

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. NAPOLETANO Giuseppe - Presidente

Dott. TORRICE Amelia - Consigliere

Dott. TRIA Lucia - Consigliere

Dott. BLASUTTO Daniela - Consigliere

Dott. DI PAOLANTONIO Annalisa - rel. Consigliere

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 17317-2012 proposto da:

MINISTERO PER I BENI E LE ATTIVITA' CULTURALI, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO presso cui Uffici domicilia in ROMA, alla VIA DEI PORTOGHESI 12;

- ricorrente -

contro

(OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), tutti elettivamente domiciliati in (OMISSIS), presso lo studio dell'avvocato (OMISSIS), che li rappresenta e difende, giusta delega in atti;

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 1560/2012 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 11/04/2012 R.G.N. 1300/2009.

FATTO E DIRITTO

RILEVATO CHE:

1. con sentenza in data 11 aprile 2012 la Corte di Appello di Roma, in parziale riforma della pronuncia di primo grado che aveva rigettato le domande, ha dichiarato il diritto di (OMISSIS), (OMISSIS) e (OMISSIS) ad essere inquadrati nel ruolo dei dirigenti architetti del Ministero per i Beni e le Attivita' Culturali con decorrenza dal 1 marzo 2007 e ha condannato il Ministero ad effettuare l'inquadramento "con tutte le conseguenze economiche e previdenziali";

2. la Corte territoriale ha respinto l'appello incidentale sulla giurisdizione proposto dal Ministero e ha

evidenziato che i ricorrenti avevano dedotto l'avvenuta pubblicazione del bando di un nuovo concorso solo come comportamento integrante gli estremi dell'inadempimento dell'obbligo di scorrimento della graduatoria, nonché come comportamento significativo della volontà della P.A. di coprire posti vacanti;

3. il giudice di appello, andando di contrario avviso rispetto al Tribunale, ha rilevato che il Ministero, una volta decisa la copertura dei posti dirigenziali era tenuto a scorrere la graduatoria, ancora valida ed efficace, e detto scorrimento doveva essere effettuato in relazione ai 13 posti di dirigente architetto ai quali si riferiva la richiesta di autorizzazione, poi accolta limitatamente a 11 posizioni, sicché andava riconosciuto il diritto anche della (OMISSIS), la quale nella graduatoria da scorrere risultava collocata al 17 posto;

4. la Corte territoriale ha disatteso le difese del Ministero, che aveva insistito sulla eccezionalità e temporaneità delle graduatorie dei concorsi banditi ai sensi del Decreto Legislativo n. 29 del 1993, articolo 28, comma 9, e ha evidenziato che nell'anno 2004 la stessa amministrazione aveva effettuato lo scorrimento e che le leggi ordinarie emanate successivamente al 1993 avevano imposto l'utilizzazione delle graduatorie ancora efficaci, facendo in tal modo venir meno la originaria temporaneità;

3. avverso tale sentenza il Ministero per i Beni e le Attività Culturali ha proposto ricorso affidato a sette motivi, illustrati da memoria ex articolo 380 bis c.p.c., comma 1, ai quali hanno opposto difese (OMISSIS), (OMISSIS) e (OMISSIS).

#### CONSIDERATO CHE:

1. il primo motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'articolo 2909 c.c. perché alla data della pronuncia della sentenza qui impugnata si era formato il giudicato sulla statuizione del TAR Lazio n. 33733/2010 che aveva pronunciato sulle medesime domande ed aveva ritenuto la giurisdizione del giudice amministrativo;

2. con la seconda censura, formulata ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., n. 3, il Ministero lamenta la "violazione e falsa applicazione del Decreto Legislativo n. 29 del 1993, articolo 28, comma 2, comma 6, lettera a) e comma 9, nel testo introdotto con il Decreto Legislativo n. 546 del 1993, articolo 15 e dell'articolo 2 del d.p.c.m. n. 439/1994" e rileva che il concorso riservato al quale gli originari ricorrenti avevano partecipato era finalizzato a coprire solo una quota parte dei posti dirigenziali vacanti in sede di prima applicazione del decreto legislativo, tanto che con il successivo decreto n. 387/1998 non fu più prevista la particolare forma di reclutamento;

2.1. il diritto allo scorrimento, pertanto, poteva al più essere riconosciuto con riferimento al 50% dei posti che erano disponibili nel triennio successivo all'entrata in vigore del Decreto Legislativo n. 29 del 1993, ma sul punto gli attori, pur essendo a ciò onerati, nulla avevano allegato e provato;

3. la terza critica censura la sentenza impugnata per violazione del Decreto Legge n. 262 del 2006, articolo 2, comma 100, convertito dalla L. n. 286 del 2006, con il quale il Ministero, in deroga al divieto di assunzioni, era stato autorizzato ad avviare procedure concorsuali per il reclutamento di 40 unità nella qualifica di dirigente di seconda fascia, mediante concorso pubblico per titoli ed esami;

3.1. si evidenzia nel motivo che il Ministero, a fronte della scelta compiuta direttamente dal legislatore, non poteva unilateralmente decidere di utilizzare la precedente graduatoria;

4. il quarto motivo lamenta la violazione e falsa applicazione del L. n. 449 del 1997, articolo 39, commi 3, 3 bis e 3 ter, perché la possibilità di procedere alle assunzioni è subordinata alla previa valutazione positiva da parte del Consiglio dei Ministri sicché, nella fattispecie, non poteva

assumere rilievo il numero di posti indicato nella richiesta di autorizzazione e, conseguentemente, doveva essere rigettata quantomeno la domanda proposta dalla (OMISSIS);

5. con la quinta, la sesta e la settima censura, strettamente connesse, il Ministero denuncia il vizio motivazionale con riferimento alla posizione della (OMISSIS) in quanto la Corte territoriale non avrebbe sufficientemente chiarito le ragioni per le quali lo scorrimento doveva essere effettuato in relazione a 13 posti disponibili e non agli 11 per i quali la procedura concorsuale era stata bandita;

5.1. si sostiene che la Corte territoriale, per attribuire prevalenza alla richiesta di autorizzazione, avrebbe dovuto quantomeno accertare le ragioni per le quali era stato ritenuto opportuno coprire 11 e non 13 vacanze;

5.2. il Ministero sottolinea anche la contraddittorietà della motivazione perché da un lato la Corte territoriale aveva ritenuto determinante ai fini dell'insorgenza del diritto la richiesta di autorizzazione, dall'altra, però, aveva accertato il diritto stesso a partire dalla data di indizione del nuovo concorso che, come già evidenziato, si riferiva a 11 e non a 13 posti;

6. il primo motivo è inammissibile perché formulato senza il necessario rispetto degli oneri di specificazione e di allegazione di cui all'articolo 366 c.p.c., nn. 3 e 6 e articolo 369 c.p.c., n. 4 in quanto il Ministero non ha riportato nel ricorso il testo integrale della sentenza che si assume passata in giudicato (Cass. 23.6.2017 n. 15737; Cass. 11.2.2015 n. 2617) né ha trascritto, quantomeno nelle sue parti essenziali, il contenuto degli atti introduttivi dei due giudizi;

7. il secondo ed il terzo motivo, da esaminare congiuntamente perché connessi, sono invece fondati per plurime ragioni concorrenti;

8. la giurisprudenza di questa Corte è consolidata nell'affermare che, ove la domanda di riconoscimento del diritto allo scorrimento della graduatoria sia consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di una nuova procedura concorsuale, la contestazione investe l'esercizio del potere dell'amministrazione, a cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, la cui tutela spetta al giudice amministrativo ai sensi del Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 63, comma 4 (fra le più recenti, in tal senso, Cass. S.U. 20.12.2016 n. 26272);

9. è stato precisato anche che il giudicato interno sulla questione processuale relativa alla devoluzione della controversia alla giurisdizione ordinaria, non incide in alcun modo sulle altre norme, processuali e sostanziali, applicabili in ragione della natura della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, sicché, nel caso in cui quest'ultima sia qualificabile come interesse legittimo, operano i limiti posti al controllo del giudice ordinario sugli atti amministrativi dalla L. 20 marzo 1865, n. 2248, articolo 5, all. E, confermati, nella materia del lavoro pubblico, dal Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165, articolo 63, comma 1, e resta esclusa la possibilità di disporre l'annullamento o la modifica degli atti di esercizio del potere che si assumono non conformi a legge, la cui rimozione farebbe assumere alla situazione giuridica azionata la consistenza di diritto soggettivo (Cass. 6 marzo 2009 n. 5588; Cass. 7.10.2015 n. 2079; Cass. 4.10.2016 n. 19771);

10. nel caso di specie i ricorrenti, pur agendo per il riconoscimento del loro diritto alla assunzione in forza dello "scorrimento" della graduatoria, lo prospettano come consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione del nuovo concorso, e, quindi, sostanzialmente chiedono tutela nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo, cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, non di diritto soggettivo;

11. l'atto di indizione del nuovo concorso, infatti, non viene in considerazione quale presupposto della gestione del rapporto giuridico, bensì quale oggetto diretto e immediato della pretesa, posto che la situazione di diritto soggettivo potrebbe scaturire soltanto dalla sua previa rimozione, non

consentita in questa sede;

12. in altri termini, come precisato dalle Sezioni Unite di questa Corte, un diritto soggettivo all'assunzione mediante scorrimento della graduatoria e' configurabile solo qualora l'Amministrazione abbia deciso di coprire i posti vacanti avvalendosi della graduatoria ancora efficace e la contestazione abbia ad oggetto le modalita' di attuazione dello "scorrimento" della graduatoria del concorso espletato (Cass. S.U. 29.12.2016 n. 27460);

13. la procedura concorsuale alla quale i ricorrenti hanno partecipato e' stata bandita ai sensi del Decreto Legislativo n. 29 del 1993, articolo 28 che, nel testo applicabile alla fattispecie ratione temporis, prevedeva al comma 9: "Nella prima applicazione del presente decreto e, comunque, non oltre tre anni dalla data della sua entrata in vigore, la meta' dei posti della qualifica di dirigente conferibili mediante il concorso per esami di cui al comma 2 e' attribuita attraverso concorso per titoli di servizio professionali e di cultura integrato da colloquio.";

14. con la disposizione sopra richiamata il legislatore ha, quindi, previsto una forma di reclutamento eccezionale e temporanea, il che porta ad escludere l'applicazione delle norme con le quali, a partire dall'anno 2002, sono stati prorogati i termini di validita' e di efficacia delle graduatorie formate all'esito di procedure concorsuali pubbliche;

15. il principio *lex posterior generalis non derogat priori speciali* e' inoperante solo qualora dalla lettera e dal contenuto della disposizione successiva si evinca la volonta' di abrogare la legge speciale anteriore o allorquando la discordanza tra le due disposizioni sia tale da rendere inconcepibile la coesistenza fra la normativa speciale anteriore e quella generale successiva;

16. dette ipotesi non ricorrono nella fattispecie perche' da un lato non sussiste alcuna incompatibilita' logica fra le due normative e dall'altro le norme generali con le quali sono stati prorogati i termini di validita' delle graduatorie concorsuali non fanno alcun richiamo ai concorsi riservati consentiti nella fase della prima applicazione della nuova normativa sulla dirigenza;

17. il carattere eccezionale e temporaneo della forma di reclutamento prevista dal Decreto Legislativo n. 29 del 1993, articolo 28, comma 9 e' stato confermato dal Decreto Legislativo n. 387 del 1998, articolo 10 che, nel riformulare il richiamato articolo 28, non ha riprodotto la disciplina transitoria originariamente dettata;

18. a detti principi non si e' attenuta la Corte territoriale che, oltre ad affermare erroneamente la perdurante validita' ed efficacia della graduatoria approvata all'esito della procedura concorsuale espletata Decreto Legislativo n. 29 del 1993, ex articolo 28, comma 9, ha ritenuto sussistente un diritto soggettivo allo scorrimento quando, a fronte del provvedimento di indizione di nuova procedura concorsuale, era configurabile solo un interesse legittimo degli aspiranti all'assunzione;

19. la sentenza impugnata va, pertanto, cassata e, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa deve essere decisa nel merito ex articolo 384 c.p.c., comma 2 con il rigetto delle originarie domande;

20. restano, conseguentemente, assorbiti i motivi concernenti la posizione della controricorrente (OMISSIS);

21. le spese di entrambi i gradi del giudizio di merito possono essere integralmente compensate fra le parti, in considerazione dell'esito alterno;

22. vanno, invece, poste a carico dei controricorrenti le spese del giudizio di legittimita', liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso nei termini di cui in motivazione. Cassa la sentenza impugnata e decidendo nel merito rigetta le originarie domande. Compensa fra le parti le spese di entrambi i gradi del giudizio di merito e condanna (OMISSIS), (OMISSIS) e (OMISSIS) al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate in Euro 4.000,00 per competenze professionali, oltre rimborso spese prenotate a debito.