

Pubblicato il 10/11/2021

N. 00947/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00022/2021 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 Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 22 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Emanuele Moretti, rappresentato e difeso dall'avvocato Daniele Granara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Bartolomeo Bosco, n. 31/4;

contro

Comune della Spezia, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Carrabba, Marcello Puliga, Fabrizio Dellepiane, Marina Mauriello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Dott. Francesco Bertoneri, non costituito in giudizio;

per l'accertamento

del silenzio-inadempimento serbato dal Comune della Spezia sull'istanza di mobilità del ricorrente prot. 699252 del 18.07.2020;

e per la condanna del Comune a esperire la procedura di mobilità come richiesto dal ricorrente, con nomina di un commissario *ad acta* per il caso di

ulteriore inerzia;

nonché per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- dell'avviso pubblico per la formazione di un elenco di candidati idonei al conferimento di un incarico a tempo determinato in qualità di dirigente con funzioni di Comandante del Corpo di Polizia Municipale ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. n. 267 del 2000 approvato con determinazione dirigenziale n. 5453 del 21.10.2020;

di tutti gli atti presupposti, conseguenti, inerenti e comunque connessi, e, in particolare:

- della Deliberazione di Giunta comunale n. 263 del 12.10.2020;

nonché per la condanna del Comune al risarcimento dei danni subiti e subendi dal ricorrente in conseguenza del silenzio sull'istanza di mobilità prot. 699252 del 18.07.2020 e dei provvedimenti impugnati;

per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati dal ricorrente il 23.02.2021 e il 26.02.2021:

- del Decreto del Sindaco del Comune della Spezia n. 182 del 01.02.2021, prot. n. 11965, avente a oggetto: «*Individuazione del soggetto a cui conferire un incarico a tempo determinato in qualità di Dirigente con funzioni di Comandante del Corpo di Polizia Municipale (art. 110, D.lgs. 267/2000)*»;

nonché per l'annullamento di tutti gli atti presupposti, inerenti e conseguenti e comunque connessi e, in particolare:

- della determinazione dirigenziale del C.d.R. Personale del Comune della Spezia 29.01.2021, n. 610, avente a oggetto: «*Procedura selettiva per la formazione di un elenco di candidati idonei al conferimento di un incarico a tempo determinato in qualità di Dirigente con funzioni di Comandante del Corpo di Polizia Municipale (art. 110 del D. Lgs. 267/2000) – Approvazione dei verbali*»;

- degli sconosciuti verbali della Commissione esaminatrice;

con nuove ragioni a sostegno delle domande originarie proposte con i motivi aggiunti depositati dal ricorrente il 01.03.2021;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune della Spezia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2021 il dott. Alessandro Enrico Basilico e viste le conclusioni delle parti, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il ricorrente, dirigente con funzioni di Comandante della Polizia locale di Roma Capitale, venuto a conoscenza del fatto che si sarebbe reso vacante il posto di dirigente con funzioni di Comandante della Polizia locale della Spezia, con istanza prot. 69925 del 18.07.2020 ha chiesto il *«trasferimento/comando [...] tramite procedura di mobilità volontaria, comando o distacco ai sensi dell'art. 30 del D.Lgs. n. 165/2001»* presso il Comune resistente.
2. Con deliberazione della Giunta n. 221 del 24.08.2020, il Comune della Spezia ha deliberato l'esperimento di una procedura di mobilità preconcorsuale, ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001, per la copertura del posto di Comandante del Corpo di Polizia municipale.
3. In seguito, con deliberazione della Giunta n. 263 del 12.10.2020, il Comune ha ritenuto *«più opportuno»* avvalersi di una figura dirigenziale a tempo determinato da individuare mediante una procedura selettiva ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. n. 165 del 2001, in luogo della mobilità in precedenza stabilita.
4. A tal fine, il 17.11.2020 è stato adottato l'avviso pubblico per la formazione di un elenco di candidati idonei al conferimento di un incarico a tempo determinato in qualità di dirigente con funzioni di Comandante del Corpo di Polizia locale ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. n. 165 del 2001.
5. Il ricorrente ha avanzato la propria candidatura per l'inserimento dell'elenco il 21.11.2020.
6. In seguito, ha presentato il ricorso introduttivo, con cui ha chiesto:
 - l'accertamento dell'illegittimità del silenzio-inadempimento serbato dal Comune sulla sua istanza di mobilità, con condanna dell'Amministrazione a

provvedere avviando il relativo procedimento e con nomina del commissario *ad acta* in caso di ulteriore inerzia dell'Ente;

- l'annullamento dell'avviso pubblico e degli atti presupposti, con particolare riferimento alla DGC n. 263 del 12.10.2020, previa sospensione dell'efficacia;
- la condanna al risarcimento del danno.

7. Si è costituito in giudizio il Comune, domandando il rigetto del ricorso.

8. Con ordinanza n. 27 del 2021, ritenuto che le esigenze cautelari rappresentate dal ricorrente potessero essere soddisfatte mediante la sollecita definizione del giudizio nel merito, è stata fissata l'udienza pubblica per la trattazione della causa.

9. In seguito, con un primo atto di motivi aggiunti, depositato il 16.02.2021, è stato impugnato il decreto del Sindaco del Comune della Spezia n. 182 del 01.02.2021 con cui è stato individuato il soggetto a cui conferire l'incarico a tempo determinato di dirigente con funzioni di Comandante del Corpo di Polizia municipale.

10. Nella stessa data, è stato depositato un secondo atto di motivi aggiunti, in cui erano riportati sia il ricorso introduttivo, sia le nuove censure dedotte contro il decreto sindacale n. 182 del 2021, e che, per stessa ammissione della parte attrice, *«non contiene vizi nuovi e/o ulteriori, né è rivolto avverso ulteriori provvedimenti»*, ma persegue l'obiettivo di estendere il contraddittorio nei confronti del controinteressato, ossia del soggetto selezionato per l'incarico (si v. la dichiarazione a esso allegata quale doc. 1).

11. Un altro atto di motivi aggiunti, dal contenuto analogo a quello precedente (ma datato 26.02.2021, invece che 16.02.2021), è stato depositato il 26.02.2021.

12. Infine, con un ulteriore atto di motivi aggiunti, depositato il 01.03.2021, sono state dedotte nuove ragioni a sostegno delle domande già presentate.

13. Nel prosieguo del giudizio le parti hanno depositato ulteriori scritti difensivi, approfondendo le rispettive tesi.

14. Con istanza depositata il 20.04.2021, le parti hanno chiesto il differimento dell'udienza al fine di esperire un tentativo di definizione stragiudiziale della controversia.

15. All'udienza del 05.05.2021, la causa è stata quindi rinviata ad altra data.

16. Con nota depositata il 19.10.2021, la parte ricorrente ha riferito che il tentativo di composizione non aveva avuto esito positivo.

17. All'udienza del 20.10.2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

18. Con il ricorso introduttivo, la parte attrice ha proposto tre domande: una di accertamento del silenzio-inadempimento e di condanna del Comune a provvedere; una di annullamento; una risarcitoria.

19. Con la prima domanda, si deduce: violazione degli artt. 1 e 2 della legge n. 241 del 1990 in agli artt. 19 e 30 del d.lgs. n. 165 del 2001; violazione dei principi di trasparenza, pubblicità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost.; eccesso di potere per sviamento.

In sostanza, il ricorrente censura il silenzio serbato dall'Amministrazione sulla sua istanza volta a ottenere l'esperimento di una procedura di mobilità a copertura del posto di Comandante della Polizia locale divenuto vacante, sostenendo di trovarsi in una posizione qualificata e differenziata tale da far sorgere l'obbligo di riscontrare l'istanza con un provvedimento espresso.

20. Il Comune eccepisce l'inammissibilità della domanda per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, a favore del giudice ordinario, richiamando l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la mobilità per passaggio diretto tra Amministrazioni implica una mera modificazione soggettiva di un rapporto di lavoro in regime di diritto privato, e non la costituzione di un nuovo rapporto lavorativo a seguito di procedura selettiva concorsuale, con la conseguenza che le relative controversie sono attribuite al Giudice del lavoro.

21. L'eccezione è infondata.

L'orientamento cui il Comune fa riferimento si è formato in relazione a controversie nelle quali la parte attrice, contestando l'esito di una procedura di mobilità in cui si era candidata senza successo oppure lamentando di essere stata esclusa o di non avervi potuto partecipare, chiedeva la tutela del diritto soggettivo al passaggio diretto tra Amministrazioni (così, tra i precedenti richiamati dal resistente, Cass. civ., ss.uu., ord. n. 16452 del 2020 riguardava il caso di un dipendente comunale che si era classificato secondo nella graduatoria di una procedura di mobilità indetta dalla Regione e ne contestava l'esito; Cons. St., sez. VI, sent. n. 5637 del 2020 e TAR Lazio, Roma, sez. III, sent. n. 11213 del 2019 avevano a oggetto l'impugnazione dell'ordinanza ministeriale recante disciplina della mobilità del personale docente, promossa da insegnanti che si vedevano esclusi dalla procedura).

In altre parole, la giurisprudenza evocata dal resistente riguardava casi nei quali si contestavano le concrete modalità di esperimento della mobilità, ritenute dalla parte attrice lesive del suo diritto al trasferimento.

La contestazione sollevata nel caso di specie, invece, si appunta su una fase precedente, ossia quella nella quale l'Amministrazione è chiamata a decidere se, come e quando procedere alla copertura di una vacanza nel proprio organico: tale scelta, essendo frutto di una valutazione discrezionale, viene operata mediante esercizio del potere amministrativo e si traduce in atti di "macro-organizzazione", con la conseguenza che le relative controversie rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo (in questi termini si v. Cass. civ., ss.uu., sent. n. 26586 del 2018, in cui la Corte regolatrice ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo rispetto a un ricorso con cui si contestava a un ospedale di aver coperto un posto vacante mediante lo "scorrimento" di una graduatoria invece che avviando la procedura di mobilità volontaria).

Essendo dunque censurabile dinanzi a questo giudice la decisione dell'Amministrazione di ricorrere all'uno o all'altro degli istituti previsti dalla legge per coprire un posto vacante, deve logicamente ritenersi compresa nella

giurisdizione amministrativa anche l'azione avverso il silenzio-inadempimento con cui si censura la "mancata scelta", ossia il mancato esercizio di quel potere.

22. La domanda è però inammissibile per un'altra ragione, anch'essa dedotta dal resistente (si v., in particolare, la memoria del 23.01.2021, p. 9), ossia per il fatto che, pur senza comunicargliene direttamente, il Comune ha adottato e pubblicato nelle forme dovute le proprie determinazioni, atte a coprire la vacanza in organico e, allo stesso tempo, a incidere sul bene della vita cui si correla l'interesse pretensivo di cui il ricorrente chiede tutela (ossia l'incarico dirigenziale quale Comandante) – determinazioni che, non a caso, sono state anch'esse censurate in questo giudizio fin dal ricorso introduttivo – pertanto non è rimasto inerte.

La domanda di accertamento dell'illegittimità del silenzio-inadempimento serbato sull'istanza di mobilità del ricorrente, con condanna dell'Amministrazione a provvedere, pur rientrando nella giurisdizione del giudice amministrativo, è dunque inammissibile per difetto d'interesse (sull'inammissibilità del ricorso avverso il silenzio nel caso in cui il provvedimento intervenga prima della proposizione del ricorso si v., tra le tante, Cons. St., sez. IV, sent. n. 8349 del 2019 e, più di recente, TAR Campania, Napoli, sent. n. 5061 del 2021).

23. Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo anche la domanda di annullamento della DGC n. 263 del 12.10.2020, in quanto ha a oggetto la contestazione dell'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione di scegliere l'una piuttosto che l'altra delle varie procedure previste dalla legge per il reclutamento del personale, che avviene mediante l'adozione di un atto discrezionale di "macro-organizzazione" a fronte del quale la posizione del privato è d'interesse legittimo (in questo senso, oltre alla già citata Cass. civ., ss.uu., sent. n. 26586 del 2018, si v. anche Cons. St., sez. IV, sent. n. 2318 del 2016).

24. L'azione in questione si fonda su tre motivi di ricorso, che possono essere esaminati congiuntamente, in quanto trattano questioni analoghe.

Con il primo, si deduce: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30, commi 1 e 2-bis del d.lgs. n. 165 del 2001 in relazione alla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3, co. 8, della legge n. 56 del 2019; violazione dell'art. 14 delle Preleggi; violazione degli artt. 1, 2, e 3 della legge n. 241 del 1990; violazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost.; eccesso di potere per assoluto difetto dei presupposti e di motivazione; travisamento; sviamento.

Secondo il ricorrente, il Comune avrebbe dovuto avviare una procedura di mobilità prima di procedere con la selezione ai sensi dell'art. 110 del TUEL.

Con il secondo, si deduce: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30, commi 1 e 2-bis del d.lgs. n. 165 del 2001 in relazione alla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3, co. 8, della legge n. 56 del 2019; violazione dell'art. 14 delle Preleggi; violazione degli artt. 1, 2, e 3 della legge n. 241 del 1990; violazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost.; eccesso di potere per contraddittorietà manifesta, difetto assoluto di motivazione e dei presupposti; travisamento; sviamento.

In particolare, il ricorrente evidenzia la contraddittorietà tra la delibera di Giunta che ha indetto la selezione ai sensi dell'art. 110 del TUEL e quella, poi superata dalla prima, che aveva disposto l'avvio della mobilità.

Con il terzo, si deduce: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30, commi 1 e 2-bis del d.lgs. n. 165 del 2001 in relazione alla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3, co. 8, della legge n. 56 del 2019; violazione dell'art. 14 delle Preleggi; violazione degli artt. 1, 2, e 3 della legge n. 241 del 1990; violazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost.; eccesso di potere per assoluto difetto di motivazione e dei presupposti; travisamento; sviamento; ulteriore profilo di contraddittorietà.

In sostanza, il ricorrente sostiene che sia irragionevole evitare l'esperimento della procedura di mobilità, la quale assicura di per sé l'idonea esperienza di chi vi partecipa.

25. I motivi sono infondati.

Occorre muovere dalla considerazione che, dopo l'entrata in vigore della legge n. 56 del 2019 e sino al 2024 (in forza dell'estensione operata dal d.l. n. 80 del 2021, conv. in l. n. 113 del 2021), l'esperimento della procedura di mobilità ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001 è una facoltà (non già un obbligo) per le Amministrazioni, che quindi sono libere di ricorrervi così come di preferire un altro canale di reclutamento.

All'Amministrazione deve dunque riconoscersi un'ampia discrezionalità nella scelta della procedura cui ricorrere per reclutare il personale, tra le varie previste dalla legge, e tale discrezionalità è sindacabile dal giudice solo per travisamento dei fatti e manifesta irragionevolezza o illogicità.

Nella specie, la scelta di conferire un incarico ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. n. 267 del 2000 per la copertura del posto di dirigente con funzioni di Comandante del Corpo di Polizia municipale, operata con la DGC n. 263 del 12.10.2020, appare congruamente motivata sia mediante indicazione dell'obiettivo perseguito (*«reperire un Dirigente già dotato dell'idonea esperienza, onde evitare ripercussioni organizzative»*), sia mediante specificazione dei vantaggi che il Comune auspicava a di trarre dal ricorso a questa procedura piuttosto che ad altre e in particolare alla mobilità verso cui si era orientato in un primo momento (osservando che la selezione disciplinata dal TUEL consente di *«valutare profili e requisiti professionali particolarmente qualificati, tenuto conto dell'importanza strategica del ruolo da ricoprire»*).

L'istituto per cui l'Ente ha optato è poi del tutto idoneo al raggiungimento dello scopo perseguito, dato che consente la copertura dei posti di responsabili dei servizi o degli uffici ovvero di qualifiche dirigenziali mediante una selezione volta ad accertare, in capo ai soggetti interessati, il possesso di

comprovata esperienza pluriennale e specifica professionalità nelle materie oggetto dell'incarico.

Si deve quindi concludere che l'esercizio della discrezionalità organizzativa riconosciuta all'Amministrazione è immune dai vizi denunciati dal ricorrente.

26. Sono invece inammissibili il quarto, il quinto e il sesto motivo del ricorso introduttivo, così come i motivi aggiunti.

Con il quarto motivo, si denuncia l'illegittimità in via derivata dell'avviso pubblico per la formazione di un elenco di candidati idonei al conferimento dell'incarico ai sensi dell'art. 110 del TUEL, quale atto consequenziale rispetto alla DGC n. 263 del 12.10.2020.

Con il quinto motivo, si denuncia l'illegittimità dell'avviso pubblico per vizi propri, deducendo: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001; violazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost.; eccesso di potere; contraddittorietà estrinseca; illogicità e irrazionalità manifeste; sviamento.

In particolare, il ricorrente contesta che i requisiti di partecipazione alla procedura indetta ai sensi dell'art. 110 del TUEL non siano tali da garantire la comprovata esperienza dei partecipanti.

Con il sesto motivo, si deduce: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001; violazione degli artt. 1, 2 e 3 della legge n. 241 del 1990; violazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost.; violazione dei principi di trasparenza e pubblicità; violazione del diritto di difesa e di azione in giudizio di cui agli artt. 24, 103 e 113 Cost.; eccesso di potere per sviamento; illogicità e irrazionalità manifeste.

In particolare, si contesta l'avviso nella parte in cui questo afferma che l'incarico sarà conferito al candidato individuato dal «*Sindaco, a suo insindacabile giudizio, "intuitu personam"*».

Infine, con i motivi aggiunti depositati il 16.02.2021 e il 26.02.2021, si censura l'atto di conferimento dell'incarico all'esito della procedura e, con l'atto

depositato il 01.03.2021, con cui sono state dedotte nuove ragioni a sostegno delle domande già presentate, si contesta che il vincitore fosse privo dei requisiti di partecipazione e che la commissione abbia errato nel giudicare il ricorrente meno favorevolmente del controinteressato.

27. Le censure appena riassunte sono tutte inammissibili perché hanno a oggetto gli atti – l'avviso pubblico, i verbali della commissione esaminatrice, il decreto sindacale di conferimento dell'incarico – in cui si è articolata la procedura indetta ai sensi dell'art. 110 del TUEL, la quale, secondo un orientamento consolidato, difetta in radice dei requisiti del **concorso** ed è connotata dal carattere fiduciario della scelta da parte del Sindaco, operata nell'ambito di un elenco di soggetti ritenuti idonei sulla base dei requisiti di professionalità, con la conseguenza che le relative controversie rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario (tra le tante, si v. Cons. St., sez. V, sent. n. 2867 del 2019 e giurisprudenza ivi citata).

28. Infine, la domanda risarcitoria è infondata nella parte in cui ha a oggetto danni asseritamente derivanti dalla mancata risposta del Comune all'istanza di mobilità e dalla DGC n. 263 del 12.10.2020 (stanti, rispettivamente, l'inammissibilità per difetto d'interesse dell'azione avverso il silenzio e l'infondatezza dell'impugnazione della delibera), e in parte inammissibile, laddove riguarda danni asseritamente derivanti dall'esito della procedura indetta ai sensi dell'art. 110 del TUEL, dato che i relativi atti, come detto, non sono stati adottati dall'Amministrazione nell'esercizio di un potere pubblico, bensì con i poteri e le facoltà di un datore di lavoro privato, dunque le relative controversie rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario.

29. La particolare complessità delle varie questioni, processuali e di merito, dibattute dalle parti giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- dichiara inammissibile la domanda di accertamento dell'illegittimità del silenzio-inadempimento dell'Amministrazione sull'istanza di mobilità istanza prot. 69925 del 18.07.2020;
- respinge la domanda di annullamento della DGC n. 263 del 12.10.2020;
- respinge la domanda di condanna del Comune al risarcimento dei danni derivanti dal silenzio sull'istanza di mobilità istanza prot. 69925 del 18.07.2020 e dalla DGC n. 263 del 12.10.2020;
- dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo la domanda di annullamento degli altri atti impugnati, come specificati in epigrafe, e la domanda di condanna del Comune al risarcimento dei danni da questi derivanti, indicando nell'autorità giudiziaria ordinaria il giudice fornito di giurisdizione sulla controversia, dinanzi al quale la causa potrà essere riassunta ai sensi dell'art. 11, co. 2, cod. proc. amm.;
- compensa tra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Angelo Vitali, Consigliere

Alessandro Enrico Basilico, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandro Enrico Basilico

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO