico a quello del presente giudizio», con le quali è stata dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie relative al conferimento a soggetti esterni di incarichi dirigenziali.

13.- In tali ordinanze, precisa il Consiglio di Stato, si è evidenziato che la procedura selettiva per il conferimento di un incarico dirigenziale a un soggetto esterno all'amministrazione non può essere considerata di carattere concorsuale, in mancanza della nomina di una commissione esaminatrice con poteri decisori, della formazione di una graduatoria finale di merito all'esito di una valutazione comparativa dei candidati, e connotandosi l'individuazione del soggetto cui conferire l'incarico quale frutto di una valutazione di carattere discrezionale.

14.- Sempre in tali decisioni, si è statuito che la giurisdizione del giudice ordinario si estende all'intera procedura, compresi gli avvisi e l'esito negativo dell'interpello interno, nonché l'avviso e il conferimento all'esterno.

15.- Contro la sentenza ricorre per la sua cassazione e la declaratoria della giurisdizione del giudice amministrativo la Direr, articolando un unico complesso motivo, al quale resistono con controricorso la Regione Lazio, nonché (omissis) e (omissis), mentre non svolgono attività difensiva gli altri litisconsorti a cui risultano notificati il ricorso e il controricorso.

16.- La ricorrente e i controricorrenti (omissis) e (omissis) depositano memorie in prossimità dell'udienza di discussione.

Motivi della decisione

1.- Con un unico articolato motivo, suddiviso in quattro paragrafi, la Direr censura la decisione del Consiglio di Stato nella parte in cui ha declinato la sua giurisdizione.

1.1.- In sintesi, non mettendo più in discussione la giurisdizione del giudice ordinario sull'impugnazione degli atti negoziali di conferimento degli incarichi dirigenziali, ha sostenuto che la sua domanda aveva ad oggetto l'impugnativa degli atti «a monte» della costituzione di rapporti di lavoro con i dirigenti esterni, ossia la scelta discrezionale e autoritativa della Regione di coprire i posti dirigenziali vacanti attraverso il reperimento di figure esterne al ruolo dei dirigenti e dei quadri direttivi regionali, optando per una delle modalità di conferimento comunque previste dalla legge e nell'ambito dell'esercizio di un *munus publicum*. Rispetto a tale scelta, ha chiarito la Direr, la sua posizione era qualificabile come di interesse legittimo.

1.2.- Ha così precisato che la *causa petendi* ineriva alla dedotta illegittimità di atti di macro-organizzazione.

1.3.- Ha rimarcato la diversità delle fattispecie esaminate nelle ordinanze indicate nella sentenza impugnata rispetto a quella oggetto del presente giudizio.

1.4.- Infine, ha argomentato dalla sua posizione peculiare di organizzazione sindacale, quale portatrice di interessi collettivi, per sostenere che essi non potrebbero essere fatti valere al di fuori del perimetro di un giudizio amministrativo con *petitum* impugnatorio-demolitorio, con la conseguenza che l'esclusione della giurisdizione amministrativa si risolverebbe nel diniego di ogni idoneo strumento di tutela dei propri iscritti.

2.- In via preliminare deve rigettarsi l'eccezione di inammissibilità del ricorso per cassazione sollevata dalla Regione Lazio sotto il profilo della mancata esposizione sommaria dei fatti di causa e della genericità dei motivi: deduce al riguardo la controricorrente che la

parte di ricorso destinata a tale funzione è in realtà la trascrizione di stralci del ricorso di primo grado e dell'appello incidentale; essa non rispetta il limite massimo di cinque pagine indicato nel protocollo d'intesa tra la Corte di cassazione e il CNF del 17/12/2015; inoltre i motivi, oltre ad essere generici, non sarebbero riconducibili ad alcuna delle ipotesi previste dall'art. 360 cod.proc.civ.

2.1.- E' bene premettere che, come chiarito nella nota 2 del Protocollo sottoscritto in data 17/12/15 dal Presidente della Corte di Cassazione e dal Presidente del Consiglio Nazionale forense, il mancato rispetto dei limiti dimensionali indicati nel protocollo d'intesa, come delle altre indicazioni previste, non comporta l'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso, salvo che ciò non sia espressamente previsto dalla legge, essendo al più valutabile ai fini della liquidazione delle spese del giudizio. Ne consegue che, in mancanza di una norma espressa, il superamento del numero di pagine previsto nel protocollo d'intesa del 17/12/2015 per l'esposizione sommaria dei fatti di causa non comporta l'inammissibilità del ricorso.

2.2.- L'eccezione è infondata anche sotto il primo aspetto. Con una recente decisione, questa Corte ha infatti affermato che, in tema di giudizio di legittimità, per soddisfare il requisito dell'esposizione sommaria dei fatti di causa prescritta, a pena di inammissibilità, dall'art.366, comma 1, n. 3, cod.proc.civ., non è necessario che l'esposizione costituisca parte a sé stante del ricorso ma è sufficiente che essa risulti in maniera chiara dal contesto dell'atto, attraverso lo svolgimento dei motivi (Cass. ord. 28/06/2018, n. 17036).

2.3. Una siffatta soluzione si impone anche alla luce dei principi stabiliti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che costituiscono parte integrante del diritto comunitario, ai sensi dell'art. 6, comma 3, del Trattato sull'Unione Europea (nel testo consolidato risultante dalle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona del 13.12.2007, ratificato

e reso esecutivo con I. 2.8.2008 n. 130), tra i quali primeggia l'art. 6, § 1, CEDU, ovvero il diritto di accesso alla giustizia (Cass. 28/6/2018, n. 17036, cit.), che sarebbe frustrato da un'interpretazione troppo formalistica dell'art. 366, n. 3, cod.proc.civ.

2.4.- Nel ricorso in esame, pur dovendosi riconoscere che manca nella struttura dell'atto un paragrafo *ad hoc* nel quale sia descritto lo sviluppo cronologico del processo - il paragrafo II del «Fatto», intitolato «Il fatto e la vicenda processuale» espone, sovrapponendoli, fatti di causa e ragioni di diritto - , è comunque possibile enucleare con univocità il contenuto delle domande proposte, le difese svolte dalle controparti, le ragioni delle decisioni di primo e secondo grado, nonché le censure mosse alla sentenza impugnata. Ne consegue che l'eccezione di inammissibilità deve essere rigettata sia sotto il profilo della violazione dell'art. 366, comma 1, n. 3, cod.proc.civ., sia sotto quello della mancanza di specificità dei motivi di ricorso i quali, come di seguito si esporrà, sono anch'essi chiaramente delineati e sorretti dalla necessaria autosufficienza, nonché riconducibili all'evidenza al vizio previsto nel n. 1 dell'art. 360 cod.proc.civ.

3.- Ancora in via preliminare, deve darsi atto che né il ricorso né i controricorsi sono stati notificati agli intervenienti *ad opponendum*, costituitisi nel giudizio dinanzi al Consiglio di Stato. Si tratta della Cida Enti locali e di funzionari direttivi dipendenti della Regione Lazio, i quali hanno spiegato nel giudizio dinanzi al Tar intervento adesivo *ad adiuvandum*, facendo proprie le ragioni della Direr.

3.1.- Ora, non vi è dubbio che a seguito di intervento adesivo volontario, ex art. 105 cod.proc.civ. e 28 cod.proc.amm., si è realizzato nel processo un litisconsorzio necessario processuale ex art. 331 cod.proc.civ. (Cass. 09/05/2018, n. 11156; Cass. 15/06/2010, n. 14423); è altrettanto indubbio che, ove il ricorso per cassazione non contempli tutte le parti del giudizio di merito e non a tutte sia stato notificato, non si verifica la sua inammissibilità ma si

pone un'esigenza di integrazione del contraddittorio (Cass. Sez. Un., 5/10/2018, n. 24411; Cass. Sez.Un. 29/1/2018, n. 2144; Cass. 15/06/2010, n. 14423; Cass., Sez. Un., 1/12/2004, n. 22496; Cass. Sez.Un., 22/10/1976, n. 3736).

3.2.- Tuttavia, ritiene il Collegio che, nel caso in esame, non si ravvisi l'opportunità di disporre il differimento della causa ad altra udienza al fine di integrare il contraddittorio.

Per le ragioni che qui a breve si esporranno, il ricorso della Direr è fondato, con la conseguenza che deve dichiararsi la giurisdizione del giudice amministrativo: appare pertanto evidente che le parti pretermesse, per la natura dell'intervento spiegato, non solo non riceveranno alcun pregiudizio dalla presente pronuncia, ma anzi conseguiranno il vantaggio di veder definitivamente confermato l'incardinamento della controversia dinanzi al giudice da loro prescelto (cfr. Cass. n. 2144/2018, cit.; Cass., Sez. Un., 22 marzo 2010, n. 6826).

3.3.- Vale anche in tal caso il principio generale per il quale l'integrazione del contraddittorio può ritenersi superflua, in forza del principio della ragionevole durata del processo, ove l'integrazione del contraddittorio si riveli attività del tutto ininfluyente sull'esito del procedimento (cfr. Cass. 27/2/2017, n. 4917; Cass. 20/01/2016, n. 895; Cass. Sez. Un., 23/9/2013, n. 21670; Cass. 23/02/2010, n. 4342).

4. Nel merito, il ricorso è fondato.

4.1.- Secondo la consolidata giurisprudenza di queste Sezioni Unite, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, la giurisdizione si determina in base alla domanda, per la cui qualificazione rileva non già la prospettazione delle parti bensì il *petitum* sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della *causa petendi*, ossia della intrinseca

natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione (da ultimo, Cass. Sez.Un., 31/07/2018, n. 20350). L'intrinseca consistenza della posizione soggettiva dedotta in giudizio va altresì individuata dal giudice stesso con riguardo alla sostanziale protezione accordata a quest'ultima dal diritto positivo (Cass. Sez. Un., 16 febbraio 2009, n. 3677; Cass. Sez. Un., 28/6/2006, n. 14846; Cass. Sez. Un., 5/6/2006, n. 13169).

4.2. - Con riguardo alle controversie attinenti al rapporto di lavoro e, quindi, a posizioni di diritto soggettivo del lavoratore in relazione alle quali i provvedimenti di autoregolamentazione dell'ente pubblico costituiscono solamente atti presupposti, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, nella cui sfera di potestà rientra il potere di verificare, in via incidentale, la legittimità degli atti generali di autoregolamentazione dell'ente pubblico, per eventualmente disapplicarli.

4.3.- Più specificamente, con riguardo alle controversie relative al conferimento di incarichi dirigenziali, anche se implicante l'assunzione a termine di soggetti esterni, si è precisato che esse sono di pertinenza del giudice ordinario, in applicazione del comma 1 dell'art. 63, purché la selezione del destinatario dell'incarico non abbia carattere concorsuale (Sez. Un., 30/9/2014, n. 20571; Cass. Sez. Un., 8/6/2018 n. 11171, 11172, 11173). E si precisa che non hanno natura concorsuale - con la conseguenza che la giurisdizione spetta al giudice ordinario - le procedure nelle quali la scelta del dipendente avviene in difetto della nomina di una commissione esaminatrice con poteri decisorii, della formazione di una graduatoria finale di merito dei candidati all'esito di una valutazione comparativa, connotandosi, per contro, l'individuazione del soggetto cui conferire l'incarico quale espressione di una valutazione dell'ente pubblico di carattere discrezionale.

4.4.- Alla luce di questi criteri, può affermarsi che la giurisdizione del giudice ordinario in materia di lavoro pubblico costituisce la regola e la giurisdizione del giudice amministrativo l'eccezione: in tal senso depone il tenore letterale del comma 4 dell'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001, a norma del quale «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».

4.5. - Esclusa quest'ultima ipotesi, che riguarda i rapporti di lavoro del personale in regime di diritto pubblico (magistrati, avvocati e procuratori dello Stato, personale militare delle forze di polizia di Stato, personale della carriera diplomatica e prefettizia e altre categorie menzionate in tale norma), l'altra eccezione riguarda le controversie in materia di procedure concorsuali. Solitamente si afferma che ogni qual volta la controversia ha ad oggetto il diritto alla «assunzione al lavoro» la cognizione spetta al giudice ordinario; se invece la controversia riguarda «le procedure concorsuali per l'assunzione» la giurisdizione è del giudice amministrativo.

4.6.- In ordine alle procedure concorsuali - nel cui concetto deve ricomprendersi non solo il concorso in senso stretto ma qualsiasi procedura selettiva comparativa, nei termini su evidenziati (par. 4.3), nonché le procedure selettive interne per l'accesso ad aree o fasce funzionali superiori -, l'ambito della giurisdizione amministrativa copre tutte le controversie relative alla fattispecie costitutiva del diritto ossia l'intero *iter* attinente al reclutamento, dal suo avvio, generalmente coincidente con la determinazione adottata dall'organo competente di ricorrere alla procedura stessa, sino all'approvazione della graduatoria finale con la proclamazione dei vincitori, la quale pertanto costituisce lo spartiacque del criterio di riparto.

4.7. - Rientrano invece nella giurisdizione del giudice ordinario (sempre che la parte non contesti la legittimità dell'atto di approvazione della graduatoria), le controversie relative agli atti successivi, venendo in questione atti che rientrano tra le determinazioni assunte con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato (art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001) e di fronte ai quali sono configurabili solo diritti soggettivi, avendo la pretesa ad oggetto il diritto all'assunzione. 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 (Cass. Sez. Un., 16/11/2017, n. 27197; Cass. 23/09/2013, n. 21671).

4.8.- Appartiene così alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione della domanda, avanzata dal candidato utilmente collocato nella graduatoria finale e riguardante la pretesa allo scorrimento della graduatoria del concorso espletato, dal momento che con tale domanda si fa valere, al di fuori dell'ambito della procedura concorsuale, il diritto all'assunzione.

4.9. - Diversamente, ogni qual volta la pretesa al riconoscimento del suddetto diritto sia consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento che disponga di non coprire più (o di coprire diversamente) il posto resosi vacante, anziché avvalersi dello scorrimento della graduatoria del concorso anteriormente espletato, si è in presenza di una contestazione che investe l'esercizio del potere dell'amministrazione, cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, tutelabile innanzi al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63, comma quarto, del d.lgs. n. 165 del 2001 (v. Cass. Sez. Un., 24878/2017, cit., ed ivi ulteriori richiami, tra cui Cass. Sez. Un. 20/12/2016, n. 26272; Cass. Sez. Un. 6/5/2013, n. 10404).

4.10.- La ragione di tale limite deve ravvisarsi nel rilievo che, in questo caso, la controversia ha ad oggetto il controllo giudiziale sulla

legittimità della scelta discrezionale operata dall'amministrazione, ossia sulla legittimità di un atto autoritativo con cui l'amministrazione definisce l'alta organizzazione e che l'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 165/2001 mantiene in regime di diritto pubblico; simmetricamente, la situazione giuridica dedotta in giudizio appartiene alla categoria degli interessi legittimi, la cui tutela è demandata al giudice cui spetta il controllo sulle modalità di esercizio del potere amministrativo ai sensi dell'art. 103 Cost. In tale ipotesi la controversia non riguarda il diritto all'assunzione (v. d.lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 2, in relazione al comma 1 dello stesso articolo), bensì i poteri autoritativi dell'amministrazione che ha deciso di coprire il posto attraverso l'indizione di una diversa procedura (ad esempio il conferimento di incarichi esterni o il ricorso alla mobilità esterna), a fronte dei quali è configurabile unicamente una situazione di interesse legittimo, la cui tutela spetta al giudice amministrativo (Cass. Sez. Un., 1/6/2017, n. 13851; Cass. Sez. Un. 20/12/2016, n. 26272; Cass. Sez. Un., 1/7/2016, n. 13534; Cass. 06/03/2009, n. 5588).

5. - La fattispecie in esame non è dissimile da questa ipotesi.

L'oggetto del giudizio - come ridefinito a seguito della sentenza del Tar, confermata *in parte qua* dal Consiglio di Stato e non oggetto del presente ricorso per cassazione - è dato dalla domanda di annullamento delle delibere con cui l'amministrazione, a fronte della ritenuta necessità di avvalersi di personale dotato di professionalità elevate, ha ritenuto di ricercare e, quindi, attribuire le funzioni dirigenziali a personale estraneo all'amministrazione. A tal fine, la Regione Lazio ha proceduto a ridefinire, mediante accorpamento, le strutture amministrative della giunta regionale (deliberazione della giunta regionale n. 53/2013), nonché a stabilire modalità e criteri di conferimento delle titolarità dirigenziali (deliberazione della giunta regionale n. 62 del 2013), provvedendo a pubblicare avvisi di ricerca all'esterno dei soggetti cui affidare gli incarichi di dirigente.

5.1.- A norma dell'art. 19, comma 6, del d.lgs. 165/2001, gli incarichi di funzioni dirigenziali di cui ai commi da 1 a 5 dello stesso articolo possono essere conferiti, da ciascuna amministrazione, entro il limite del 10% della dotazione organica dei dirigenti appartenenti alla prima fascia dei ruoli di cui all'articolo 23 e dell'8% della dotazione organica di quelli appartenenti alla seconda fascia, a tempo determinato, a persone di particolare e comprovata qualificazione professionale, non rinvenibile nei ruoli dell'Amministrazione.

La norma prevede, oltre al suddetto limite quantitativo, un limite di carattere soggettivo, disponendo che l'incarico sia conferito solo a persone in possesso di un'elevatissima professionalità, ed un limite oggettivo, costituito dalla assenza di tali professionalità nei ruoli della stessa amministrazione. La previsione di limiti soggettivi e oggettivi per il ricorso alla nomina di dirigenti esterni implica l'obbligo per l'amministrazione di motivare in modo adeguato le ragioni della scelta.

5.2.- La disciplina legislativa rende evidente come la decisione dell'amministrazione di ricercare all'esterno, piuttosto che nella sua dotazione organica, professionalità idonee a ricoprire incarichi dirigenziali è frutto di un'opzione, all'esito di una valutazione che è tipicamente discrezionale, inerendo al potere dell'ente di autorganizzazione mediante atti che non sono finalizzati direttamente alla gestione del singolo rapporto ma che su di esso incidono dall'esterno e solo in via riflessa: si tratta di atti che per la loro natura sono sottratti al sindacato del giudice ordinario, perché riguardano una fase prodromica alla costituzione di un rapporto di lavoro, e più precisamente una scelta «a monte» che attiene alla stessa organizzazione e alle modalità di soddisfare il fabbisogno di risorse umane, analogamente a quanto avviene nei casi in cui l'amministrazione decida di coprire il posto vacante non già attraverso

lo scorrimento delle graduatorie ma con l'indizione di un nuovo concorso.

5.3.- La ricorrente ha impugnato i su indicati atti di organizzazione assumendone l'illegittimità rispetto alle norme di legge o regolamentari richiamate. Essa non fa valere il diritto all'assunzione – ché non sarebbe concretamente, prima ancora che concettualmente, ipotizzabile nei confronti della Direr, in quanto associazione sindacale, né risulta vantato per conto dei dirigenti e funzionari rappresentati, ai quali si riconnette una mera aspettativa in caso di rinnovo della procedura di selezione - bensì il corretto esercizio da parte della Regione Lazio della sua facoltà di scelta circa le modalità da seguire per il conferimento di incarichi di funzioni dirigenziali.

5.4. La fattispecie va pertanto regolata dal principio, già affermato da questa Corte (Cass. 9/2/2009, n. 3052, e di recente ribadito da Cass. 27/2/2017, n. 4881, in una fattispecie sovrapponibile a quella in esame, riguardando gli stessi atti), secondo cui, quando «la contestazione investe direttamente un atto precedente il conferimento dell'incarico e la stipulazione del contratto, atto la cui asserita illegittimità è posta a base della pretesa di accertamento dell'invalidità del provvedimento di conferimento e del contratto», si è in presenza di un provvedimento «certamente ascrivibile alla categoria degli atti organizzativi, mediante i quali le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo i principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi (D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 2, comma 1)».

In tal caso, la *causa petendi* non è il diritto alla costituzione del rapporto di lavoro o l'illegittimità del provvedimento di revoca dell'incarico già conferito, bensì l'accertamento della nullità o illegittimità degli atti in forza dei quali la regione ha escluso, in linea

generale e con un atto di macro-organizzazione, la possibilità per i dipendenti interni di partecipare alla selezione volta all'affidamento di incarichi direttivi.

Da ciò la conclusione che «la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, in quanto correlata esclusivamente e direttamente all'esercizio del potere organizzativo dell'amministrazione, trova tutela in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità» (cfr. Cass. Sez.Un. 1/12/2009, n. 25254; Cass. Sez. Un. 6/11/2006, n. 23605, richiamata anche da Corte Cost. n. 108/2007; v. pure Cons. Stato, 3/2/2015, n.508).

5.5.- La riprova che la contestazione ha ad oggetto il corretto esercizio del potere amministrativo e non già la violazione di una posizione di diritto soggettivo può trarsi dal rilievo che l'unico oggetto della domanda è costituito dall'annullamento delle delibere adottate dalla Regione, annullamento che, se di per sé solo può non valere a qualificare la domanda (come da insegnamenti di Cass. Sez.Un. 28/6/2006, n. 14846, e Cass. Sez. Un. 25/3/2005, n. 6421), nondimeno, diventa criterio qualificante ove esso costituisca l'oggetto principale ed unico della pretesa (cfr. Cass. Sez.Un. 24/06/2011, n. 13910; Cass. Sez. Un. 05/03/2010, n. 5288), non potendo configurarsi in questi casi, in capo al giudice ordinario, un potere di disapplicazione, atteso che tale potere presuppone proprio che la controversia cada sopra un diritto soggettivo sul quale incide un atto amministrativo oggetto di cognizione *incidenter tantum* (Cass. Sez.Un.,n. 24878/2017, cit.), non anche su una situazione giuridica soggettiva suscettibile di assumere la consistenza del diritto soggettivo solo all'esito della rimozione del provvedimento (vedi Cass. n. 4881/2017,cit., che richiama Cass. Sez. Un. 27/5/1999, n. 308; 23/11/1995, n. 12104; 9/11/1992, n. 12073, nonché, più di recente, Cass. 7/10/2015, n. 20079).

5.6.- Questo quadro non può dirsi mutato a seguito delle ordinanze rese da questa Corte (Cass. Sez.Un. n. 11387, 11711, 11712 e 11713/2016) e poste a base della decisione impugnata, le quali, lungi dal disattendere i principi su espressi, ne confermano la validità.

Esse infatti sono state rese, in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, in fattispecie affatto diverse dalla presente, avendo ad oggetto posizioni soggettive qualificabili - e così qualificate - in termini di diritto soggettivo: come si legge nei provvedimenti citati (ad es., Cass. Sez.Un. n.11387/2016), con l'azione proposta dinanzi al giudice amministrativo «il dirigente di ruolo della Regione Lazio mira, innanzitutto, al mantenimento dell'incarico dirigenziale che gli è stato revocato, impugnando sia il provvedimento di revoca dell'incarico dirigenziale precedentemente conferitogli (ossia la determinazione operativa e gestionale immediatamente incidente sull'incarico in atto), sia l'atto di macro-organizzazione che ne costituisce la premessa e il presupposto, ossia il provvedimento generale (la delibera della Giunta regionale n. 53 del 22 marzo 2013, recante modifiche al regolamento regionale 6 settembre 2002, n. 1) di ridefinizione delle strutture amministrative della stessa Giunta». Solo con riferimento al primo capo della domanda, quello cioè avente ad oggetto la revoca dell'incarico dirigenziale e il suo conferimento ad un terzo, si è ritenuta sussistente la giurisdizione del giudice ordinario, mentre si è riconosciuta al giudice amministrativo «la cognizione sulla controversia originata dall'impugnazione in via principale delle delibere della Giunta regionale n. 53 del 2013 e n. 62 del 2013». E si è pure specificato, con riguardo a quest'ultima impugnativa, che si tratta «di vertenza nella quale il dipendente pubblico..., al fine di ottenere l'annullamento delle determinazioni organizzative di carattere generale, la rimozione dei loro effetti e il riesercizio in senso favorevole del potere amministrativo conseguente all'annullamento degli atti, prospetta il pregiudizio alla propria

posizione professionale e alle aspettative qualificate di carriera derivanti dall'adozione di tali atti di macro-organizzazione correlati all'esercizio di poteri autoritativi...».

5.7.- Si è in sostanza confermato – in accordo con autorevole dottrina- che, nei casi come quello in esame, in cui vi è un'incidenza esterna degli atti di organizzazione sul rapporto di lavoro, si configura una «doppia tutela» che deroga alla concentrazione del sindacato giurisdizionale dinanzi al giudice ordinario.

5.8. - Né pare sufficiente a sorreggere la decisione impugnata l'ulteriore affermazione della Corte (nelle citate pronunce n. 11711, 11712 e 11713/2016), secondo cui gli atti del complesso procedimento volto a selezionare professionalità esterne (dall'interpello alla pubblicazione di un avviso informativo) costituiscono momenti dell'unitario procedimento selettivo non concorsuale che, «presupponendo il disegno organizzativo dell'ufficio, appartiene alla gestione dei rapporti di lavoro...»: come si è su esposto, il presupposto da cui la Corte muove è segnato dal *petitum* sostanziale, ossia dall'oggetto della domanda volta ad ottenere la caducazione del provvedimento con il quale è stato revocato al ricorrente l'incarico dirigenziale (ovvero è stato conferito ad altro dirigente). Il diritto preteso è quello al mantenimento del rapporto di lavoro (o la sua costituzione), imputando all'amministrazione datrice di lavoro di aver violato le regole di gestione privatistica del rapporto medesimo, laddove nel caso in esame la domanda è diretta a contestare *principaliter* il potere discrezionale dell'amministrazione, sollecitandone il riesercizio.

6. – Alla luce di queste considerazioni il ricorso deve essere accolto spettando la giurisdizione al giudice amministrativo; la sentenza deve quindi essere cassata, con rinvio al Consiglio di Stato in diversa composizione: ai sensi degli artt. 59 L. 18 giugno 2009 n. 69 e 11 d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104, che disciplinano la *translatio iudicii* tra

giudice amministrativo e giudice ordinario, la cassazione della pronuncia del Consiglio di Stato per aver negato la sua giurisdizione deve essere disposta con rinvio ex art. 383 cod.proc.civ., essendo quella senza rinvio ex art. 382 cod.proc.civ. limitata solo all'ipotesi in cui qualsiasi altro giudice sia privo di giurisdizione sulla domanda (Cass. Sez. Un., 5/10/2015, n. 19787; Cass., sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2242; Cass., 17 febbraio 2012, n. 2312; cfr. Cass. 21/372017, n. 9965; Cass. Sez. Un. 29/3/2017, n. 8117).

La controvertibilità della questione, attestata dal diverso esito dei giudizi svoltisi dinanzi al giudice amministrativo, giustifica la compensazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso; cassa la sentenza impugnata e dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo; rinvia la causa al Consiglio di Stato in diversa composizione e compensa tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, il 9 ottobre 2018

Il Presidente

Dott. Aurelio Cappabianca

Il consigliere estensore

Dott. Adriana Doronzo

Adriana Doronzo

IL CANCELLIERE
Paola Francesca CAMPOLI

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

oggi, 13 NOV 2018

IL CANCELLIERE
Paola Francesca CAMPOLI

