

Pubblicato il 26/01/2023

N. 00571/2023 REG.PROV.COLL.
N. 06108/2022 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 della Campania

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 6108 del 2022, proposto da RAFFAELE ALIPERTI, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Vincenzo Capuano e Michele Cascone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto in Napoli alla Via A. Depretis n. 19;

contro

REGIONE CAMPANIA, rappresentata e difesa dall'Avv. Massimo Consoli dell'Avvocatura Regionale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto in Napoli alla Via Santa Lucia n. 81;

nei confronti

MASSIMINO CAVALLARO, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

a) della disposizione dirigenziale della Regione Campania prot. n. 614771 del 12/12/2022, con la quale è stata confermata, a seguito di ricorso gerarchico, l'esclusione del ricorrente dal concorso ad otto posti di "Dirigente Area

Tecnica”, nonché della disposizione dirigenziale prot. n. 581854 del 23/11/2022 con cui si è statuita detta esclusione;

b) del decreto dirigenziale n. 54 del 11/05/2022 con cui l'amministrazione regionale ha approvato l'elenco dei candidati ammessi con riserva alla procedura concorsuale “Dirigente Area Tecnica”, disponendo espressamente che detta ammissione è effettuata “con riserva di verifica della veridicità delle dichiarazioni rese dai candidati e ferma restante la facoltà dell'Amministrazione di disporre, in qualsiasi momento, l'esclusione dalla selezione con motivato provvedimento, per difetto dei requisiti prescritti per l'ammissione”;

c) della nota del 21/11/2022 con la quale l'ufficio regionale preposto ha chiesto all'arch. Aliperti, ricorrendo al soccorso istruttorio, il possesso dei requisiti richiesti dal bando chiedendo di fornire la relativa documentazione;

d) dei verbali tutti della commissione e segnatamente di quello in forza del quale il ricorrente è stato incluso tra i candidati ammessi con riserva;

e) del decreto dirigenziale n. 44 del 14/07/2020 e s.m.i. con cui è stato approvato il bando di concorso pubblico per titoli ed esami per il reclutamento di complessivi n. 52 posti di personale dirigenziale, articolati in varie aree tra le quali n. 8 posti di “Dirigente Area Tecnica”, di cui n. 4 riservati al personale di ruolo della Giunta ai sensi dell'art. 16 del Regolamento dei concorsi, pubblicato sul B.U.R.C. n. 143 del 14/07/2020 e sul sito istituzionale della Regione Campania, nonché, per estratto, sulla G.U. della Repubblica Italiana – IV Serie speciale “Concorsi ed esami”;

f) di tutti gli atti e provvedimenti connessi, preordinati e presupposti, se ed in quanto lesivi degli interessi del ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2023 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto che sussistono le condizioni di legge per la definizione del giudizio nella presente sede cautelare;

Premesso che:

- il ricorrente impugna le disposizioni dirigenziali prot. n. 614771 del 12/12/2022 e prot. n. 581854 del 23/11/2022, con cui la Regione Campania ha stabilito di escluderlo dalla procedura concorsuale per la copertura di otto posti di dirigente di area tecnica, ritenendo insussistente, in relazione alla sua posizione, il vantato requisito di ammissione, contemplato dall'art. 2, comma 3, lett. d), del bando, consistente nello "aver ricoperto incarichi dirigenziali in amministrazioni pubbliche per un periodo non inferiore a 3 anni";
- l'impugnativa è estesa agli atti della serie concorsuale meglio in epigrafe individuati;
- nello specifico, la disposta esclusione (cfr. in particolare il provvedimento prot. n. 614771 del 12/12/2022) si fonda sull'assunto che il ricorrente, nello svolgimento del proprio rapporto di impiego instaurato presso il Comune di Sessa Aurunca ai sensi dell'art. 110, comma 1, del TUEL (d.lgs. n. 267/2000), sarebbe stato inquadrato nella qualifica di funzionario (categoria D, posizione economica D3) e non in quella di dirigente, mancando nel predetto Comune posizioni di livello dirigenziale, e avrebbe goduto di un trattamento economico non riconducibile a quello proprio della dirigenza delle "Funzioni Locali";
- nello stesso provvedimento, l'amministrazione regionale aggiunge quanto segue: "(i)n ordine alle argomentazioni prospettate nel ricorso relative allo svolgimento di "funzioni dirigenziali" nell'ente locale, si precisa che tale esercizio di funzioni non configura l'"incarico dirigenziale", richiesto come requisito di ammissione dall'art. 2, comma 3 lett. d) del bando di concorso.

Infine, la lettura combinata dell'art. 110 del TUEL e dell'art. 19, comma 6 del D.Lgs n. 165/2001 risulta, nel caso di specie, del tutto priva di pregio in quanto, il Dott. Aliperti ha stipulato, esclusivamente un contratto avente a oggetto incarichi a tempo determinato per la qualifica di "Funzionario", mentre, i conferimenti di incarico dirigenziale ex art. 19, comma 6 D.lgs comportano, nel contratto accessivo a detto conferimento, l'inquadramento ed il trattamento economico proprio della qualifica dirigenziale";

Rilevato che le censure articolate in gravame possono essere così riassunte:

a) l'amministrazione regionale è incorsa in difetto di istruttoria, non avendo valutato la circostanza, documentata dai certificati di servizio del Comune di Sessa Aurunca prodotti in sede concorsuale, che il ricorrente "ha svolto funzioni dirigenziali, prestando servizio presso il Comune di Sessa Aurunca con contratto a tempo determinato ai sensi dell'art. 110 del TUEL, con incarico apicale del Settore Assetto del Territorio, incarico apicale del Settore Utilizzo del territorio ed incarico apicale del Settore Ambiente". In particolare, nel certificato di servizio prot. n. 41458 del 29 novembre 2022 si attesta che al ricorrente "sono state conferite per l'intero periodo sopra riportato (dal 01/07/2013 al 14/02/2021, ndr.), tutte le funzioni dirigenziali di cui all'art. 107 commi 2 e 3 ai sensi dell'art. 109 comma 2 D.L.vo 267/2000";

b) ai sensi dell'art. 7 del d.P.R. n. 70/2013, possono essere valorizzati, ai fini del reclutamento dei dirigenti in ambito pubblico, anche gli incarichi in amministrazioni pubbliche equiparati per legge agli incarichi dirigenziali. Ebbene, l'amministrazione regionale avrebbe disatteso anche la norma equiparativa contenuta nell'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 39/2013, a termini del quale "(a) i fini del presente decreto al conferimento negli enti locali di incarichi dirigenziali è assimilato quello di funzioni dirigenziali a personale non dirigenziale";

c) i provvedimenti di esclusione sono affetti da carenza motivazionale, essendo irrilevante, ai fini della sussistenza dell'incarico dirigenziale, il

richiamo al trattamento economico operato in parte motiva;

Considerato che le prefate censure non meritano condivisione per le ragioni di seguito esplicitate:

aa) è pacifico e confermato dalle emergenze processuali che il ricorrente abbia svolto, presso il Comune di Sessa Aurunca, gli incarichi apicali di responsabile di Settore con l'attribuzione dell'inquadramento da funzionario di categoria D (posizione economica D3) e del relativo trattamento economico accompagnato da una retribuzione di posizione organizzativa, essendo sprovvista tale amministrazione di posti di funzione di livello dirigenziale. Costituisce dato altrettanto incontestato e avallato dalle evidenze processuali che tali incarichi sono stati conferiti al ricorrente ai sensi del combinato disposto degli artt. 110, comma 1, e 109, comma 2, del TUEL, prevedendo tale ultima norma che nei comuni privi di personale di qualifica dirigenziale le funzioni dirigenziali (di cui al precedente art. 107, commi 2 e 3) "possono essere attribuite, a seguito di provvedimento motivato del sindaco, ai responsabili degli uffici o dei servizi, indipendentemente dalla loro qualifica funzionale, anche in deroga a ogni diversa disposizione". Orbene, alla luce di quanto esposto, è assolutamente da sconfessare la tesi del ricorrente che l'incarico di funzioni dirigenziali da lui disimpegnato ai sensi del citato art. 109, comma 2, possa essere configurato come un incarico dirigenziale tout court, essendo necessario, perché possa parlarsi propriamente di "incarico dirigenziale", che alle funzioni dirigenziali si accompagni la predisposizione, nell'organigramma dell'ente pubblico, della posizione funzionale di livello dirigenziale, la quale, appunto, nel Comune di Sessa Aurunca manca: infatti, proprio per i comuni privi di detta posizione, il ricordato art. 109, comma 2, consente, in via eccezionale, che le funzioni dirigenziali possano essere esplicate dal personale di livello funzionale responsabile degli uffici o dei servizi, con ciò connettendo tali funzioni a posizioni funzionali non di livello dirigenziale. In sintesi, nell'ambito del pubblico impiego contrattualizzato, ai fini del riconoscimento del trattamento giuridico (e retributivo) proprio della

qualifica dirigenziale, non è sufficiente l'espletamento di incarichi direttivi o di responsabilità riferibili ad una funzione dirigenziale (come avvenuto nella specie), essendo viceversa necessario che sussista il corrispondente posto qualificato come dirigenziale nella pianta organica dell'ente (cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 7 novembre 2018 n. 28451 e Corte di Appello di Roma, Sez. Lav., 4 agosto 2020 n. 1384). Giova al riguardo richiamare, per confutare in via definitiva la tesi attorea, quanto condivisibilmente osservato in materia dalla Corte di Cassazione, sebbene sotto il particolare angolo visuale della retribuzione spettante per lo svolgimento di funzioni dirigenziali: "questa Corte da tempo ha affermato, ed il principio deve essere qui ribadito, che un ufficio può essere ritenuto di livello dirigenziale solo in presenza di un'espressa qualificazione in tal senso contenuta negli atti di macro organizzazione adottati dall'amministrazione pubblica, perché in tutte le versioni succedutesi nel tempo, il D.Lgs. n. 29 del 1993, prima, e successivamente il D.Lgs. n. 165 del 2001, hanno riservato alle amministrazioni il potere di definire le linee fondamentali degli uffici, di individuare quelli di maggiore rilevanza ed i modi di conferimento della titolarità degli stessi, di determinare la dotazione organica; 2.1. si è pertanto, affermato, sia con riferimento all'organizzazione statale che in relazione agli enti pubblici non economici, anche territoriali, che ove manchi l'istituzione dell'ufficio dirigenziale il giudice non può sostituirsi all'amministrazione e valutare la sostanza delle attribuzioni, per qualificare di natura dirigenziale l'attività svolta dal soggetto preposto alla direzione dell'ufficio che viene in rilievo (cfr. Cass. n. 33401/2019; Cass. 23874/2018; Cass. 350/2018; Cass. n. 10320/ 2017 e la giurisprudenza ivi richiamata in motivazione); 3. con specifico riferimento agli enti territoriali minori va detto che, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente nella memoria ex art. 380 bis 1 c.p.c., il D.Lgs. n. 165 del 2001, in relazione ai poteri organizzativi propri dei Comuni e delle Province, rinvia al D.Lgs. n. 267 del 2000, non solo attraverso l'espresso richiamo contenuto nell'art. 70, comma 3, ma anche nel prevedere, all'art. 27,

che le regioni a statuto ordinario e le altre pubbliche amministrazioni "nell'esercizio della propria potestà statutaria e regolamentare, adeguano ai principi dell'art. 4, e del presente capo i propri ordinamenti, tenendo conto delle relative peculiarità"; 3.1. ai Comuni la modifica costituzionale dell'art. 114 Cost., e la L. n. 131 del 2003, che alla stessa ha dato attuazione, hanno riconosciuto autonomia statutaria e regolamentare e pertanto gli stessi, seppure tenuti in relazione ai poteri organizzativi al rispetto dei principi fondamentali sui quali si fonda la disciplina dettata dal D.Lgs. n. 165 del 2001, (primo fra tutti quello della necessaria distinzione fra attività di indirizzo politico ed attività di gestione), ai sensi del D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 89, "disciplinano, con propri regolamenti, in conformità allo statuto, l'ordinamento generale degli uffici e dei servizi...." ed esercitano la potestà regolamentare in tema di "b) organi, uffici, modi di conferimento della titolarità dei medesimi;....c) principi fondamentali di organizzazione degli uffici;... e) ruoli, dotazioni organiche e loro consistenza complessiva " (art. 89 T.U.E.L., comma 2), con i soli limiti che derivano, una volta assicurato il rispetto dei principi generali già richiamati e delle disposizioni dettate dal T.U.E.L., "dalle proprie capacità di bilancio e dalle esigenze di esercizio delle funzioni, dei servizi e dei compiti loro attribuiti" (art. 89 T.U.E.L., comma 5); 3.2. il richiamato D.Lgs. n. 267 del 2000, art. 109, consente espressamente ai comma 2, il conferimento delle funzioni dirigenziali di cui all'art. 107, ai responsabili degli uffici e dei servizi, indipendentemente dal loro inquadramento funzionale, ed il successivo art. 110, al comma 2, ribadisce la distinzione fra Comuni che nel regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi hanno previsto la dirigenza ed enti territoriali che hanno adottato atti di macro organizzazione che quella qualifica non richiedono, e sulla base di detta distinzione disciplina in maniera diversificata le due ipotesi, quanto alle condizioni richieste per l'affidamento degli incarichi a professionalità esterne; 3.3. l'art. 109 T.U.E.L., comma 2, una volta letto in combinato disposto con il successivo art. 110, ed alla luce dell'ampia potestà regolamentare dell'ente in

tema di organizzazione degli uffici, consente, quindi, al Comune di non istituire rispetto ad una determinata funzione, seppure implicante l'esercizio dei poteri/doveri di cui all'art. 107 T.U.E.L., la posizione dirigenziale e di assegnare la stessa al personale con qualifica non dirigenziale nel rispetto dei criteri dettati dal regolamento e dalla contrattazione collettiva; 3.4. quest'ultima è intervenuta nella specifica materia che qui viene in rilievo e con il CCNL 22 gennaio 2004, art. 15, applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, ha previsto che "negli enti privi di personale con qualifica dirigenziale, i responsabili delle strutture apicali secondo l'ordinamento organizzativo dell'ente, sono titolari delle posizioni organizzative disciplinate dal CCNL 31 marzo 1999, art. 8 e seguenti"; 3.5. la posizione organizzativa, ai sensi del CCNL 1999, del richiamato art. 8, implica, per quel che qui rileva, lo svolgimento di funzioni di direzione di unità organizzative di particolare complessità, caratterizzate da elevato grado di autonomia gestionale e organizzativa remunerato dalle parti collettive con il trattamento accessorio di cui all'art. 10, che si modella su quello previsto per il personale dirigenziale, e prevede l'attribuzione, in aggiunta al trattamento fondamentale previsto per la qualifica di inquadramento, della retribuzione di posizione, graduata in relazione alla natura dell'incarico attribuito, e della retribuzione di risultato, quantificata in misura percentuale rispetto a quella di posizione e corrisposta all'esito della valutazione positiva annuale; 4. la pretesa del ricorrente di attribuzione D.Lgs. n. 165 del 2001, ex art. 52, del trattamento economico previsto per il personale dirigenziale è, pertanto, destituita di fondamento, sia perché le funzioni direttive svolte non possono essere ritenute estranee al profilo di inquadramento, in ragione della disciplina legale e contrattuale sopra riassunta nei suoi tratti essenziali, sia in quanto le maggiori responsabilità che il responsabile del servizio assume a seguito del conferimento dell'incarico ex art. 109 T.U.E.L., comma 2, sono state apprezzate dalla contrattazione collettiva richiamata nel punto che precede;" (così Cass. Civ., Sez. Lav., 13 aprile 2022 n. 12106);

bb) né è invocabile nella specie l'equiparazione tra incarichi di funzioni dirigenziali ed incarichi dirigenziali effettuata dall'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 39/2013, giacché tale equiparazione ha rilievo solo ai limitati fini delle situazioni di inconferibilità ed incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni, e giammai può essere estesa all'ambito delle procedure di reclutamento della dirigenza pubblica;

cc) infine, nemmeno è ravvisabile la dedotta carenza motivazionale, costituendo, invece, il trattamento economico assegnato prezioso indice, opportunamente valorizzato dall'amministrazione regionale, per appurare la natura dirigenziale o meno dell'incarico apicale attribuito al ricorrente dal Comune di Sessa Aurunca;

Ritenuto, in conclusione, che:

- resistendo gli atti impugnati a tutte le censure prospettate, il ricorso deve essere respinto siccome infondato;
- sussistono nondimeno giusti e particolari motivi, attesa la novità della vicenda contenziosa, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali, restando il contributo unificato a carico del ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate, con contributo unificato a carico di parte ricorrente.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Dell'Olio, Presidente FF, Estensore

Gabriella Caprini, Consigliere

Rosalba Giansante, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Carlo Dell'Olio

IL SEGRETARIO