

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9038 del 2011, proposto da:
Nicola Brescia, rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Dell'Anno, con
domicilio eletto presso l'avv. David Ceccarelli in Roma, via Vigliena, 2;

contro

Comune di Taranto, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Caricato, con
domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via Silla, 91;

per l'annullamento

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE:
SEZIONE II n. 01495/2011, resa tra le parti, concernente
APPELLO AVVERSO SENTENZA CON CUI IL GIUDICE
AMMINISTRATIVO HA DICHIARATO IL DIFETTO DI
GIURISDIZIONE - CONCLUSIONE PROCEDURA MOBILITÀ
VOLONTARIA

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Taranto;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 105, co. 2 e 87, co. 3, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2012 il Cons. Paolo
Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati nessuno è comparso per
le parti;

FATTO e DIRITTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Lecce, sez. II, con la sentenza n. 1495 del 16 agosto 2011, ha dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo, ricadendo la controversia dedotta in giudizio nella giurisdizione del Giudice Ordinario, in funzione di giudice del lavoro, il ricorso proposto dall'odierno appellante per l'annullamento:

- della deliberazione della Giunta dell'Amministrazione Comunale di Taranto n. 149 del 4.10.2010, pubblicata all'albo pretorio dal 25.10 al 9.11.2010, con la quale è stata disposta la conclusione della procedura di mobilità volontaria avviata con la deliberazione della giunta comunale n. 45 del 3.4.2009 e definita con la Determinazione Dirigenziale n. 263 del 3.12.2009, unitamente all'articolo 4, comma 3, dell'avviso relativo alla medesima procedura di cui la delibera di Giunta n. 149/2010 costituisce applicazione;
- delle deliberazioni di Giunta dell'Amministrazione Comunale di Taranto nn. 151, 152, 153, 154 del 4.10.2010 pubblicate all'albo pretorio dal 13 al 28 ottobre 2010, di indizione di concorsi pubblici per esami (n. 2 prove) e orali, per la copertura a tempo pieno e indeterminato dei posti singoli di Dirigente, nell'ordine, della Direzione Decentramento, della Direzione Servizi Sociali, della Direzione Sviluppo Economico e Produttivo, della Direzione Pubblica Istruzione- Cultura-Sport-Spettacolo;
- delle deliberazioni di Giunta Comunale di Taranto nn. 86, 92, 93 e 94 del 27.5.2010 (allegati, nell'ordine nn. 8,9,10 e 11), pubblicate all'albo pretorio dall'11 al 26.6.2010, di indizione dei concorsi di mobilità esterna per la copertura a tempo pieno e indeterminato di posti singoli di Dirigente, nell'ordine, della Direzione Pubblica Istruzione-Cultura-Sport-Spettacolo; della Direzione Servizi Sociali; della Direzione Sviluppo Economico Produttivo e della Direzione Decentramento;
- dei quattro avvisi pubblicati relativi ai procedimenti di cui alle deliberazioni indittive dei concorsi pubblici 151, 152, 153, e 154/2010 (allegati, nell'ordine dal n. 21 al n. 24);
- dei quattro avvisi pubblicati relativi ai procedimenti di cui alle deliberazioni indittive dei concorsi di mobilità nn. 86, 92, 93 e 94, non allegati ma inseriti quali schemi conformi nella deliberazioni di riferimento;
- della deliberazioni di Giunta dell'Amministrazione Comunale di Taranto nn. 155 del 4.10.2010 allegato sub 25) pubblicata all'albo pretorio dal 13 al 28 ottobre 2010, di indizione del concorso pubblico per esami scritti (n. 2 prove) e orali, per la copertura a tempo pieno e indeterminato del posto singolo di Dirigente della Direzione Ambiente, Salute e qualità della vita e dei due avvisi-bandi, uno di mobilità volontaria ed uno pubblico, pubblicato a seguito

dell'esito infruttuoso del primo, non allegati ma inseriti quali schemi conformi nella deliberazioni di riferimento.

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che il ricorrente, più che invocare lo scorrimento della graduatoria, assumeva di avere un vero e proprio diritto soggettivo alla assunzione, poiché la procedura di mobilità era stata indetta per n. 2 posti di dirigente nel Settore Amministrativo – Economico e il 2° graduato, prima ancora di aver preso servizio, aveva dichiarato di non aver interesse al trasferimento per mobilità.

Nel caso di specie, continuava il TAR, non poteva trovare applicazione la riserva di giurisdizione del giudice amministrativo stabilita per le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, dall'art. 63 comma 4, del d.lgs. 165/2001, attenendo la controversia in esame ad una procedura di mobilità tra Amministrazioni diverse, comportante una mera modificazione soggettiva del rapporto di lavoro e non già la costituzione di un nuovo rapporto mediante procedura selettiva concorsuale.

Secondo l'appellante la sentenza merita completa riforma, con affermazione della giurisdizione del G.A.

Si costituiva l'Amministrazione appellata chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 10 gennaio 2012 la causa veniva trattenuta in decisione.

Ritiene il Collegio che l'appello sia fondato.

Infatti, come di recente ha statuito la Corte di Cassazione, in materia di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a procedure concorsuali nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, è devoluta alla giurisdizione del Giudice Amministrativo la cognizione della domanda con la quale l'interessato, dichiarato idoneo in un precedente concorso, contesti la scelta dell'Amministrazione di indire un nuovo concorso per interni, già dipendenti dell'Amministrazione stessa, invece di utilizzare la graduatoria del precedente concorso per assumere nuovi dipendenti, dovendosi ritenere che la circostanza che il precedente bando contempli la perdurante efficacia della graduatoria approvata in esito al concorso comporti, rispetto alle valutazioni discrezionali dell'ente sulle determinazioni della pianta organica e sulle modalità per la copertura dei posti, l'insorgere in capo al candidato idoneo di una posizione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo (Cass., Sez. Un., 13 giugno 2011, n. 12895).

Infatti, è pur vero che la cognizione della domanda, avanzata dal candidato utilmente collocato nella graduatoria finale, riguardante la pretesa al riconoscimento del diritto allo scorrimento della graduatoria del concorso

espletato, appartiene alla giurisdizione del G.O., facendosi valere, al di fuori dell'ambito della procedura concorsuale, il diritto all'assunzione.

Tuttavia, ove la pretesa al riconoscimento del suddetto diritto sia consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di un nuovo concorso, la contestazione investe l'esercizio del potere dell'Amministrazione di merito, a cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, la cui tutela spetta al Giudice Amministrativo, ai sensi dell'art. 63, comma 4, d.P.R. n. 165 del 2001 (Cassazione civile, sez. un., 16 novembre 2009, n. 24185).

Lo stesso principio è applicabile con riferimento alle procedure di mobilità volontaria, come quella in oggetto, riservate ai dipendenti pubblici e comportanti una mera variazione di un rapporto di lavoro pubblico già in essere, mantenendone inalterati gli elementi originari e costitutivi (la qualifica, il profilo e le mansioni).

In sé, il diritto fatto valere dal ricorrente per lo scorrimento della graduatoria di cui alle procedure di mobilità rientra nell'ambito della giurisdizione del Giudice Ordinario in funzione di giudice del lavoro, ai sensi dell'articolo 63, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001.

Tuttavia, nel caso in esame, il riconoscimento del suddetto diritto è consequenziale alla negazione degli effetti dei provvedimenti di indizione dei nuovi concorsi, provvedimenti in questa sede impugnati, e, pertanto, la contestazione investe l'esercizio del potere dell'Amministrazione, a cui corrisponde una situazione di interesse legittimo la cui tutela spetta al Giudice Amministrativo.

Parallelamente, anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella sua sentenza 28 luglio 2011, n. 14, ha implicitamente ribadito tale assunto, affermando che la determinazione relativa all'an della copertura del posto vacante ha contenuto ampiamente discrezionale, in quanto riconducibile al novero delle scelte organizzative di pertinenza del soggetto pubblico e che la decisione riguardante il quomodo della provvista del posto (scorrimento o indizione di un nuovo concorso), invece, resta soggetta ad un più stringente dovere di motivazione e vede circoscritti gli spazi discrezionali riservati all'apprezzamento dell'Amministrazione: tuttavia, pur sempre di provvedimento amministrativo attinente alla fase concorsuale si tratta, con la conseguenza che la relativa cognizione spetta al Giudice Amministrativo.

Infatti, per verificare la sussistenza del diritto alla costituzione del rapporto di lavoro è necessario che l'Amministrazione abbia deciso di assegnare i posti mediante utilizzazione della vecchia graduatoria, perchè qualora abbia invece optato per la copertura degli stessi mediante nuovo concorso, la domanda dell'idoneo di essere assunto comporta necessariamente la previa verifica della conformità a legge della relativa delibera, in quanto l'esistenza del diritto da lui

invocato potrebbe essere affermata solo dopo aver negato la legittimità della decisione di pubblicare il nuovo bando.

Di conseguenza, mirando l'appellante, in definitiva, ad ottenere tutela contro l'esercizio (in tesi scorretto) di un potere cui corrisponde una situazione d'interesse legittimo, la predetta controversia deve essere conosciuta dal Giudice Amministrativo (C. Cass. 20107-05, 16906-06, 16527-08 e 3055-09).

Peraltro, anche nell'ipotesi inversa, questo Consiglio ha affermato, a ulteriore conferma di quanto argomentato, che nell'ipotesi di scelta dell'Amministrazione di procedere a una procedura di mobilità di personale per coprire un determinato posto, nasce in capo a un soggetto, dichiarato idoneo in una determinata procedura concorsuale, un interesse legittimo al corretto uso dell'azione amministrativa, tutelabile dinnanzi al G.A. e non un diritto soggettivo tutelabile davanti al G.O. (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6332).

Nel caso concreto, come detto, il ricorrente vuole fare valere il suo diritto alla graduatoria (nella specie di mobilità, ma pur sempre di scorrimento e di utilizzazione di una graduatoria si tratta), condizionatamente alla rimozione degli atti che, invece, indicano procedure concorsuali e che si assumono illegittimi.

Pertanto, la giurisdizione come già detto, spetta al G.A.

Alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto e, ai sensi dell'art. 105, comma 2, CPA, la sentenza del TAR deve essere annullata, con remissione della causa al giudice di primo grado.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la sentenza impugnata, rimettendo la causa al giudice di primo grado.

Compensa, tra le parti, le spese di lite del presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente
Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere
Manfredo Atzeni, Consigliere
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/01/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)