

N. 02250/2011 REG.PROV.COLL.

N. 02677/2010 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2677 del 2010, proposto da:  
Paolo Omodeo Zorini, rappresentato e difeso dall'avv. Sergio  
D'Arienzo, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via  
Meloria, 2;

***contro***

Comune di Sedriano, rappresentato e difeso dall'avv. Giorgio  
Bonamassa, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via  
Visconti Venosta, 2;

***per l'annullamento***

della deliberazione della Giunta comunale di Sedriano del 27.07.2010,  
n. 107, avente ad oggetto "approvazione piano occupazionale 2010 e  
adeguamento dotazione organica" e dei suoi allegati;

della determinazione del dirigente Area Affari Generali del comune di Sedriano n. 599 del 13.08.2010 avente ad oggetto " approvazione bando di mobilità per la copertura di un posto a tempo pieno ed indeterminato, di funzionario responsabile- comandante Polizia Locale" e dei suoi allegati;

dell'Avviso di selezione per mobilità volontaria, per la copertura di un posto a tempo pieno ed indeterminato, Comandante dell'Area di Polizia Locale, pubblicato all'albo pretorio dal 18.08.2010 al 17.09.2010, e per estratto sul Burl Lombardia, Serie Inserz e Concorsi, n. 33, del 18.08.2010;nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso;

e per il riconoscimento del diritto di essere assunto con le funzioni di comandante della polizia locale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'atto di rinuncia al mandato dell'avv. Sergio D'Arienzo;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2011 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Il ricorrente, già classificatosi al secondo posto del concorso pubblico per titoli ed esami per la copertura del posto di categoria D –

posizione economica D3 con il profilo di comandante responsabile area polizia locale, bandito in data 05.12.2008, impugna gli atti con i quali il Comune ha deciso di assumere un nuovo comandante della polizia locale mediante mobilità volontaria e chiede il riconoscimento del diritto ad essere assunto dal Comune.

Contro i suddetti atti il ricorrente solleva i seguenti motivi di ricorso.

I) Violazione della determinazione del Comune di Sedriano n. 110 del 19.11.2008 e della determinazione n. 114 del 14.02.2009; violazione e falsa applicazione del provvedimento del 05.12.2008 del responsabile area affari generali ed eccesso di potere in quanto la scelta del Comune di Sedriano di avvalersi di una procedura di mobilità contrasterebbe con l'impegno contenuto negli atti di concorso ad utilizzare la graduatoria.

II) Manifesta contraddittorietà e difetto di motivazione in quanto il Comune aveva l'obbligo di utilizzare la graduatoria. In subordine se tale scelta fosse ritenuta discrezionale il ricorrente ritiene illegittimo l'atto in quanto il Comune non avrebbe fatto corretto uso del suo potere discrezionale. In ogni caso mancherebbe la comunicazione di avvio del procedimento.

III) Violazione dei principi di trasparenza e predeterminazione del contenuto della selezione nei concorsi pubblici ed eccesso di potere in quanto il bando di mobilità volontaria sarebbe generico.

IV) Incompetenza della giunta nell'approvazione del piano occupazionale che rientrerebbe nella competenza del consiglio comunale o dei dirigenti.

Chiede quindi il riconoscimento del diritto all'assunzione.

Il Comune afferma che il ricorrente non avrebbe una posizione di diritto soggettivo ma solo di interesse legittimo e quindi non avrebbe diritto all'assunzione. In secondo luogo il ricorrente non avrebbe partecipato al bando di mobilità volontaria, pur potendolo. Da ultimo la scelta del Comune di avvalersi della graduatoria sarebbe comunque discrezionale.

All'udienza del 5 luglio 2011 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. Prima di entrare nel merito del ricorso occorre affrontare il problema della giurisdizione in quanto, benché non sollevato dalle parti, è rilevante ai fini della decisione ed stato segnalato d'ufficio dal giudice nella fase cautelare.

In materia il giudice della giurisdizione (Corte di Cassazione, Sez. Unite civili, 13 giugno 2011 n. 12895) ha stabilito 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 giudice ordinario, facendosi valere, al di fuori dell'ambito della procedura concorsuale, il "diritto all'assunzione"; nel caso, invece, in cui 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, del D.P.R. n. 165 del 2001.

In sostanza la Corte ha riconosciuto che la decisione di coprire i posti in organico mediante una delle forme previste dalla legge costituisce atto di organizzazione rispetto al quale il lavoratore vanta una posizione di interesse legittimo.

Infatti il provvedimento con cui la pubblica amministrazione determina la consistenza e la variazione delle dotazioni organiche rappresenta non già atto privatistico di gestione del rapporto, ma costituisce un tipico atto di organizzazione, la cui cognizione rimane riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo (Cass., sez. un., 4 aprile 2007, n. 8363; Corte di Cassazione, Sez. Unite civili, 13 giugno 2011 n. 12895). Infatti si tratta di una scelta discrezionale con la quale l'amministrazione valuta le proprie esigenze organizzative e decide sulle proprietà e sulle modalità di reclutamento del personale.

Benché in generale gli atti di macro organizzazione, in quanto atti amministrativi presupposti possano formare oggetto di disapplicazione da parte del giudice ordinario, secondo l'indicazione contenuta nell'art. 63 del D. Lgs. 165/2001, questo è possibile, secondo l'insegnamento delle pronunce della Cassazione citate, solo quando il giudice del lavoro ne conosca *incidenter tantum*, cioè solo nel caso in cui l'atto amministrativo costituisca un mero antecedente logico della decisione sul diritto soggettivo dedotto in giudizio.

Ma nel caso della decisione organizzativa di coprire un posto in organico con modalità diverse dallo scorrimento della graduatoria, il

giudice deve conoscere in via principale di questi atti, che sono direttamente impeditivi dello scorrimento della graduatoria e che, di conseguenza, debbono essere rimossi in via principale.

Proprio per queste ragioni la Cassazione riconosce al titolare del diritto allo scorrimento della graduatoria un interesse legittimo alla rimozione delle decisioni in merito alle modalità di reclutamento del personale in quanto esercizio di un potere amministrativo.

Tale posizione di interesse legittimo sussiste non solo nel caso di indizione di un nuovo concorso, situazione di interesse legittimo espressamente riconosciuta dalla legge, che riserva al giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (art. 63 c. 4 D. Lgs. 165/2001; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 28 luglio 2011 n. 14), ma anche rispetto alla decisione di coprire i posti mediante indizione di mobilità volontaria (Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2009 n. 6332), in quanto si tratta di una scelta di tipo macro-organizzativo che rientra nell'ambito dei poteri di scelta di natura discrezionale che spettano all'amministrazione.

Poiché, nel caso in questione, il riconoscimento del diritto all'assunzione mediante scorrimento della graduatoria presuppone necessariamente l'annullamento della scelta dell'amministrazione di coprire il posto per il quale era stato espletato il concorso mediante mobilità volontaria, occorre affermare la giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento a tale la decisione.

Venendo ora al merito della controversia con i primi due motivi il ricorrente si duole principalmente dell'illegittimità della scelta dell'amministrazione di coprire il posto mediante mobilità volontaria in quanto, a suo dire tale scelta, effettuata con il piano occupazionale del 2010, sarebbe in contrasto con il bando del concorso avviato nel 2008, il quale prevede lo scorrimento della graduatoria quale facoltà o, addirittura, quale vero e proprio obbligo in capo al Comune.

I primi due motivi, nella parte in cui contestano la scelta dell'amministrazione di effettuare una selezione per mobilità volontaria sono infondati.

Sebbene la giurisprudenza prevalente (Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria sentenza 28 luglio 2011 n. 14) riconosca un obbligo di motivazione specifica nel caso in cui l'amministrazione intenda coprire il posto per il quale ha bandito un concorso mediante indizione di un nuovo concorso piuttosto che mediante scorrimento della graduatoria, non è possibile giungere alle medesime conclusioni nel caso di indizione di una procedura di mobilità volontaria.

All'equiparazione tra mobilità volontaria e nuovo concorso osta la diversità delle due procedure e la preferenza espressa dal legislatore per il passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse (art. 30 D. Lgs. 165/2001) rispetto all'assunzione di nuovo personale.

In primo luogo, infatti, la procedura di mobilità volontaria permette all'amministrazione di assumere personale che già ha ricoperto il posto vacante o comunque ha già conseguito la stessa qualifica presso altre amministrazioni (art. 30 D. Lgs. 165/2001). Questo comporta la

possibilità di acquisire personale già formato e con esperienza nel ruolo, situazione che comporta un'immediata operatività ed un risparmio di spesa.

In secondo luogo l'ordinamento del pubblico impiego prevede una preferenza legale per il passaggio di personale tra amministrazioni rispetto alle nuove assunzioni, per ottenere una più razionale distribuzione delle risorse tra le amministrazioni pubbliche nonché economie di spesa di personale complessivamente intesa, dal momento che consente una stabilità dei livelli occupazionali nel settore pubblico.

L'art. 30 D. Lgs. 165/2001 stabilisce che “2. in ogni caso sono nulli gli accordi, gli atti o le clausole dei contratti collettivi volti ad eludere l'applicazione del principio del previo esperimento di mobilità rispetto al reclutamento di nuovo personale. 2-bis. Le amministrazioni, prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali, finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, devono attivare le procedure di mobilità di cui al comma 1, provvedendo, in via prioritaria, all'immissione in ruolo dei dipendenti, provenienti da altre amministrazioni, in posizione di comando o di fuori ruolo, appartenenti alla stessa area funzionale, che facciano domanda di trasferimento nei ruoli delle amministrazioni in cui prestano servizio”.

A sua volta l'art. 39 c. 3 della legge 27 dicembre 1997 n. 449 stabilisce che “le assunzioni restano comunque subordinate all'indisponibilità di personale da trasferire secondo le vigenti procedure di mobilità”.

Da ultimo l'art. 1 comma 47 della legge 31172004 prevede che “ in vigenza di disposizioni che stabiliscono un regime di limitazione delle assunzioni di personale a tempo indeterminato, sono consentiti trasferimenti per mobilità, anche intercompartimentale, tra amministrazioni sottoposte al regime di limitazione, nel rispetto delle disposizioni sulle dotazioni organiche e, per gli enti locali, purchè abbiano rispettato il patto di stabilità interno per l'anno precedente”.

Ne discende un quadro normativo di assoluto favore per il passaggio di personale tra amministrazioni rispetto all'assunzione di nuovo personale, che non può non riverberarsi anche sul rapporto tra ricerca di personale mediante mobilità volontaria e scorrimento delle graduatorie.

Infatti deve ritenersi, in questo quadro, che la preferenza normativa per la mobilità volontaria comporti l'inesistenza di un obbligo di motivazione in merito a tale scelta rispetto a quella dello scorrimento della graduatoria, trattandosi di scegliere tra la redistribuzione delle risorse umane tra le pubbliche amministrazioni rispetto all'aumento del personale mediante nuove assunzioni.

A questa regola non si può fare eccezione a favore del personale di ruolo di altre amministrazioni, quale il ricorrente, che ha partecipato a concorsi per l'accesso dall'esterno in quanto l'utilizzo delle graduatorie di concorso non permette di distinguere tra concorsisti che sono già dipendenti pubblici ed estranei all'amministrazione pubblica.

In sostanza, quindi, l'amministrazione quando prevede la copertura di un posto in organico mediante mobilità volontaria esercita un potere

discrezionale di scelta delle modalità di copertura delle proprie esigenze di organico con uno strumento che, essendo oggetto di preferenza legislativa e garantendo l'assunzione di personale specializzato, non richiede specifica motivazione.

In definitiva quindi i primi due motivi di ricorso vanno respinti nella parte in cui contestano la scelta dell'amministrazione di coprire il posto mediante mobilità volontaria.

Occorre ora passare all'esame del quarto motivo di ricorso, in quanto anch'esso riferito, come i precedenti, al piano occupazionale del 2010, che viene contestato per incompetenza della giunta comunale.

Il motivo è infondato.

L'art. 39 c. 1 della legge 27.12.1997 n. 449 stabilisce che "al fine di assicurare le esigenze di funzionalità e di ottimizzare le risorse per il migliore funzionamento dei servizi compatibilmente con le disponibilità finanziarie e di bilancio, gli organi di vertice delle amministrazioni pubbliche sono tenuti alla programmazione triennale del fabbisogno di personale".

A sua volta l'art. 6 c. 4-bis del D. Lgs. 165/01 stabilisce che "il documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale ed i suoi aggiornamenti di cui al comma 4 sono elaborati su proposta dei competenti dirigenti che individuano i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti istituzionali delle strutture cui sono preposti".

Queste norme, applicabili agli enti locali tra l'altro in virtù del richiamo espresso contenuto negli artt. 91 ss. del D. Lgs. 267/2001, sono chiare

nell'attribuire alla competenza degli organi politici e non dei dirigenti le scelte programmatiche in materia di personale.

Per quanto riguarda la suddivisione delle competenze tra gli organi politici la giurisprudenza ha chiarito che sulla base del nuovo criterio di riparto di competenze tra consiglio comunale e giunta, l'organo elettivo è chiamato ad esprimere gli indirizzi politici ed amministrativi di rilievo generale, che si traducono in atti fondamentali, tassativamente elencati nell'art. 42 d.lgs. n. 267/2000, mentre la giunta municipale (v. artt. 48 e 107 del medesimo decreto) ha una competenza residuale in quanto compie tutti gli atti non riservati dalla legge al consiglio o non ricadenti nelle competenze, previste dalle leggi o dallo statuto, del sindaco o di altri organi di decentramento (T.a.r. Puglia, Lecce, 16 gennaio 2004, n. 317; T.a.r. Campania, sez. I, 9 aprile 1998, 1138; Cons. Stato, sez. V, 3 marzo 2005 n. 832).

Poiché il programma triennale del fabbisogno del personale ed il suo aggiornamento annuale non rientrano nella previsione espressa dell'art. 42, deve concludersi che la relativa competenza spetta alla giunta.

Questa interpretazione è corroborata altresì dall'art. 48 del TUEL, secondo il quale è di competenza della giunta l'adozione dei regolamenti sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, nel rispetto dei criteri generali stabiliti dal consiglio.

La norma ha infatti trasferito dal consiglio alla giunta una significativa competenza normativa in materia di personale in coerenza con il principio che le scelte di vertice in materia di personale rientrano nelle competenze degli organi che sono espressione della maggioranza e, di

conseguenza, della giunta, se non espressamente attribuite dalla legge al Sindaco, come in questo caso.

Il quarto motivo di ricorso va quindi respinto.

Venendo ora al terzo motivo di ricorso, al quale va equiparato anche il secondo motivo, nella parte in cui contesta il difetto di comunicazione di avvio del procedimento di mobilità volontaria, occorre dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Infatti con tali motivi il ricorrente contesta la legittimità del bando di mobilità volontaria per difetti procedurali (mancanza della comunicazione di avvio del procedimento) e contenutistici (violazione del principio di predeterminazione del contenuto della selezione).

In merito la giurisprudenza ha affermato che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto il procedimento di mobilità volontaria esterna tra pubbliche Amministrazioni, trattandosi di atto di gestione del rapporto di lavoro; tale mobilità, infatti, infatti, determina una semplice cessione del contratto di lavoro del dipendente tra l'Amministrazione di provenienza e quella di destinazione con continuità del suo contenuto (art. 30, comma 1, del d.lg. n. 165 del 2001) e non la costituzione di un nuovo rapporto di pubblico impiego o una nuova assunzione. Tutte le vicende che interessano la fase di gestione del rapporto di lavoro e le modifiche soggettive ed oggettive che dovessero intervenire in costanza di esso (ivi compresa la mobilità volontaria) devono, perciò, essere conosciute dal giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro, residuando la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie in materia

di procedure concorsuali finalizzate all'assunzione dei dipendenti, ossia relative alla fase antecedente alla costituzione del rapporto di impiego (T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 16 agosto 2011 , n. 1509).

Il ricorrente, benché affermi di voler tutelare il proprio diritto all'assunzione derivante dallo scorrimento della graduatoria, può infatti contestare il contenuto e le modalità di svolgimento della selezione per mobilità volontaria solo nella diversa qualità di dipendente pubblico abilitato a parteciparvi, situazione che è ammessa pacificamente dalle parti, facendo valere il proprio interesse alla cessione del suo contratto di lavoro.

Il difetto di giurisdizione investe anche la domanda volta all'accertamento del diritto del ricorrente ad essere assunto dal Comune di Sedriano in quanto il ricorrente fa valere in via principale il suo diritto all'assunzione al di fuori dell'ambito di una procedura concorsuale (Cass. SS.UU. 13 giugno 2011 n. 12895).

Sussistono comunque giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge ed in parte lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione ed indica quale giudice competente il giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Ugo De Carlo, Referendario

Alberto Di Mario, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/09/2011

IL SEGRETARIO

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