

**Consiglio di Stato, Sez. VI,
sentenza 10 aprile 2012, n. 2061**

Svolgimento del Processo – Motivi della decisione

1.- Il ricorrente di primo grado, sig. G.B., espone di essere inquadrato nel ruolo del personale del Comune di Bolzano dal 1 ottobre 1993 con la qualifica di dirigente.

Con deliberazioni del 30 marzo 2004, numeri 292 e 294, la Giunta comunale di Bolzano conferiva a S.D. e C.W. gli incarichi dirigenziali, rispettivamente, di direttore della ripartizione "organizzazione e programmazione" e di direttore dell'ufficio "servizi informatici e logistica".

Il ricorrente ha impugnato innanzi al Tribunale regionale di giustizia amministrativa - Sezione autonoma per la Provincia di Bolzano, tali atti, unitamente al diniego del Comune di Bolzano di voler procedere all'istituzione dell'apposito albo dei dirigenti di qualifica espresso con nota sindacale 3 maggio 2004, nonché ad altri atti adottati nel 2001, nel 2002 e nel 2003 relativi alla pregressa posizione lavorativa dei controinteressati, chiedendo che venissero annullati e dichiarata l'illegittimità del silenzio-rifiuto del Comune in ordine al dovere di concludere il procedimento selettivo per il conferimento dei predetti incarichi.

1.1.- Il T.R.G.A. adito, con sentenza 23 novembre 2005 n. 405, ha dichiarato il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione.

2.- Con l'atto di appello, indicato in epigrafe, il ricorrente di primo grado ha impugnato tale sentenza prospettando i motivi indicati nei successivi punti.

2.1.- Si è costituita in giudizio l'amministrazione comunale rilevando, in via preliminare, la mancanza di interesse all'appello in quanto gli incarichi sono stati già espletati e, nel merito, la infondatezza dell'appello.

Si sono costituiti anche i controinteressati chiedendo il rigetto del gravame.

Sia l'appellante che il Comune hanno depositato memorie difensive.

3.- L'appello non è fondato.

3.1.- In via preliminare deve essere disattesa l'eccezione sollevata dal Comune.

L'art. 34, comma 3, cod. proc. amm., in linea con un pregresso orientamento giurisprudenziale, dispone che quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulti più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori.

Nella vicenda in esame, l'appellante, con memoria di replica a tale eccezione, ha rilevato di avere interesse non solo ad una pronuncia che imponga la istituzione dell'albo riservato ai dirigenti (su cui si veda oltre) e all'attuazione delle procedure selettive, ma anche all'annullamento degli atti censurati ai fini di una eventuale proposizione di un'azione di condanna al risarcimento dei danni per perdita di chances.

3.2.- Chiarito ciò, prima di analizzare nello specifico i singoli motivi di appello, è necessario indicare la normativa di riferimento applicabile ai fini della risoluzione della presente controversia.

Sul piano processuale, l'art. 63, comma 1, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche) prevede che sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, incluse, tra l'altro, quelle controversie concernenti il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali.

Il comma 4 del medesimo art. 63 stabilisce che rimangono attribuite 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, quelle relative ai rapporti di lavoro del personale in regime di diritto pubblico.

Sul piano sostanziale, la disciplina rilevante è contenuta, nella specie, nella L.R. 23 ottobre 1998, n. 10 (Modifiche alla L.R. 4 gennaio 1993, n. 1 "Nuovo ordinamento dei comuni della Regione Trentino-Alto Adige") la quale, all'art. 18, in alcuni suoi commi, dispone quali sono le modalità di conferimento degli incarichi dirigenziali. Le predette norme riprendono, con modifiche, l'impianto della disciplina della dirigenza contenuta nel citato D.Lgs. n. 165 del 2001 (in particolare artt. 19, 23, 28 e 28-bis).

L'appellante assume la violazione e falsa applicazione di tale normativa per una pluralità di motivi che verranno riportati in un ordine diverso da quello prospettato nell'atto introduttivo del presente giudizio.

3.3.- Con una prima censura si deduce la erroneità della sentenza che non avrebbe riconosciuto la sussistenza della violazione dell'art. 18, comma 103, della citata L.R. n. 10 del 1998, il quale stabilisce che l'accesso alle qualifiche avvenga esclusivamente mediante concorso pubblico e non invece, come sarebbe avvenuto nella specie, attraverso una scelta fiduciaria.

Il motivo non è fondato.

La disciplina dei rapporti dirigenziali impone di tenere separata l'acquisizione della qualifica di dirigente che si ottiene a seguito dell'espletamento di una procedura concorsuale e che dà vita ad un rapporto di servizio, dal conferimento dell'incarico dirigenziale che presuppone l'emanazione di un atto all'esito di una valutazione basata su predeterminati criteri di scelta e che dà vita ad un rapporto di ufficio necessario per il concreto esercizio delle funzioni dirigenziali (cfr. Corte Cost. n. 103 del 2007).

Nel caso in esame la norma richiamata a fondamento della censura - prevedendo che "le qualifiche dirigenziali sono attribuite mediante pubblico concorso" - riguarda, in linea con quanto stabilito anche dal legislatore statale, la prima fase relativa all'accesso alla dirigenza mentre gli atti impugnati hanno ad oggetto il conferimento degli incarichi dirigenziali per il quale non è necessario seguire le

regole del pubblico concorso. Non è dunque possibile ritenere sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo richiamando disposizioni che disciplinano momenti del rapporto dirigenziale diversi da quelli che vengono in rilievo in questa sede.

3.4.- L'appellante deduce, altresì, la violazione del comma 105 dell'art. 18 della medesima L. n. 10 del 1998, in quanto, appartenendo i controinteressati ad area inferiore a quella dirigenziale, essendo inquadrati nell'VIII livello, sarebbe stato necessario che il passaggio ad una qualifica superiore rientrante in una diversa area venisse attuato mediante pubblico concorso.

Il motivo non è fondato.

Il richiamato comma 105 prevede che "possono essere abilitati alle funzioni dirigenziali in seguito ad apposito corso-concorso i dipendenti delle qualifiche non dirigenziali più elevate e comunque non inferiori alla VII (...)".

La norma, da leggere in combinato disposto con quella riportata al punto precedente, deve essere intesa nel senso che le funzioni dirigenziali possano essere conferite non solo ai soggetti che espletano un concorso pubblico e acquisiscono la qualifica dirigenziale ma anche a coloro che sostengono un corso-concorso e acquisiscono la cosiddetta abilitazione dirigenziale.

Nel caso in esame, come già rilevato, non viene, però, in rilievo il problema della sussistenza della qualifica o dell'abilitazione ma quello del conferimento

dell'incarico dirigenziale in relazione al quale le modalità di attribuzione rimangono invariate.

L'appellante, pertanto, ancora una volta pone a base delle sue censure una normativa che si occupa della fase iniziale del rapporto dirigenziale e non dell'attribuzione concreta delle funzioni dirigenziali né tantomeno della progressione verticale di carriera. In altri termini, non è possibile ritenere che la giurisdizione spetti al giudice amministrativo mediante una non consentita diversa qualificazione degli atti effettivamente posti in essere dall'amministrazione.

3.5.- Con un'altra censura si rileva che il Tar non avrebbe considerato che l'art. 18, comma 108, della L.R. n. 10 del 1998 prevede che gli incarichi dirigenziali comunali, compresi quelli attribuiti agli odierni controinteressati, avrebbero dovuto essere conferiti mediante "una vera e propria procedura selettiva", con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

Il motivo non è fondato.

La residuale giurisdizione amministrativa sulle controversie inerenti a procedure concorsuali per l'assunzione, contemplata dal citato art. 63, comma 4, del D.Lgs. n. 165 del 2001, deve essere limitata "a quelle procedure che iniziano con l'emanazione di un bando e sono caratterizzate dalla valutazione comparativa dei candidati e dalla compilazione finale di una graduatoria, la cui approvazione, individuando i "vincitori", rappresenta l'atto terminale del procedimento" (Cons. Stato, Ad. plen., 12 luglio 2011, n. 11).

Nel caso in esame la norma regionale, richiamata dall'appellante, prevede - anche in questo caso con disposizioni che riprendono sostanzialmente il modello della dirigenza statale - che "gli incarichi dirigenziali sono conferiti a tempo determinato, con provvedimento motivato, con le modalità fissate dal regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, secondo criteri di competenza professionale, in relazione agli obiettivi indicati nel programma amministrativo del sindaco".

E' evidente come la previsione di vincoli, fondati sul criterio della competenza, alla scelta del soggetto cui conferire l'incarico non sia sufficiente a configurare una procedura concorsuale che deve essere scandita dalle riportate fasi di un iter procedimentale più complesso.

In definitiva - pur avendo in questo caso l'appellante richiamato norme che disciplinano il momento del rapporto dirigenziale preso in esame dagli atti impugnati - le stesse contengono regole di scelta del soggetto cui attribuire l'incarico, così che la pretesa deve essere fatta valere, ai sensi del riportato art. 63 del D.Lgs. n. 165 del 2001, innanzi al giudice ordinario.

3.6.- Con un ulteriore motivo di appello si assume che il T.R.G.A. non avrebbe tenuto conto di quanto previsto dal regolamento organico e di organizzazione del Comune di Bolzano approvato con deliberazione consiliare 2 dicembre 2003 n. 98. Tale regolamento stabilisce che "l'incarico dirigenziale è conferito ai dipendenti comunali iscritti all'albo comunale, oppure, solo in assenza di adeguate professionalità presenti

all'interno del Comune, mediante selezione o indicando apposito concorso pubblico". Sul punto si assume che "una volta dimostrata l'illegittimità della iscrizione dei controinteressati nell'albo misto (e giuridicamente privo di fondamento) istituito dal Comune di Bolzano, per assoluta carenza dei requisiti di legge (...) sempre per i motivi meglio specificati in sede di primo grado, con espresso richiamo in questa sede agli stessi, il Comune di Bolzano avrebbe dovuto dunque attivare le procedure di selezione per il conferimento degli incarichi dirigenziali, cui avrebbe potuto partecipare il ricorrente".

La censura - pur volendo prescindere dalla sua genericità per avere l'appellante rimandato ai motivi di ricorso di primo grado in presenza di una statuizione con cui il T.R.G.A. assume che i controinteressati risultano iscritti all'albo dei dirigenti comunali - non è fondata.

La norma riportata pone un requisito per il conferimento dell'incarico dirigenziale, rappresentato dall'essere il soggetto designato dipendente comunale iscritto all'albo, il cui accertamento spetta al giudice ordinario. Si tenga conto che anche qualora si accertasse, in questa sede, in via incidentale la illegittimità dell'iscrizione all'albo dei controinteressati, non sussisterebbe comunque l'obbligo del Comune di indire la procedura concorsuale atteso che la norma regolamentare prevede che in tali casi si debba verificare se siano presenti adeguate professionalità all'interno del Comune cui conferire gli incarichi. E anche nell'ipotesi in cui la verifica sia negativa la disposizione in esame pone una libera alternativa tra procedura di selezione e procedura concorsuale. In

definitiva, la norma evocata prevede requisiti il cui accertamento spetta al giudice ordinario e, in ogni caso, per la sua formulazione, non impone il ricorso alla procedura concorsuale con conseguente impossibilità di ritenere sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo.

3.7.- L'appellante deduce anche la violazione del comma 103 dell'art. 18, su cui il T.R.G.A. non si sarebbe pronunciato, per non avere l'amministrazione provveduto alla istituzione di un apposito albo dei dirigenti di qualifica.

La censura non è fondata.

La norma richiamata, abrogata dall'art. 1, comma 2, della L.R. 20 marzo 2007, n. 2, prevede che "i comuni con più di 10.000 abitanti istituiscono un apposito albo ai quali sono iscritti coloro che hanno conseguito la qualifica dirigenziale".

L'esame della questione posta, a prescindere dalla sua rilevanza ai fini della soluzione della controversia, involgendo un diritto soggettivo connesso alla previsione di un potere vincolato nell'interesse dell'amministrazione, spetta al giudice ordinario. A tale proposito, la difesa dell'amministrazione comunale ha depositato agli atti del processo la sentenza della Corte di Appello di Trento, sezione staccata di Bolzano, 30 giugno 2004, n. 163 che, nell'ambito di un ricorso proposto anche dall'odierno appellante, ha deciso una controversia relativa proprio all'accertamento del diritto dei ricorrenti all'istituzione dell'albo in questione.

3.8.- Alla luce di quanto sin qui esposto si può esaminare il motivo di appello con cui si deduce che il giudice di primo grado non si sarebbe pronunciato sulla illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione in relazione all'obbligo di indire una procedura concorsuale.

Anche tale motivo non è fondato.

E' agevole, infatti, rilevare che in presenza del conferimento di incarichi dirigenziali non esiste, per le ragioni indicate, l'obbligo di indire una procedura concorsuale.

4.- In definitiva, come è emerso dall'analisi sin qui svolta, risulta che l'amministrazione ha inteso conferire ai controinteressati funzioni dirigenziali.

Una volta chiarito ciò, non è possibile contestare innanzi al giudice amministrativo le modalità di conferimento dell'incarico né se le doglianze attengono all'applicazione dei criteri di selezione né se le stesse riguardano la mancanza nei soggetti scelti dei requisiti che consentono l'attribuzione della funzione dirigenziale stessa.

5.- Le spese del giudizio, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza e sono poste a favore del Comune appellato; mentre vanno compensate, sussistendone giusti motivi, nei confronti dei soggetti privati appellati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento, in favore del Comune appellato, delle spese processuali che si liquidano in Euro 5.000,00 (cinquemila). Spese compensate nei confronti dei soggetti privati appellati.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.