

**N. 00030/2016 REG.PROV.COLL.**

**N. 01178/2015 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 Puglia**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1178 del 2015, proposto da:  
Annamaria Serripierri, rappresentata e difesa dall'avv. Filippo Panizzolo, con  
domicilio eletto presso Filippo Panizzolo in Bari, Via M. Celentano, n. 27;

***contro***

Comune di Palo del Colle;

***per l'annullamento***

- dell'Avviso di Mobilità esterna riservata esclusivamente al personale di ruolo dichiarato in sovrannumero degli Enti di area vasta ai sensi dell'art. 30 del D.Lgs. n. 165/2001, limitatamente alla copertura di n. 1 posto di Agente di Polizia Municipale, Cat. C1, pubblicato dal Comune di Palo del Colle in data 18/08/2015 (sito Comune) G.U. n. 63 in pari data;
- della determina dirigenziale del Responsabile Settore Affari Generali - Ufficio Personale del Comune di Palo del Colle n. 733/2015 R.G. (n. 178 del 5.08.2015 Reg. Set. n. 183 del 4.08.2015 Reg. Pre.) di indizione della procedura di mobilità

riservata ed approvazione dell'avviso pubblico descritto sub A e dello schema di domanda di partecipazione;

- di ogni atto e provvedimento ad essi presupposto connesso e consequenziale, ivi compreso il programma triennale del fabbisogno del personale 2015-2017 e piano delle assunzioni 2015 approvato con la delibera di Giunta Comunale n. 77 del 26.06.2015 (pubblicata il successivo 1.07.2015);

- per l'accertamento e declaratoria del consequenziale diritto della sig.ra Annamaria Serripierri ad essere assunta nel posto di Agente di Polizia Municipale, Cat. C1, oggetto dell'impugnato avviso di mobilità per scorrimento della graduatoria del pubblico concorso, indetto dal Comune di Palo del Colle, con la determinazione dirigenziale del Responsabile del Servizio Personale n. 119 del 16.11.2009 (n. 987/2009 R.G.);

- nonché per la condanna del Comune di Palo del Colle al risarcimento di tutti i danni, anche in forma specifica con l'assunzione in ruolo della dott.ssa Annamaria Serripierri per scorrimento della graduatoria, derivanti alla ricorrente dalla illegittima adozione dei provvedimenti impugnati ivi compresi quelli da ritardo nell'immissione in ruolo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2015 la dott.ssa Cesira Casalanguida e uditi per le parti i difensori Stefania Rocca;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

La sig.ra Annamaria Serripierri impugna l'avviso di mobilità esterna, pubblicato dal Comune di Palo del Colle, riservata al personale di ruolo dichiarato in

sovrannumero degli enti di area vasta, per la copertura di un posto di Agente di Polizia Municipale, cat. C1, unitamente a tutti gli atti ad esso presupposti e conseguenti.

Espone di aver partecipato, collocandosi al quinto posto della relativa graduatoria di merito, al concorso pubblico per l'assunzione con contratto a tempo indeterminato di n. 2 Agenti di Polizia Municipale, Cat. C1, indetto dal Comune di Palo del Colle, con determina dirigenziale n. 119 del 16.11.2009.

Sostiene che la suddetta graduatoria ha avuto scorrimento fino al quarto posto e, in forza della proroga disposta dal D.L. n. 101/2013, convertito dalla L. n. 125/2013, mantiene validità fino al 31.12.2016.

Ritenendo che l'indizione della procedura di mobilità precluda il suo diritto ad essere assunta in ruolo mediante lo scorrimento della graduatoria del concorso a cui ella ha preso parte, ha opposto agli atti gravati i seguenti motivi di ricorso: violazione e falsa applicazione di legge, in particolare, art. 97 Cost., art. 91 D. Lgs. n. 267/2000, art. 30 D. Lgs. n. 165/2001 ed eccesso di potere sotto vari profili.

La ricorrente rivendica, per il reclutamento di un agente di Polizia Municipale da parte del Comune intimato, lo scorrimento della graduatoria del concorso pubblico, in luogo del reclutamento tramite procedura di mobilità in forza dell'art. 30, comma 2 *bis*, D. Lgs. n. 165/2001, in quanto la prevalenza della mobilità esterna sarebbe sancita dalla legge solo in rapporto all'indizione di nuove procedure concorsuali.

Ritiene che la mobilità costituirebbe modalità di reclutamento recessiva rispetto allo scorrimento della graduatoria concorsuale.

Evidenzia, in ogni caso, la ricorrenza dell'onere motivazionale rafforzato per i casi in cui l'amministrazione decida di coprire posti vacanti utilizzando modalità diverse dallo scorrimento della graduatoria che, nei provvedimenti gravati, mancherebbe del tutto.

La ricorrente chiede anche il risarcimento dei danni conseguenti all'adozione dei provvedimenti impugnati, ivi compresi, quelli da ritardo nell'immissione in ruolo. Chiede, altresì, quale risarcimento del danno in forma specifica, la condanna dell'amministrazione all'assunzione in ruolo nel posto vacante di agente di polizia municipale, cat. C1, per scorrimento della graduatoria.

Il Comune di Palo del Colle, regolarmente intimato, non si è costituito in giudizio. Con ordinanza n. 584/2015, la ricorrente ha rinunciato all'istanza cautelare, a fronte di una sollecita fissazione dell'udienza di merito.

All'udienza pubblica del 17.12.2015, la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso è parzialmente fondato.

La controversia è incentrata sul metodo di assunzione scelto dal Comune per coprire il posto vacante di Agente di Polizia Municipale.

La ricorrente contesta la determinazione comunale di procedere alla copertura di tale posto attraverso la procedura di mobilità esterna ai sensi dell'art. 30 D. Lgs. n. 165/2001, asserendone l'illegittimità per non avere l'Amministrazione attinto dalla precedente - e tuttora vigente- graduatoria del concorso pubblico indetto dal medesimo Comune di Palo del Colle, con la determinazione dirigenziale n. 119 del 16.11.2009, nella quale si è collocata al quinto posto.

A riguardo il Collegio osserva che le proroghe dei termini di efficacia delle graduatorie di concorsi pubblici esprimono un favore per la copertura dei posti negli organici degli enti pubblici resisi via via vacanti attraverso lo scorrimento delle graduatorie efficaci, giustificato anche dall'obiettivo di riduzione e contenimento della spesa pubblica (Cons. Stato, sent. 31 luglio 2012, n. 4329).

Per gli enti locali, la relativa disciplina si rinviene nell'art. 91, comma 4, del D. Lgs. n. 267 del 2000, ai sensi del quale *“Le graduatorie concorsuali rimangono efficaci per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione per l'eventuale copertura dei posti che si venissero a rendere successivamente vacanti e disponibili, fatta eccezione per i posti istituiti o trasformati*

*successivamente all'indizione del concorso medesimo*", a cui si aggiungono le proroghe di volta in volta previste da singole disposizioni normative.

Il D.L. n.90/2014 e la Circolare del Ministero della Funzione Pubblica n. 1/2015 prevedono, inoltre, che la percentuale di *turn over* legata alle facoltà di assunzioni deve essere destinata in via prioritaria all'immissione nei ruoli dei vincitori di concorso pubblico collocati nelle proprie graduatorie vigenti o approvate al 1° gennaio 2015. Le risorse rimanenti, ovvero quelle derivanti dalle facoltà ad assumere al netto di quelle utilizzate per l'assunzione dei vincitori, devono essere destinate ai processi di mobilità del personale soprannumerario degli enti di area vasta.

Fermo il potere dell'amministrazione di procedere o non procedere alla copertura dei posti, implicito nella locuzione "per l'eventuale copertura" di cui al suindicato art. 91 D.Lgs 267/2000, l'unico limite allo scorrimento della graduatoria è che non si tratti di posti di nuova istituzione o trasformazione.

L'Adunanza plenaria, nella sentenza 28 luglio 2011, n. 14, ha espresso ai sensi dell'art. 99, comma 5, cod. proc. amm., il seguente principio di diritto: "*in presenza di graduatorie concorsuali valide ed efficaci, l'amministrazione, se stabilisce di provvedere alla copertura dei posti vacanti, deve motivare la determinazione riguardante le modalità di reclutamento del personale, anche qualora scelga l'indizione di un nuovo concorso, in luogo dello scorrimento delle graduatorie vigenti*".

Se ne desume che la regola generale delle assunzioni rimane sempre quella di tipo concorsuale dello scorrimento delle graduatorie.

Nel caso in esame, il Comune ha deliberato di avviare la procedura di mobilità esterna, ai sensi dell'art. 30 del D. Lgs. n. 165/2001, mentre risulta tuttora vigente la graduatoria del concorso pubblico di cui alla determina dirigenziale del Comune di Paolo del Colle, n. 119 del 16.11.2009, per effetto della proroga da ultimo disposta dal D.L. n. 101/2013, convertito nella L. n. 125/2013.

La controversia, dunque, attiene più specificamente la questione della prevalenza della mobilità esterna prevista dalla richiamata norma.

Il comma 2 *bis* dell'articolo 30, D. Lgs. n. 165/2001 e s.m.i. sancisce il principio del previo esperimento di mobilità rispetto all'espletamento di procedure concorsuali per il reclutamento di nuovo personale.

La giurisprudenza ha già da tempo chiarito la portata di tale previsione stabilendo che, nel caso di scorrimento di una graduatoria di concorso valida ed efficace, non è legittimo determinarsi al reclutamento di personale avviando, *ex novo*, procedura di mobilità volontaria ex art. 30, D. Lgs. n. 165/2001, in quanto la prevalenza della mobilità esterna è prevista dal Legislatore solo rispetto a nuove procedure concorsuali.

E' stato, infatti, osservato che *“La mobilità esterna, come detto, non comporta alcun risparmio di spesa, attesa la maggior spesa per la nuova procedura, mentre sotto gli altri aspetti (migliore razionalità dell'organizzazione pubblica e della funzionalità dei suoi uffici), le due procedure di assunzione si equivalgono, attesa la garanzia di professionalità o già formate in ambito amministrativo per il personale in mobilità o accertata a mezzo regolare concorso per gli idonei”*. Si è perciò stabilito che *“la modalità di assunzione per scorrimento della graduatoria di concorso già espletato è estranea alla fattispecie delineata dal comma 2 bis dell'art. 30”*. (Cons Stato, Sez. V, sent. 4329 del 12.07.2015).

Ne deriva che l'articolo 30 del D. Lgs. n. 165/2001 deve ritenersi non operante nel caso in cui sia possibile coprire il posto resosi vacante attingendo, mediante scorrimento, dalla graduatoria relativa a concorso pubblico.

Diversamente accade, invece, per l'ipotesi di cui all'art. 34 *bis* del D. Lgs. n. 165/2001, che enuncia il principio per cui il personale in esubero - ex artt. 33 e 34 del TUPI- presso qualsiasi pubblica amministrazione deve poter essere ricollocato, durante il periodo di disponibilità, presso altre amministrazioni, (in tal senso anche il D.L. n.90/2014).

In particolare, al comma 5 è sancita la nullità di diritto delle assunzioni effettuate in violazione delle prescrizioni contenute nel medesimo articolo.

Nel provvedimento gravato, il Comune riferisce di aver richiesto alla Regione i nominativi di personale in disponibilità in possesso dei requisiti richiesti per la copertura dei posti resisi vacanti, secondo quanto disposto dall'art. 34 *bis* D. Lgs. n. 165/2001 e che la Regione ha dato riscontro alla relativa nota, comunicando l'assenza di personale in disponibilità in possesso dei requisiti richiesti.

La procedura di mobilità è stata, pertanto, avviata ai sensi dell'art. 30 D.Lgs n. 165/2001.

Ne consegue che tale procedura, per i principi sopra enunciati, deve ritenersi illegittima per la parte riferita alla copertura del posto di Agente di Polizia Municipale, cat. C1, in quanto è possibile coprire il posto resosi vacante attingendo - mediante scorrimento- dalla graduatoria, tuttora valida, relativa al concorso pubblico indetto dal medesimo Comune con determinazione dirigenziale n. 119 del 16.11.2009.

La ricorrente chiede anche l'accertamento diritto all'assunzione e il risarcimento del danno, anche in forma specifica mediante l'assunzione in ruolo, ivi compreso quello derivante dal ritardo nell'assunzione.

A riguardo il Collegio osserva che tali questioni non attengono alla fase della procedura di concorso ovvero al controllo giudiziale sulla legittimità della scelta discrezionale operata dall'Amministrazione dell'indizione di una selezione di mobilità, in luogo dello scorrimento della graduatoria – ancora valida ed efficace- di precedente concorso pubblico.

Le controversie riconducibili al diritto all'assunzione, ivi comprese quelle risarcitorie attinenti alla relativa tutela, non sono demandate al giudice cui spetta il controllo del potere amministrativo ai sensi dell'art. 103 Cost., ma al giudice

ordinario, in quanto riferite alla successiva fase relativa agli atti di gestione del rapporto di lavoro.

Il "diritto all'assunzione", infatti, si colloca al di fuori dell'ambito della procedura concorsuale ed è la risultante di una valutazione discrezionale dell'amministrazione, donde la sussistenza della giurisdizione civile. La questione del risarcimento del danno da ritardo nella assunzione, in quanto derivante dal riconoscimento della lesione del relativo diritto soggettivo è configurabile solo dopo che l'amministrazione abbia deciso di procedere all'assunzione e deve essere, anch'essa, prospettata innanzi al giudice ordinario (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. III, 21 maggio 2013 n. 2754).

Il ricorso, pertanto, deve essere accolto limitatamente alla parte riferita all'annullamento dell'avviso di mobilità esterna riferita alla copertura di un posto di agente di Polizia Municipale, cat. C1, pubblicato dal Comune di Palo del Colle in data 18.08.2015, G.U. n. 63 e alla relativa determina dirigenziale n. 733/2015 di indicazione della medesima procedura di mobilità, riferita alla copertura del suindicato posto.

Per la parte riferita all'accertamento e declaratoria del diritto all'assunzione e al risarcimento dei danni, invece, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo adito, riservata al giudice ordinario, innanzi al quale le parti potranno riassumere il giudizio.

Resta fermo, tuttavia, l'onere conformativo cui soggiace l'amministrazione, in esecuzione della presente sentenza, in base alla quale essa dovrà procedere all'assunzione, laddove non sussistano ulteriori ragioni non esaminate in questa sede.

Attesa la natura delle questioni sottese alla controversia, oggetto di recenti orientamenti giurisprudenziali, sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo accoglie e in parte lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione, nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Desirèe Zonno, Presidente FF

Cesira Casalanguida, Referendario, Estensore

Maria Colagrande, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2016

IL SEGRETARIO

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