

Publicato il 11/05/2022

N. 03191/2022 REG.PROV.COLL.

N. 02877/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ricorso numero di registro generale 2877 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da Ida Onofrio, rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Sarro, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, viale A. Gramsci, 19;

contro

Comune di Sant'Antonio Abate, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Gennaro Perillo, con domicilio presso la Segreteria del T.A.R.;

nei confronti

Amedeo Guerretti;

per l'annullamento:

- della Deliberazione di Giunta Comunale n. 59 del 7 aprile 2016 recante "rideterminazione della dotazione organica", pubblicata sull'Albo pretorio dal 12 aprile 2016 al 27 aprile 2016;
 - della Deliberazione di Giunta Comunale n. 60 del 07 aprile 2016 recante "programmazione annuale e pluriennale del fabbisogno del personale 2016/2018", pubblicata sull'Albo pretorio dal 13 aprile 2016 al 28 aprile 2016;
 - di ogni altro atto presupposto, preordinato, connesso e conseguente se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;
- nonché per la conseguente condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno;
- quanto ai primi motivi aggiunti depositati il 27 settembre 2016:
- della Deliberazione di Giunta Comunale n. 103 del 24 giugno 2016, recante "copertura definitiva posto di avvocato mediante mobilità interna", pubblicata sull'Albo pretorio dal 29 giugno 2016 al 13 luglio 2016;
 - dell'Avviso pubblico per la copertura del secondo posto di Avvocato presso l'Ufficio legale e contenzioso, ove intervenuto;
 - ove occorra, dell'art. 3, commi 6 e 7, del Regolamento per la mobilità interna approvato con delibera di Giunta Comunale n. 98/2013 qualora consenta la mobilità di ufficio dalla categoria di funzionario alla categoria di avvocato;
 - di ogni altro atto presupposto, preordinato, connesso e conseguente, ivi compresa la disposizione di servizio n. 353 del 07 gennaio 2016, depositata in giudizio il 30 giugno 2016, se ed in quanto lesiva degli interessi della ricorrente.
- e per la conseguente condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno;
- quanto ai secondi motivi aggiunti depositati in data 26 aprile 2017:
- Delibera di Giunta n. 15 del 26 gennaio 2017, recante "rettifica della Delibera di Giunta Comunale n. 59 del 07.04.2016 avente ad oggetto: rideterminazione della dotazione organica", pubblicata nell'Albo pretorio dal 07.02.2017 al 22.02.2017;
 - Determinazione del Settore-Servizio personale n. 178 del 9 febbraio 2017, ad oggetto "Mobilità interna per la copertura di n. 1 posto di funzionario avvocato. Approvazione avviso e schema di domanda";
- quanto ai terzi motivi aggiunti depositati in data 24 luglio 2017:
- Determinazione del Settore-Servizio personale n. 349 del 27 marzo 2017, ad oggetto "Mobilità interna per la copertura di n. 1 posto di funzionario avvocato. Presa d'atto verbale ed assegnazione definitiva";

- verbale trasmesso con nota prot. n. 8195 del 20.03.2017, menzionato nella determinazione n. 349 del 27.03.2017, riportante lo svolgimento del colloquio in cui il Segretario Generale e l'Avv. Gennaro Perillo hanno accertato il possesso da parte del Dr. Arnedeo Guerretti della professionalità necessaria per ricoprire il posto di Funzionario Avvocato;
- della Deliberazione di Giunta Comunale n. 77 del 18.05.2017 recante "autorizzazione al Dott. Amedeo Guerretti di iscrizione nell'Elenco Speciale dell'Albo degli Avvocati presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati del Foro di Torre Annunziata;
- di ogni altro atto presupposto, preordinato, connesso e conseguente.;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Sant'Antonio Abate;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore la dott.ssa Maria Grazia D'Alterio e uditi nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2022 per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso introduttivo del giudizio, la nominata in epigrafe, dipendente del Comune di Sant'Antonio Abate con rapporto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato dal 1° marzo 2000, con qualifica di Istruttore Direttivo (categoria D) e Responsabile del Servizio Personale, ha impugnato le Deliberazioni di Giunta Comunale nn. 59 e 60 del 7 aprile 2016, recanti, rispettivamente la "rideterminazione della dotazione organica" e la "programmazione annuale e pluriennale del fabbisogno del personale 2016/2018", con cui, tra l'altro, si è proceduto alla istituzione di una nuova posizione in ruolo di funzionario avvocato e alla contestuale soppressione del posto di funzionario amministrativo presso i Servizi Demografici, chiedendone l'annullamento.

Nell'insistere nelle sue pretese, la ricorrente ha rimarcato l'illegittimità dell'assegnazione al neoistituito posto di funzionario avvocato di altro funzionario dell'ente, l'odierno controinteressato (in precedenza assegnato al soppresso posto di funzionario presso i Servizi Demografici), senza prevedere alcuna procedura selettiva interna, rimarcando di aspirare da tempo a ricoprire tale incarico, avendo collaborato per diversi anni presso l'Ufficio legale e avendo anche presentando richiesta di partecipazione alla selezione per un posto di funzionario avvocato, mediante c.d. progressione verticale, indetta nel 2007 e, tuttavia, in seguito annullata.

1.1 La ricorrente ha dedotto a sostegno del ricorso, in cinque motivi articolati, vizi di violazione di legge (segnatamente: D.lgs. n.165/2001 e D.lgs. 267/2000, artt. 3, 4 e 97 Cost., art. 3, comma 11, legge 537/1997; legge n. 241/1990) ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza motivazionale, con cui, in estrema e doverosa sintesi, si duole:

I) della mancata previsione nella programmazione del fabbisogno delle modalità di reperimento del personale, sebbene la copertura di un nuovo posto nella dotazione organica, secondo la vigente normativa di settore, richiedesse necessariamente il ricorso a procedure selettive/comparative, anche nell'ipotesi di assegnazione a personale già dipendente dell'amministrazione;

II) della illegittimità della rideterminazione della pianta organica di cui alla delibera di G.C. 59/2016, in assenza della obbligatoria istruttoria volta alla rilevazione dei carichi di lavoro prevista dall'art. 3, comma 11, della Legge n. 537/1997, in relazione ai Comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti;

III) della contraddittorietà della scelta di istituire il secondo posto di funzionario avvocato, con assegnazione diretta al controinteressato, a fronte delle pregresse determinazioni, con cui, dapprima, era stato previsto e, poi, soppresso, in ragione della ritenuta maggiore convenienza ed economicità del ricorso ad avvocati esterni in relazione alle esigenze di difesa dell'ente in giudizio: la diversa scelta effettuata avrebbe, pertanto, imposto un rafforzato onere istruttorio e motivazionale, in

maniera tale da dar conto delle ragioni del discostamento rispetto alle precedenti valutazioni nonché delle ragioni per cui non si era proceduto alla rinnovazione della procedura selettiva di progressione verticale precedentemente bandita nel 2007;

IV) della contraddittorietà della istituzione del nuovo posto di funzionario avvocato, anche in ragione di quanto attestato nella Programmazione Triennale del Fabbisogno del Personale di cui alla Delibera n. 60 del 7 aprile 2016, non essendo stata ivi rilevata alcuna eccedenza di personale in una determinata area tale da giustificare la modifica della pianta organica;

V) della illegittimità delle delibere impugnate perché adottate sulla scorta di un parere di regolarità tecnica ex art. 49 del D.Lgs. 267/2000, reso da un soggetto non avente competenza in materia.

1.2 Con primi motivi aggiunti, depositati in data 27 settembre 2016, la ricorrente ha impugnato, inoltre, la delibera di Giunta comunale n. 103/2016, adottata in data 24 giugno 2016, con la quale, per un verso, veniva giustificata l'istituzione di un secondo posto di avvocato ctg. D3 con la necessità di ridurre il contenzioso attraverso attività transattive e procedure di negoziazione assistita, così come previsto dal D.L. 132/2004, e di potenziare l'attività di recupero crediti ed il contenzioso attivo, riducendo di conseguenza il ricorso agli incarichi esterni e, per altro verso, si stabiliva di procedere alla copertura del posto attraverso il ricorso alla mobilità interna, ai sensi dell'art. 3, comma 1, del Regolamento per la mobilità interna, mediante apposito avviso pubblico, al fine di consentire la partecipazione alla selezione di tutti i dipendenti in possesso dei requisiti professionali richiesti (in particolare, dipendenti appartenenti a profili con trattamento economico stipendiale iniziale corrispondente alla posizione economica D3).

Deducendo la violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 165/2001, del d.lgs. n. 267/2000, della l. n. 241/1990 e degli artt. 3, 4 e 97 Cost. nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria, inesistenza dei presupposti in fatto e in diritto e carenza motivazionale, la ricorrente ha impugnato la prefata deliberazione per vizi propri, oltre a reiterare le censure già spiegate con ricorso principale, rilevanti, in tesi, in termini di illegittimità derivata.

In particolare, lamenta la ricorrente:

- la illegittimità della Delibera n. 103/2016 in quanto la stessa costituirebbe un atto di convalida ex art. 21 nonies, comma 2, L. n. 241/1990, privo però di tutti i relativi requisiti (in particolare, non contenendo l'individuazione dell'atto da convalidare, il riconoscimento di asseriti vizi di legittimità e la volontà di rimuoverlo) e, dunque, sarebbe inidoneo a sostituire l'atto viziato da convalidare; detto atto risulterebbe inoltre affetto da eccesso di potere per sviamento, in quanto adottato al solo fine di scongiurare un eventuale annullamento giurisdizionale delle precedenti Delibere n. 59/16 e 60/16, non costituendo atto generale di organizzazione del personale idoneo a sostituire le predette delibere;

- l'illegittimo ricorso alla mobilità interna, atteso che la posizione di avvocato interno di ente pubblico non sarebbe assimilabile a quella del dipendente funzionario ancorché appartenente alla medesima categoria D3 secondo il CCNL di comparto: in considerazione dell'in fungibilità del profilo e delle relative mansioni, detta posizione, infatti, non potrebbe essere ricoperta attraverso un funzionario interno all'ente, bensì solamente attraverso il ricorso alla mobilità esterna o nuovo concorso; né, in tesi di parte, potrebbe applicarsi al caso di specie l'art. 3, commi 6 e 7, del Regolamento per la mobilità interna approvato con Delibera di Giunta Comunale n. 98/2013, per cui la mobilità d'ufficio può comportare la modifica del profilo professionale se il dipendente è in possesso dei requisiti per il posto da coprire, atteso che, a norma di detto regolamento, resterebbe comunque fermo il principio di equivalenza delle mansioni: tale ultimo presupposto non sussisterebbe in alcun modo nel caso di specie.

1.3 Con secondi motivi aggiunti, depositati in data 26 aprile 2017, la ricorrente è insorta avverso gli ulteriori atti della medesima serie procedurale, deducendo articolate censure di illegittimità sia derivata dai vizi degli atti presupposti, già gravati con ricorso principale e con i precedenti motivi aggiunti, che conseguenti a vizi propri di violazione di legge ed eccesso di potere per più profili, segnatamente impugnando:

- la Delibera di Giunta n. 15 del 26 gennaio 2017, con cui l'Ente ha affermato che “per mero errore materiale” nella determinazione della pianta organica di cui alla D.G.C. 59/2016 è stato riportato il nuovo posto di funzionario avvocato come già assegnato al controinteressato, sostenendo che detto atto, nella parte in cui ha rettificato la pianta organica indicando come "vacante" il posto in questione, sarebbe palesemente illegittimo, costituendo un tentativo surrettizio di convalida, benché privo dei relativi presupposti legittimanti;

- la Determinazione n. 178 del 9 febbraio 2017 di approvazione dell'avviso pubblico e dello schema di domanda di partecipazione, deducendone l'illegittimità per mancata pubblicazione in G.U. e per nella parte in cui al paragrafo “requisiti di ammissione” prevede che “Per l'ammissione alla Procedura è richiesto il Possesso dei seguenti requisiti: 1) (...); 2) essere inquadrato nella categoria giuridica “D3” del C.C.N.L 1998-2001 del comparto Regioni — Autonomie Locali da mesi 36 e nel profilo professionale di Funzionario”, in quanto, in tesi, ingiustificatamente restrittivo della concorrenza nella copertura del nuovo posto;

- la determinazione n. 260/2017, recante la sua esclusione dalla procedura, asserendone l'illegittimità sia perché adottata da organo incompetente in base alla disciplina di concorso (cioè dal dirigente anziché dalla Commissione) e sia in quanto basata sull'assenza di un requisito di partecipazione, in tesi, del tutto illegittimo e ingiustificato (l'inquadramento nella categoria di funzionario D3).

L'atto impugnato, contemplando l'introduzione in pianta organica del secondo posto di funzionario avvocato, sarebbe inficiato dai medesimi vizi di carenza di istruttoria caratterizzanti le delibere nn. 59 e 60 del 2016.

1.4 Infine, con gli ultimi motivi aggiunti, depositati in data 24 luglio 2017, la ricorrente ha impugnato gli ulteriori atti della procedura selettiva, con cui si è proceduto all'approvazione della prova selettiva svolta dal controinteressato, alla sua assegnazione definitiva nel posto messo a concorso, nonché l'autorizzazione alla iscrizione nell'albo speciale degli avvocati.

2. Si è costituito in giudizio il Comune di Sant'Antonio Abate, eccependo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti per difetto di giurisdizione e contestando comunque nel merito la fondatezza delle dedotte doglianze.

3. Con l'Ordinanza n. 1622/2016 era respinta l'istanza cautelare apparendo il gravame “a) infondato, quanto al ricorso introduttivo, in relazione agli atti ai macro-organizzazione inizialmente impugnati il cui contenuto sembra superato dalla riedizione del potere; b) inammissibile per difetto di giurisdizione, quanto alla progressione verticale e alla mobilità interna alla medesima area, procedure entrambe ascrivibili alla gestione del rapporto di lavoro e come tali devolute, a norma dell'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001 “al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro” ...”.

4. Sulle conclusioni delle parti, all'udienza pubblica del 22 marzo 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

5. In limine, il Collegio deve scrutinare l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sollevata dalla difesa del comune resistente in relazione a tutti gli atti impugnati, sia con ricorso principale che per motivi aggiunti, asserendosi che, in quanto afferenti a questioni di gestione del rapporto di lavoro, radicherebbero la giurisdizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, ai sensi dell'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001.

5.1 L'eccezione è solo in parte fondata.

Gioverà, anche al fine di perimetrare il thema decidendum, distinguere l'impugnativa degli atti di macro-organizzazione, afferenti alla rideterminazione della dotazione organica e alla programmazione del fabbisogno del personale nonché alla scelta di procedere alla mobilità interna per il reperimento dell'unità da adibire al posto di funzionario avvocato di nuova istituzione (di cui al ricorso principale, ai primi motivi aggiunti e parte dei secondi motivi aggiunti), dagli ulteriori atti relativi alla serie procedimentale che si è svolta a partire dall'avviso pubblico di indizione della procedura selettiva interna e successivi atti della procedura selettiva (restante parte dei secondi motivi aggiunti, oltre ai terzi motivi aggiunti).

5.1.a) In relazione alla prima serie di atti, aventi natura di atti generali, l'indirizzo invalso nella giurisprudenza di legittimità oltre che nella giurisprudenza amministrativa, ha oramai chiarito che, in tema di pubblico impiego privatizzato, appartengono alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le questioni afferenti agli atti espressione di scelte macro-organizzative di carattere generale, in quanto volte a definire le linee fondamentali di organizzazione degli uffici o i modi di conferimento della titolarità degli stessi (cfr. Cass., sez. un., 23.10.2018, n. 26802), laddove rientrano invece nell'ordinaria attività organizzativa posta in essere dall'amministrazione con la capacità ed i poteri del datore di lavoro privato, conseguente alla c.d. "contrattualizzazione del pubblico impiego" (art. 2, comma 2, e 5, comma 2, d. lgs. n. 165/2001), gli atti di micro-organizzazione, più propriamente afferenti alla gestione del rapporto di lavoro, la cui natura privatistica preclude la qualificazione in termini di interesse legittimo della posizione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio.

In tale contesto, ove l'atto impugnato costituisca un atto di c.d. macro-organizzazione, la giurisdizione spetta al Giudice amministrativo qualora il rapporto individuale di lavoro non costituisca l'effettivo oggetto del giudizio, quanto piuttosto lo sfondo qualificativo della prospettata posizione soggettiva del ricorrente, il quale risenta effetti pregiudizievoli già direttamente dall'atto organizzativo (cfr. Cass. civ., SS.UU., 31 maggio 2016, n. 11387; id. 1 luglio 2016, n. 13530). In ragione di quanto innanzi precisato, deve dunque affermarsi la giurisdizione di questo giudice amministrativo in relazione agli atti di macro-organizzazione impugnati con ricorso principale, come modificati e integrati con gli ulteriori atti gravati con i primi e secondi motivi aggiunti (Deliberazioni di Giunta Comunale n. 59 del 7 aprile 2016, n. 60 del 7 aprile 2016, n. 103 del 24 giugno 2016 e n. 15 del 26 gennaio 2017), in quanto, appunto, l'oggetto della contestazione investe direttamente il corretto esercizio del potere amministrativo mediante la deduzione della non conformità a legge degli atti organizzativi, attraverso cui sono state definite le linee generali di organizzazione degli uffici e i modi di conferimento della titolarità degli stessi.

5.1.b) A diverso esito deve giungersi quanto alle ulteriori questioni in tema di riparto di giurisdizione articolate dalla resistente, segnatamente in relazione agli atti della procedura selettiva oggetto del presente giudizio (seconda serie di atti impugnati), alla stregua dei principi della consolidata giurisprudenza del giudice della giurisdizione, per cui:

- in tema di pubblico impiego contrattualizzato, ai sensi del D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 63, comma 1, restano devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, dello stesso Decreto, con l'eccezione delle controversie relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4 dello stesso art. 63 e le altre contemplate nel comma 1 cit. (di recente: Cass. SU 16 novembre 2017, n. 27197 e Cass. SU 13 dicembre 2017, n. 29915);
- in particolare, ai sensi del su richiamato comma 4, restano devolute 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, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi);
- rientrano nel novero delle controversie afferenti alle procedure concorsuali assunzionali - attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo, perché ascritte al diritto pubblico ed all'attività autoritativa dell'amministrazione - non soltanto quelle preordinate alla costituzione ex novo dei rapporti di lavoro (come le procedure aperte a candidati esterni, ancorché vi partecipino soggetti già dipendenti pubblici), ma anche i procedimenti concorsuali interni, destinati a consentire l'inquadramento dei dipendenti in aree funzionali o categorie più elevate, implicanti novazione oggettiva dei rapporti di lavoro (Cass., SSUU, 26 marzo 2014, n. 7171; Cass., SSUU, 20 dicembre 2016, n. 26270; Cass., SSUU, 9 aprile 2010, n. 8424 e n. 8425);
- "restano invece devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative a procedure riguardanti le progressioni all'interno di ciascuna area professionale o categoria, sia che riguardino l'acquisizione di posizioni più elevate meramente retributive, sia che si riferiscano al

conferimento di qualifiche (livello funzionale connotato da un complesso di mansioni e di responsabilità) superiori (D. Lgs. n. 165 del 2001, art. 52, comma 1), perché esse sono regolate da procedure poste in essere dall'Amministrazione con la capacità ed i poteri del datore di lavoro privato (art. 5, comma 2, dello stesso D. Lgs.; Cass., 11 dicembre 2007, n. 25839; Cass., SS.UU., 9 giugno 2011, n. 12543; Cass., 20 dicembre 2016, n. 26270 cit.)” - così Cass. Civ, Sez. Unite, 11 aprile 2018, n. 8985);

- rientrano ex art. 63 commi 1 e 4, d.lg. 3 febbraio 1993 n. 29 nella giurisdizione del giudice ordinario, e non del giudice amministrativo, le controversie in materia di pubblico impiego, aventi ad oggetto l'avviso di mobilità volontaria, atteso che le procedure di mobilità volontaria interna comportano una modificazione soggettiva di un rapporto di lavoro già esistente, e non già la costituzione di un nuovo rapporto mediante una procedura selettiva concorsuale (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 17 gennaio 2014, n. 177).

In sintonia con i sopra enucleati principi si pone anche il granitico orientamento della giurisprudenza amministrativa, consolidata nell'affermare che la contrattualizzazione del rapporto di pubblico impiego e delle carriere costituisce una vicenda normativa che ha determinato la metamorfosi di una intera area, in precedenza interessata dall'esercizio di un potere amministrativo, e che, in ragione della mutata configurazione delle posizioni giuridiche, e, in particolare, della configurazione in capo alle amministrazioni pubbliche di poteri datoriali assimilabili a quelli del datore di lavoro privato, il cui esercizio coinvolge, ad oggi, questioni inerenti alla mera gestione del rapporto di lavoro, regolato su base contrattuale e soggetto alle rispettive obbligazioni delle parti che da tale rapporto originano e si evolvono.

Nel quadro così delineato sono ricomprese - giuste le previsioni del legislatore inверatesi nel diritto vivente scolpito dalla Corte di Cassazione - le procedure selettive per le progressioni economiche interne che, pur guidate da criteri meritocratici e metodi selettivi tipici del pubblico concorso, costituiscono comunque fisiologico sviluppo del rapporto di lavoro con esclusione di effetti novativi (cfr. Cass., SS.UU., 23 settembre 2013, n. 21676). In tali procedure le posizioni rimangono di diritto soggettivo, e gli atti, di competenza dell'amministrazione, meri atti datoriali (in tal senso, da ultimo, TAR Sardegna, sez. II, n. 104 del 9 febbraio 2019, che sul punto richiama Cons. di Stato, sez. III, n. 4260 dell'8 settembre 2017).

Dunque, in presenza di progressioni all'interno di ciascuna area professionale o categoria, secondo disposizioni di legge o di contratto collettivo, necessariamente ci si trova al di fuori dell'ambito delle attività amministrative autoritative e la procedura è retta dal diritto privato (L. n. 241 del 1990, art. 1, comma 1 bis), con conseguente giurisdizione del giudice ordinario (cfr. Cassazione civile, Sezioni Unite, 22/12/2016, n. 26649; conforme, ex multis, Consiglio di Stato, Sezione V, 15 luglio 2013, n. 3799; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 15/04/2019, n. 607).

Applicando le superiori coordinate ermeneutiche al caso all'esame, sono invece devolute al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro i restanti atti afferenti alla procedura selettiva interna (atti impugnati con Determinazione n. 178 del 9 febbraio 2017 di approvazione dell'avviso pubblico e dello schema di domanda di partecipazione determinazione n. 260/2017, recante la sua esclusione dalla procedura, atti di approvazione della prova selettiva svolta dal controinteressato e di conseguente assegnazione definitiva nel posto messo a concorso, nonché la relativa autorizzazione alla iscrizione nell'albo speciale degli avvocati), con conseguente declaratoria in parte qua del difetto di giurisdizione di questo giudice amministrativo.

Ed invero, in relazione a tale ultimo profilo, la procedura di mobilità di cui all'avviso pubblico in questione, a ben vedere, rientra nel novero dello svolgimento di carriera consentito, previa procedura selettiva interna, all'interno di ciascuna area professionale o categoria, non implicando novazione del rapporto di lavoro, ma, piuttosto, dando luogo ad una mera modificazione del rapporto già in essere con l'amministrazione, che presuppone, nella permanenza all'interno della medesima categoria funzionale (funzionario, cat. D3), una mera modificazione del rapporto, in relazione al diverso profilo professionale di inquadramento (avvocato), nel rispetto di un principio di equivalenza, sotto il profilo del livello qualitativo e di professionalità richiesta, delle diverse

mansioni da svolgere. Tale procedura, dunque, ben si inquadra nell'ambito di un sistema di classificazione del personale che risulta strutturato in aree omogenee, tale per cui i rispettivi profili professionali risultano riconducibili ad un patrimonio professionale almeno potenzialmente identico per tutti i lavoratori che vi appartengono.

Competerà, pertanto, al g.o. scrutinare le censure proposte dalla ricorrente avverso gli atti della procedura di mobilità interna, segnatamente in ordine alla richiesta da parte dell'amministrazione di requisiti di partecipazione in tesi eccessivi e contrari alla contrattazione collettiva, in ragione della asserita equiparabilità delle categorie iniziali D1 e D3.

Ne consegue la declinatoria di giurisdizione da parte di questo Tribunale, indicandosi per tale versante, ai sensi dell'art. 11 cod. proc. amm., la competenza giurisdizionale del Giudice ordinario. 6. Ciò posto, è possibile procedere all'esame dei motivi spiegati con ricorso principale nonché con i primi e secondi motivi aggiunti, con cui parte ricorrente ha censurato gli atti di macro-organizzazione recanti la scelta dell'ente di potenziare l'ufficio legale interno, inserendo una nuova unità di personale (funzionario di categoria D3) e stabilendo poi di procedere alla relativa copertura attraverso l'indizione di una procedura di mobilità interna mediante avviso pubblico, aperta ai dipendenti aventi i requisiti professionali del posto da ricoprire.

6.1 Con una prima serie di censure (motivi sub 1 e 2 del ricorso principale, riprodotti nei ricorsi per motivi aggiunti) ci si duole della istituzione di un nuovo posto nella dotazione organica senza la contestuale previsione delle modalità di copertura, in spregio alla vigente normativa di settore che imporrebbe la previsione delle forme di reclutamento attraverso procedure selettive/ comparative, nonché in assenza della obbligatoria istruttoria volta alla rilevazione dei carichi di lavoro prevista dall'art. 3 comma 11, della Legge n. 537/1997.

Le censure sono infondate.

La modifica della dotazione organica oggetto di censura attiene, a ben vedere, ad una modifica organizzativa generale della articolazione della struttura dell'ente, con cui l'ente si è limitato, nell'invarianza delle unità in organico appartenenti alla medesima categoria funzionale D3, ad articolare diversamente la distribuzione delle risorse umane, ad invarianza di costi di personale, stabilendo di potenziare il settore legale, con sottrazione di una unità al settore demografico.

Tale scelta, dunque, contrariamente a quanto pervicacemente sostenuto dalla ricorrente, non ha comportato la necessità di provvedere da subito all'individuazione, negli atti impugnati con ricorso principale, di forme selettive per procedere a nuova assunzione, essendosi, peraltro, nelle more, provveduto, nell'esercizio dei poteri privatistici propri del datore di lavoro pubblico, alla assegnazione provvisoria al settore legale della unità sottratta al settore demografico.

Tale temporanea assegnazione rende del tutto plausibile la svista in cui è incorsa l'amministrazione nell'indicare, nella determinazione della pianta organica di cui alla D.G.C. 59/2016, il nuovo posto di funzionario avvocato come già assegnato al controinteressato. Detto errore, peraltro, risulta comunque ampiamente superato attraverso la Delibera di Giunta n. 15 del 26 gennaio 2017, gravata con i secondi motivi aggiunti, senza che si rendesse necessaria l'indicazione di ulteriori precisazioni al riguardo: da un lato, infatti, risulta ampiamente illustrato nell'atto di rettifica il contrasto tra quanto rappresentato nella griglia della dotazione organica inserita nel corpo dell'atto (D.G.C. 59/2016) e il dato effettivo della mera assegnazione provvisoria dell'unità di personale indicata (come risulta dalla antecedente disposizione datoriale, datata 7 gennaio 2016, in atti); dall'altro, nemmeno è chiarito dalla ricorrente in che termini tale erronea indicazione potrebbe inficiare la legittimità degli atti gravati.

Ciò posto, del tutto correttamente la scelta di provvedere alla copertura definitiva è stata esplicitata in una successiva deliberazione di indirizzo programmatico dell'organo esecutivo dell'ente (n. 103/2016).

Detta deliberazione, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente con i primi due motivi del primo ricorso per motivi aggiunti, non si pone affatto come atto di convalida della precedente delibera di programmazione del fabbisogno del personale, afferendo piuttosto, in linea di continuità con le previsioni contenute in tale atto, alla scelta di procedere alla valorizzazione delle unità di

personale già in organico, attraverso l'attivazione di una procedura di mobilità interna, che non implicava, si ribadisce, nuova assunzione di personale, bensì una mera modifica del rapporto di lavoro di un proprio dipendente, da individuarsi a seguito di selezione interna a mezzo avviso pubblico, anche in applicazione dell'art. 3, commi 6 e 7, del regolamento dell'ente per la mobilità interna approvato con Delibera di Giunta Comunale n. 98/2013, in atti.

La richiamata disposizione prevede, infatti, la possibilità di attivare la mobilità d'ufficio a seguito di creazione di nuovi posti o profili professionali e soppressione di posti in organico, anche con modifica del profilo professionale del dipendente, purché sia accertata la ricorrenza, in capo allo stesso, dei requisiti professionali per il posto da ricoprire, come previsti dal Regolamento per le assunzioni dall'esterno.

Tale disposizione è stata del tutto legittimamente applicata al caso all'esame, atteso che, contrariamente alle avverse deduzioni, la circostanza che un dipendente di un ente locale rivesta la qualifica di funzionario di categoria D3 non gli impedisce di rivestire la qualifica di funzionario avvocato, stante la piena applicabilità del principio di equivalenza delle mansioni, a determinate condizioni, e, in particolare, in presenza dei requisiti professionali necessari per l'esercizio della professione e nel rispetto dei principi di autonomia e indipendenza richiamati dall'art. 23 della Legge professionale, assicurati, nella specie, dalla esistenza di un settore legale e contenzioso già costituito nella struttura dell'ente, in cui operano avvocati interni iscritti all'albo speciale (cfr., *mutatis mutandi*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 05/05/2016, n. 5276).

Del resto, detta equivalenza è anche acclarata dal parere ARAN Ral 1381, richiamato nella parte motiva della deliberazione in questione, con cui si stabilisce che, "ai sensi degli artt. 3 e 13 dell'allegato A del CCNL 31.03.1999, il profilo di avvocato è ricompreso tra quelli per i quali il sistema di classificazione prevede un trattamento economico stipendiale iniziale corrispondente alla posizione economica D3 e, conseguentemente, anche per la specificità che le contraddistingue, le relative mansioni non possono considerarsi equivalenti a quelle dei profili con trattamento economico stipendiale iniziale in D1".

Le superiori considerazioni consentono di ritenere superate anche le censure di illegittimità pure spiegate dalla ricorrente in relazione alla richiamata previsione regolamentare, di cui al quinto motivo del primo ricorso per motivi aggiunti.

6.2 Con un separato ordine di argomentazioni (terzo e quarto motivo dei primi motivi aggiunti), parte ricorrente censura l'assenza di motivazione degli atti di programmazione del fabbisogno del personale impugnati con ricorso principale, non emendabili in parte qua nemmeno a seguito dell'adozione dei successivi atti, pure oggetto di gravame.

Sul punto il Collegio ritiene sufficiente richiamare il disposto di cui all'art. 3, comma 2, della l. n. 241 del 1990, secondo cui "la motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale": per gli atti amministrativi di organizzazione di carattere generale (cd. di "macro-organizzazione") è da ritenere che operi la suddetta previsione normativa e non quella di cui al comma 1 della stessa disposizione, in quanto trattasi di atti generali emanati nell'esercizio di un potere caratterizzato da una ampia discrezionalità, finalizzato al raggiungimento degli obiettivi programmatici e delle finalità proprie dell'amministrazione.

Le deliberazioni censurate, recanti la modifica della struttura della organizzazione di un Comune e della sua dotazione organica, debbono essere ascritti alla categoria degli atti amministrativi di carattere generale e programmatico, sottratti ad un obbligo specifico di motivazione, ai sensi dell'art. 3, comma 2, l. 7 agosto 1990 n. 241.

Peraltro, l'atto risulta congruamente motivato con il ricorso alla necessità, in linea con il quadro normativo vigente, nell'ottica di riduzione delle spese di personale cui è ispirato il documento di programmazione triennale delle spese di personale, ad una più razionale gestione delle risorse umane per il migliore funzionamento dei servizi.

A tanto va inoltre soggiunto che alcuna contraddittorietà è ravvisabile nel mutato avviso dell'ente di rafforzare l'ufficio legale piuttosto che ricorrere a legali esterni, sia in ragione del tempo trascorso delle precedenti deliberazioni richiamate in ricorso e sia in ragione della estrema flessibilità della

struttura organizzativa dell'ente che deve costantemente essere in grado di adattarsi alle mutevoli esigenze di soddisfacimento degli interessi pubblici affidati alla sua cura, in un'ottica di semplificazione e di efficienza nell'espletamento delle funzioni istituzionali e nella erogazione dei servizi ai cittadini, nel razionale utilizzo delle risorse disponibili.

7. Alla luce delle superiori considerazioni, dunque, vanno rigettati il ricorso principale e il primo ricorso per motivi aggiunti, va dichiarato in parte inammissibile per difetto di giurisdizione e in parte respinto il secondo ricorso per motivi aggiunti e, infine, va dichiarato del pari inammissibile per difetto di giurisdizione il terzo ricorso per motivi aggiunti.

8. Le questioni esaminate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati presi in considerazione tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante: fra le tante, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ. sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cass. civ, sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663).

9. La peculiarità e complessità delle questioni vagliate giustifica la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sede di Napoli, Sez. V, definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, nei sensi di cui in motivazione, così decide:

- rigetta il ricorso principale e il primo ricorso per motivi aggiunti;
- dichiara in parte inammissibile per difetto di giurisdizione e in parte respinge il secondo ricorso per motivi aggiunti;
- dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione il terzo ricorso per motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere

Maria Grazia D'Alterio, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Maria Grazia D'Alterio

IL PRESIDENTE

Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO