

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

sentenza 9 aprile 2013, n. 1944

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5204 del 2012, proposto da:

Comune di Cerreto Sannita, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

contro

G.F., rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Diego Perifano, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

nei confronti di

A.A.F.;

sul ricorso numero di registro generale 6172 del 2012, proposto da:

A.A.F., rappresentato e difeso dall'avv. Gianni Emilio Iacobelli, con domicilio eletto presso Gianni Emilio Iacobelli in Roma, via Panama n. 74;

contro

G.F., rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Diego Perifano, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

nei confronti di

Comune di Cerreto Sannita;

per la riforma

quanto al ricorso n. 5204 del 2012:

della sentenza del T.A.R. Campania - Napoli : Sezione V n. 00115/2012, resa tra le parti, concernente modifica dotazione organica e programmazione del fabbisogno del personale 2010/2012 - revoca delibera selezione interna per la copertura del posto di comandante del corpo di polizia municipale - cat. D1

quanto al ricorso n. 6172 del 2012:

della sentenza del T.A.R. Campania - Napoli : Sezione V n. 00115/2011, resa tra le parti, concernente selezione interna per la copertura del posto di comandante del corpo di polizia municipale

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di G.F.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 febbraio 2013 il Cons. Carlo Schilardi e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia, Francesco Silvio Dodaro su delega dell'avv. Luigi Diego Perifano e Paola Conticiani, su delega dell'avv. Gianni Emilio Iacobelli;

Svolgimento del processo

Il Comune di Cerreto Sannita, con deliberazione di G.C. n. 299 dell'1.12.2010, recante "Modifica dotazione organica e programmazione del fabbisogno del personale 2010-2012 e revoca precedente delibera di Giunta comunale n. 283 del 12.11.2010", costituiva nella dotazione organica dell'Ente, all'interno del IV Settore, un nuovo posto di categoria

D1 a cui attribuire la qualifica di Comandante del Corpo di Polizia Municipale.

Con la medesima delibera si disponeva altresì di procedere alla copertura del nuovo posto facendo ricorso ad una procedura selettiva interna, per titoli ed esami.

Con determinazione del dirigente del settore 2, n. 825 dell'1.12.2010, l'Amministrazione comunale bandiva il concorso per la copertura del posto di Comandante del Corpo di Polizia Municipale.

Con determinazione del dirigente del settore 2, n. 864 del 14.12.2010, veniva approvata la graduatoria finale di merito della selezione interna per l'attribuzione del posto di Comandante del Corpo di Polizia Municipale, dalla quale risultava vincitore il sig. F.A.A., unico e solo partecipante alla selezione.

Avverso la Delib. n. 299 del 2010 di modifica della Pianta Organica del Comune, la determinazione n. 825/2010 con la quale era stato bandito il concorso interno per la copertura del posto di Comandante della P.M., la Det. n. 864 del 2010 di approvazione della graduatoria finale della procedura selettiva, nonché tutti gli atti conseguenti ad essa, ha proposto ricorso al T.A.R. per la Campania il sig. G.F..

Il ricorrente, nel lamentare la violazione degli artt. 97 e 98 della Costituzione nonché del D.Lgs. n. 135 del 2001 e della L. n. 241 del 1990, ha dedotto che il posto si sarebbe dovuto mettere a concorso con possibilità di accesso dall'esterno.

Il ricorrente ha chiesto altresì la condanna dell'Amministrazione comunale al risarcimento del danno subito ex art. 2058 (in forma specifica con l'indizione di una procedura selettiva aperta all'esterno) o, in subordine, ex art. 2043 (in forma generica per equivalente monetario).

Il T.A.R. per la Campania, Sezione Quinta, con sentenza n. 115 del 15 dicembre 2011, respinte le eccezioni di irricevibilità e di difetto di giurisdizione sollevate dal Comune e dal controinteressato sig. A.F.A., ha parzialmente accolto il ricorso proposto dal sig. F., disponendo l'annullamento della delibera consiliare n. 299 dell'1.12.2010 e di tutti gli atti impugnati, dichiarando l'inammissibilità della domanda di risarcimento del danno in forma specifica e respingendo la domanda di risarcimento del danno per equivalente.

Avverso tale pronuncia il Comune di Cerreto Sannita e il sig. A.F.A., previa istanza cautelare di sospensione dell'esecutività, hanno singolarmente proposto appello.

Con un primo motivo l'appellante signor A.A.F. ripropone, in via preliminare, l'eccezione sollevata in primo grado anche dal Comune di Cerreto Sannita, inerente il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Con un secondo articolato motivo entrambi gli appellanti lamentano il difetto ed illogicità di motivazione, violazione ed erronea interpretazione di legge, violazione e falsa applicazione degli artt. 23, 24 e 62 del D.Lgs. n. 150 del 2009, erroneità di presupposti giuridici e di interpretazione, cui il signor A.A.F. aggiunge violazione e falsa applicazione degli artt. 36 e 36 bis del D.Lgs. n. 29 del 1993 nonché dell'art. 25 del D.Lgs. n. 165 del 2001, del D.Lgs. n. 267 del 2000 e dell'art. 97 della Costituzione.

Gli appellanti sostengono in concreto che il Comune di Cerreto Sannita avrebbe attuato una progressione all'interno della medesima categoria e non, come ritenuto dal T.A.R., una effettiva progressione c.d. verticale, con conseguente obbligo dell'Ente di indire un concorso pubblico per la copertura di detta posizione.

Si è costituito in giudizio il sig. G.F. che chiede di rigettare l'appello, perché infondato in fatto ed in diritto e, per l'effetto la conferma della sentenza gravata.

Motivi della decisione

Nell'ordine logico delle questioni va esaminato per primo l'appello proposto dal signor A.A.F., (ricorso n. R.G. 6172/2012. In particolare rileva il primo motivo di appello con cui egli ripropone l'eccezione già sollevata innanzi al T.A.R. adito, di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere la vicenda in trattazione, eccezione respinta dal primo giudice.

Sostiene l'appellante che il T.A.R. ha erroneamente disatteso tale preliminare eccezione "inerente il difetto di giurisdizione in subiecta materia, dell'adito Tribunale di I grado quale giudice amministrativo in favore della giurisdizione del giudice ordinario".

Nella fattispecie non si tratta, infatti, di un concorso per instaurare un nuovo rapporto di lavoro, né di una progressione verticale, ma solo di un passaggio di qualifica nell'ambito della stessa area funzionale e per la medesima categoria (D1), senza novazione quindi del rapporto di lavoro.

L'eccezione di difetto di giurisdizione formulata dall'appellante è fondata, atteso che con la Delib. n. 299 del 2010 la giunta comunale di Cerreto Sannita, ha disposto la modifica della propria dotazione organica, reistituendo il posto di comandante della polizia municipale e ne ha contestualmente previsto la copertura mediante selezione interna ricorrendo, previa opportuna verifica, a professionalità acquisita all'interno del Comune, con attribuzione di un profilo professionale diverso, ma sempre della categoria D1, così come disposto poi con la D.D. n. 825/2010 di indizione del concorso e giusta articolo 2 del bando di accesso che ha previsto l'accesso alla selezione interna a personale della stessa categoria D1.

Né la differenza di compiti e di collocazione sul piano gerarchico assume alcuna rilevanza, non essendosi attuata con la selezione de quo, per quanto detto, alcuna progressione verticale.

Giova evidenziare che la Corte di Cassazione a Sezioni unite ha individuato i criteri di riparto della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo per le controversie in tema di procedure concorsuali afferenti al rapporto di pubblico impiego privatizzato (Cass., SS.UU., 12 ottobre 2009, n. 21558; 9 settembre 2009, n. 3051; 25 novembre 2008, n. 28058; 29 novembre 2006, n. 25277).

Essa ha in particolare chiarito, con riferimento all'area di giurisdizione assegnata al giudice amministrativo dall'art. 63, quarto comma, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, che la nozione di assunzione va riferita non solo all'immissione per la prima volta in impiego, ma anche a tutti quei casi in cui, in esito a procedura selettiva e di valutazione comparativa, debba attribuirsi una nuova qualifica cui si colleghi una diversa posizione di status nell'ambito dell'assetto organizzativo dell'ente.

Tale conclusione viene ad armonizzarsi con l'indirizzo segnato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che - in un ordinamento del pubblico impiego articolato per qualifiche funzionali, e non più in carriere, a loro volta comprendenti più qualifiche - postula, nel quadro

dei principi dettati dagli artt. 51 e 97 della Costituzione, la necessità del previo esperimento del concorso, aperto anche a soggetti esterni, per il conferimento di posti di qualifica, di livello o di fascia funzionale superiore, venendosi ad integrare una vera e propria forma di reclutamento, con modifica della posizione di status e novazione del rapporto di impiego (ex multis Corte costituzionale, 29 maggio 2002, n. 218; 4 gennaio 1999, n. 1; 30 ottobre 1997, n. 320).

È stata pertanto riconosciuta:

- a) la giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie relative a concorsi per soli candidati esterni;
- b) identica giurisdizione su controversie relative a concorsi misti, restando irrilevante che il posto da coprire sia compreso o meno nell'ambito della medesima area funzionale alla quale sia riconducibile la posizione di dipendenti interni ammessi alla procedura selettiva; in tal caso, infatti, la circostanza che non si tratti di passaggio ad un'area diversa viene vanificata dalla presenza di possibili vincitori esterni;
- c) ancora la giurisdizione amministrativa quando si tratti di concorsi per soli interni che comportino passaggio da un'area funzionale ad un'altra spettando, poi, al giudice del merito la verifica di legittimità delle norme che escludono l'apertura del concorso all'esterno;
- d) giurisdizione ordinaria nelle controversie attinenti a concorsi per soli interni, che comportino passaggio da una qualifica ad un'altra, ma nell'ambito della medesima area funzionale.

Conforme è la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, che declina la giurisdizione ordinaria per le controversie che attengono all'espletamento di un concorso interno per il passaggio da una posizione ad un'altra nell'ambito della stessa area (cfr. ex multis Cons. Stato, VI, 15 dicembre 2010, n. 8920; 13 maggio 2008, n. 2231; 22 agosto 2007, n. 4479).

Deve osservarsi che l'accorpamento in un'unica area professionale di diverse qualifiche, anche con differenziazione delle posizioni economiche, assegna ad esse una configurazione unitaria e compiti omogenei, ancorché graduati per il livello, tipo di impegno ed affinamento professionale. All'esito del concorso non segue quindi il mutamento della posizione di inquadramento, che resta sempre collegata

alla stessa area professionale, ma il conferimento di una diversa posizione in relazione al contenuto dei compiti assegnati.

Si versa, allora, a fronte di un'attività dell'Amministrazione di gestione del rapporto di lavoro secondo le regole del C.C.N.L. in un quadro ordinamentale teso a valorizzare l'esperienza professionale acquisita, senza mutare l'area di inquadramento.

Nel caso di specie non si determina, pertanto, una novazione della posizione di status, così che possa equipararsi alla nozione di assunzione cui fa richiamo l'art.63 del D.Lgs. n. 165 del 2001, ai fini della riserva di giurisdizione amministrativa in ordine alle controversie che investono le procedure selettive dei pubblici impiegati.

In accoglimento dell'appello il ricorso di primo grado va dunque dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione e, per l'effetto, va annullata la sentenza impugnata.

Ai fini del prosieguo del giudizio avanti al giudice ordinario trova applicazione l'art. 11 c.p.a.

Va ora esaminato l'appello del Comune di Cerreto Sannita (n. R.G, 5204 del 2012).

Considerato che in accoglimento dell'appello proposto dal signor A.A.F. (n. R.G. 6172 del 2012), qui riunito, in ordine al ricorso in primo grado avanzato dal signor G.F. va dichiarato il difetto di giurisdizione e che, per l'effetto, la sentenza impugnata va annullata, di conseguenza l'appello del Comune di Cerreto Sannita va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio, per ambedue i contenziosi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti :

Accoglie l'appello proposto dal signor A.A.F. (numero di registro generale 6172 del 2012) e, per l'effetto, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in ordine al ricorso in primo grado ed annulla la sentenza impugnata.

Dichiara improcedibile l'appello del Comune di Cerreto Sannita (registro generale numero 5204 del 2012) per sopravvenuta carenza di interesse.

Compensa tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio, per ambedue i contenziosi.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere, Estensore