

Publicato il 10/02/2020

N. 01006/2020REG.PROV.COLL.  
N. 06886/2018 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 6886 del 2018,  
proposto da

Comune di Fidenza, in persona del Sindaco *pro-tempore*, rappresentato  
e difeso dall'avvocato Massimo Rutigliano, con domicilio digitale  
come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo  
studio in Parma, borgo S. Brigida, 1;

*contro*

Claudio Malavasi, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco  
Orlando, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia  
e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sistina n.48;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia  
Romagna, Sezione Staccata di Parma n. 00160/2018, resa tra le parti  
concernente procedura concorsuale di mobilità volontaria per la

copertura di un posto di dirigente amministrativo a tempo pieno ed indeterminato;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Claudio Malavasi;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2019 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Rutigliano e Orlando;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Malavasi Claudio chiedeva al Tribunale amministrativo dell'Emilia Romagna, Sezione staccata di Parma, l'annullamento degli atti con cui il Comune di Fidenza aveva concluso negativamente la procedura selettiva di mobilità volontaria per la copertura di un posto di dirigente amministrativo a tempo pieno, senza consentirgli di presentarsi, per il colloquio orale, in un giorno diverso e successivo, rispetto a quello stabilito all'atto della convocazione.

Il ricorrente deduceva la violazione della disposizione di cui al d.p.r. n. 487 del 1994 recepita dal regolamento degli uffici e dei servizi del Comune, secondo cui doveva intercorrere un intervallo temporale di almeno venti giorni tra la convocazione e lo svolgimento della prova orale.

Si costituiva in giudizio il Comune, che chiedeva il rigetto del ricorso. Con sentenza 13 giugno 2018 n. 160 il Tribunale amministrativo riteneva dapprima l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità per mancata notificazione del ricorso ad un controinteressato, poiché maturata l'esclusione, il presunto controinteressato era titolare di un

mero interesse di fatto a che la procedura stessa potesse andare deserta, al fine di potere poi ripresentare domanda ed in ogni caso al momento della conclusione della procedura nessuno, a parte l'unico soggetto ammesso alla stessa, poteva fondatamente contrastarne gli esiti, né all'interno del provvedimento impugnato vi era menzione di presunti controinteressati.

Nel merito il ricorso veniva accolto, in quanto la norma di cui al d.p.r. 487 del 1994 recepita dal relativo regolamento comunale e che garantisce al candidato un tempo minimo di venti giorni per la "preparazione" del colloquio nelle selezioni pubbliche non era stata rispettata, eliminando così una garanzia di procedimento funzionale all'interesse del partecipante al corretto e trasparente svolgimento della procedura stessa; tanto più che lo stesso candidato aveva fatto presente la necessità di un rinvio a fronte della comunicazione "anticipata", né il bando specificava alcunché in contrario e dunque il vizio poteva essere sanato solo dalla presentazione del candidato senza alcun rilievo da parte sua.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 3 agosto 2018 il Comune di Fidenza impugnava la sentenza e sosteneva dapprima il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a pronunciarsi su una procedura di mobilità volontaria esterna, ribadiva l'ulteriore inammissibilità del ricorso introduttivo per mancata notifica al concorrente Russo Vincenzo, infine che il bando conteneva già di per sé le scadenze temporali, non era stato impugnato e lo stesso appellato aveva proposto date alternative antecedenti quella dell'Ufficio.

Il Comune concludeva per l'accoglimento dell'appello con vittoria di spese.

L'appellato si è costituito in giudizio, sostenendo l'inammissibilità per sopravvenuta carenza di interesse e l'infondatezza dell'appello.

All'udienza del 12 dicembre 2019 la causa è passata in decisione.

Si può prescindere dall'eccezione di improcedibilità mossa dall'appellato, poiché l'appello del Comune è complessivamente infondato.

Con il primo motivo il Comune di Fidenza deduce il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a vantaggio della giurisdizione del giudice ordinario nelle procedure di mobilità volontaria esterna che non sono mirate alla costituzione ex novo di un rapporto di lavoro pubblico: da ciò discenderebbe l'inammissibilità del ricorso introduttivo proposto dinanzi alla Sezione staccata di Parma del Tribunale amministrativo dell'Emilia Romagna.

Il motivo è infondato.

La determinazione dirigenziale 23 agosto 2017 con cui il Comune ha indetto la procedura di mobilità volontaria per un posto di dirigente amministrativo a tempo pieno ed indeterminato da assegnare al settore amministrativo rientrava pacificamente nella tipologia dei bandi di concorso, in primo luogo per la disciplina dei requisiti di ammissione – idoneità fisica, godimento dei diritti politici, non essere stato destituito da una P.A. per insufficiente rendimento oppure per essere stato assunto grazie a mezzi fraudolenti, non avere procedimenti penali in corso, etc. – la selezione sarebbe avvenuta tramite una prova orale per la verifica delle competenze di una serie di discipline giuridico-amministrative e sarebbe stata seguita dall'accertamento delle conoscenze informatiche e di una lingua straniera, inglese o francese, con voto complessivo finale ed

eventuale scorrimento della graduatoria rimesso alla discrezionalità dell'amministrazione procedente.

Quando le modalità di selezione hanno avuto palesemente carattere concorsuale e a questo punto il Collegio ritiene di richiamare la pronuncia della Corte regolatrice 13 marzo 2015 n. 5077, secondo cui alla luce dell'interpretazione dell'art. 63 del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 compiuta alla stregua dei principi enucleati dalla giurisprudenza costituzionale sull'art. 97 Cost., è attribuita alla giurisdizione amministrativa la controversia relativa ad una procedura concorsuale, bandita da un ente pubblico territoriale e riservata a dipendenti di altre amministrazioni del comparto degli enti locali, poiché siffatta procedura realizza una mobilità esterna, che si conclude con l'instaurazione di un diverso contratto di lavoro fra l'ente pubblico ed il vincitore del concorso, ed è dunque attuata con finalità del tutto differenti da quelle proprie della mobilità per passaggio diretto fra le amministrazioni pubbliche (Cass. S.U. 30 ottobre 2008 n. 26021 e, da ultimo, Cass. S.U. 24 maggio 2013 n. 12904).

La procedura in questione era ascrivibile - per modalità di svolgimento, oltre che per espressa qualificazione - alla sequenza selettivo-concorsuale propria della mobilità esterna, al pari della controversia sottoposta alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Queste ultime hanno sancito che in tema di mobilità per passaggio diretto tra pubbliche amministrazioni, disciplinata dal d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 30, integrano una mera modificazione soggettiva del rapporto di lavoro con il consenso di tutte le parti e, quindi, una cessione del contratto, e la giurisdizione sulla controversia ad essa relativa (nella specie, instaurata dal dipendente al

quale era stato preferito altro candidato al posto da coprire tramite mobilità interna) spetta al giudice ordinario, non venendo in rilievo la costituzione di un nuovo rapporto lavorativo a seguito di procedura selettiva concorsuale e, dunque, la residuale area di giurisdizione del giudice amministrativo di cui al d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 63, comma 4.

Nel caso di specie, benché il Comune abbia previsto la “cessione di contratto” e la presenza di un nulla osta da parte dell’amministrazione “perdente posto”, non si assiste al mero passaggio a domanda con l’accordo di tutte le altre tre parti che è causa di controversia, ma questa viene a ricadere seccamente sulla fase strettamente concorsuale del passaggio.

Dunque la censura è da respingere nei sensi ora descritti.

Va poi confermato il rigetto da parte del giudice di primo grado, della censura di inammissibilità del ricorso introduttivo, perché non notificato al concorrente dott. Russo Vincenzo.

Quest’ultimo era stato infatti escluso dal concorso per aver presentato la propria domanda di partecipazione fuori termine e dunque non aveva alcuna situazione di vantaggio da tutelare nella controversia instaurata dall’appellato.

Va aggiunto per completezza, che tale tardività della domanda è menzionata dallo stesso Comune nell’esposizione in fatto del proprio appello.

Da ultimo va ritenuto infondato il terzo motivo, secondo cui le scadenze temporali del concorso erano regolate dal bando non impugnato e che il medesimo stabiliva le modalità temporali delle prove e per di più le necessità del concorrente non erano state sacrificate senza, poiché il medesimo aveva proposto per la prova

date addirittura antecedenti e dunque aveva sostanzialmente rinunciato a termini in suo favore.

Come esposto dall'appellato, l'amministrazione comunale aveva indetto il concorso il 23 agosto 2017 assegnando trenta giorni per la presentazione delle domande, quindi con scadenza il 22 settembre successivo, solamente il 20 ottobre la commissione è stata nominata, dunque un mese dopo una volta esperiti dagli uffici i controlli dei requisiti dei candidati, ed in data pari alla nomina ha convocato per la prova l'unico candidato ammesso.

Ora è pacifico che il d.p.r. 487 del 1994, recepito dal corrispondente regolamento comunale di Fidenza, stabilisce che decorrano almeno venti giorni dalla convocazione del candidato per le prove alle prove medesime e al Malavasi ne sono stati assegnati sette; l'aver proposto da parte del concorrente una data ancor più vicina per l'impossibilità oggettiva di effettuare la prova il 27 ottobre non può rappresentare una rinuncia al termine di venti giorni, ma va considerata alla stregua di un atto di buona volontà e di collaborazione con gli uffici.

Per le considerazioni ora esposte l'appello deve essere respinto.

Spese come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di giudizio liquidate in complessivi €. 5.000,00 (cinquemila/00) oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Raffaele Prospero, Consigliere, Estensore

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Raffaele Prospero**

**IL PRESIDENTE**  
**Giuseppe Severini**

**IL SEGRETARIO**