N.

Reg. Dec.

NN. 12056/2000

e 97/2001

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 Quarta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui **ricorsi in appello n. 12056 del 2000 e n. 97 del 2001,** proposti:

1). il n. **12056 del 2000** dal **Comune di Porto San Giorgio**, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv. ti Raniero Felici e Sergio Del Vecchio, elettivamente domiciliato in Roma, Viale Angelico n. 38 presso lo studio del secondo.

CONTRO

DI VINCENZO Geremia, rappresentato e difeso dall'avv. Claudio Brignocchi, elettivamente domiciliato in Roma, via Sabotino, n. 46, presso lo studio dell'avv. Patrizia Properzi.

E NEI CONFRONTI

di MASSI GENTILONI SILVERI Francesco, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Calzolaio, elettivamente domiciliato in Roma, Via Panama n.12, presso lo studio dell'avv. Luigi Medugno;

con l'intervento ad adiuvandum

dell'Agenzia Autonoma per la Gestione dell'Albo dei

RL

Segretari Comunali e Provinciali, in persona del suo rappresentante legale, rappresentato e difeso dall'avv. Prof. Piero Sandulli, presso lo studio del quale è elettivamente domiciliato in Roma, Via F. Paolucci de' Calcoli, n. 9.

2). il **n. 97 del 2001,** proposto **da MASSI GENTILONI SILVERI Francesco**, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Calzolaio, elettivamente domiciliato in Roma, Via Panama n.12, presso lo studio dell'avv. Luigi Medugno;

CONTRO

DI VINCENZO Geremia, rappresentato e difeso dall'avv. Claudio Brignocchi, elettivamente domiciliato in Roma, via Sabotino, n. 46, presso lo studio dell'avv. Patrizia Properzi.

E NEI CONFRONTI

del Comune di Porto San Giorgio, in persona del Sindaco in carica, non costituito in giudizio.

PER L'ANNULLAMENTO

della sentenza del TAR Marche 27 ottobre 2000, n. 1457.

Visti i ricorsi con i relativi allegati.

Visto gli atti di costituzione in giudizio delle parti.

Visto l'atto di intervento dell'Agenzia Autonoma per la Gestione dell'Albo dei Segretari Comunali e Provinciali.

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese.

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del *13 giugno 2006*, il Consigliere *Costantino Salvatore.*

Uditi l'avv. Andrea del Vecchio, in sostituzione dell'avv. Sergio del Vecchio, per il Comune di Porto San Giorgio, l'avv. Spalmi, in delegata sostituzione dell'avv. Sandulli, per l'Agenzia Autonoma per la Gestione dell'Albo dei Segretari Comunali e Provinciali.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

Il Dott. Geremia Di Vincenzo, già Segretario Generale dell'Ente e poi collocato in disponibilità a seguito della determinazione dell'Amministrazione comunale di Porto San Giorgio di avvalersi delle prestazioni di un nuovo Segretario, con ricorso al TAR Marche, impugnava i provvedimenti del Sindaco di Porto San Giorgio 2 aprile 1999, n. 14 prot. n.8225 e 12 aprile 1999, n.15, rispettivamente di individuazione e di nomina definitiva del Segretario titolare del Comune di Porto San Giorgio, nella persona del dott. Francesco Massi Gentiloni Silveri, nonchè di ogni atto presupposto, connesso e conseguente, in particolare della deliberazione della Giunta comunale di Porto San Giorgio 15 marzo 1999, n. 64, in esecuzione della quale il Sindaco di Porto San Giorgio comunicava all'Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali, l'avvio del procedimento per la nomina del nuovo Segretario del Comune, invitando la detta Agenzia a dare immediata esecuzione agli incombenti di legge

e di regolamento per la relativa procedura occorrente per giungere alla nuova nomina. .

Il ricorso era affidato alle censure di violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, degli artt.11, 12 e 14 D.P.R. 4 dicembre 1997, n. 465, del D.P.R. 23 giugno 1972, n. 749, degli artt.28 e 49 del D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, di eccesso di potere per carente od insufficiente motivazione, di violazione degli obblighi di trasparenza ed imparzialità della P.A., di travisamento e contraddittorietà dei presupposti, di illegittimità costituzionale dell'art. 17, comma 70, della legge 15 maggio 1997, n. 127 e del D.P.R. 4 dicembre 1997, n. 465 per violazione degli artt.3, 4, 35, 51, 70, 76, 77, 97 e 98 della Costituzione.

Al ricorso resistevano il Comune di Porto San Giorgio ed il controinteressato dott. Francesco Massi Gentiloni Silveri, i quali eccepivano la inammissibilità del ricorso sotto vari profili (anche per difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo), e deducendo nel merito l'infondatezza dei motivi di impugnazione.

Il Tribunale adito, con la sentenza in epigrafe, disattese le eccezioni di rito, accoglieva il ricorso per la riconosciuta fondatezza di alcuni motivi di censura.

Contro la sentenza sono insorti, con distinti appelli, il Comune di Porto San Giorgio ed il controinteressato dott. Francesco Massi Gentiloni Silveri, i quali hanno riproposto la questione di giurisdizione e le altre eccezioni di rito, e nel

merito hanno dedotto l'infondatezza dei motivi di impugnazione, chciedendondo l'integrale riforma della sentenza gravata.

Agli appelli resiste l'originario ricorrente.

Nell'appello proposto dal Comune di Porto San Giorgio ha spiegato intervento ad adiuvandum l'Agenzia Autonoma per la Gestione dell'Albo dei Segretari Comunali e Provinciali.

Le parti hanno ulteriormente illustrato le rispettive tesi difensive con apposite memorie.

Gli appelli sono stati trattenuti in decisione alla pubblica udienza del 13 giugno 2006.

D I R I T T O

1. In via prioritaria va disposta la riunione dei due appelli, i quali, essendo rivolti contro la medesima decisione e riguardando le stesse parti, vanno definiti con unica pronuncia per evidenti ragioni di connessione.

2. Con il primo motivo di appello, il dott. Francesco Massi Gentiloni Silveri ha riproposto la questione di giurisdizione del giudice amministrativo, criticando le affermazioni con le quali il primo giudice ha disatteso la relativa eccezione.

Si tratta di motivo che, investendo la verifica dei propri poteri cognitori, assume carattere prioritario rispetto a tutte le altre questioni di rito.

Come la Sezione ha avuto modo di precisare di recente (Sez. IV, 22 maggio 2006, n. 3026), nell'ordine di esame delle

questioni pregiudiziali, quella sulla giurisdizione preceda ogni altra questione e, quindi, anche quella sulla ricevibilità del gravame e sul difetto di interesse.

Difatti, nessuna norma o principio consente di ritenere che la ricevibilità del ricorso debba essere valutata prima della giurisdizione, essendo, invece, evidente che anche le statuizioni sul rito costituiscono manifestazione di potere giurisdizionale, di pertinenza esclusiva del giudice dichiarato competente a conoscere della controversia.

In altri termini, la verifica dei propri poteri di cognizione deve necessariamente precedere l'esercizio dei medesimi.

2.1. Ciò premesso, va rilevato che il motivo è fondato.

Il Collegio non ignora che, con decisione 3 maggio 2001, n. 2492, è stata ritenuta rientrante nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia relativa al provvedimento di non conferma e nomina del Segretario comunale, atteso che la P.A. deve seguire una particolare procedura ad evidenza pubblica per la scelta di un soggetto con cui stipulare un contratto di diritto privato, precisandosi, altresì, che, vertendosi in tema di conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti non già dipendenti della P.A., appare inconferente il riferimento alla norma contenuta nell'art. 68 comma 1 del D.L. vo n. 29 del 1993, come modificato dal D.L. vo n. 80 del 1998.

Deve, peraltro, rilevare che, dopo un'iniziale incertezza, la Corte regolatrice ha ripetutamente affermato che, in casi

come quello in esame, la giurisdizione appartiene al giudice ordinario.

Tale orientamento è stato ribadito anche di recente con ordinanza 12 agosto 2005, n. 16876, con la quale sono stati ulteriormente riaffermati i seguenti principi:

a). in base al loro nuovo ordinamento professionale (sub art. 17, commi 68-86 della legge 15 dicembre 1997, n. 17, DPR 4 dicembre 1997, n.465, artt. 97 e seguenti d. lgs 18 agosto 2000 n.267) i segretari comunali (e provinciali) sono pubblici funzionari dipendenti di un' Agenzia autonoma dotata di soggettività giuridica di diritto pubblico, che, normalmente (salvo permanenza in disponibilità presso l' Agenzia stessa), svolgono le proprie funzioni presso un ente territoriale, in base ad incarico, conferito loro attraverso un provvedimento di nomina del Sindaco (o del Presidente della Provincia), che dà vita ad un mero rapporto organico o di servizio a tempo determinato con l'ente suddetto; si che, in definitiva, fintanto che permane il mandato, i segretari sono titolari di un duplice rapporto: di servizio, nei confronti dell'Agenzia, ed organico, nei confronti del Comune (o della Provincia),.

b). anche alla luce delle condivise indicazioni della Corte costituzionale (cfr. sentenza n. 275 del 2001), è stato chiarito (vedi Cass. Sez.un.26 giugno 2003, n. 10207, 28 gennaio 2003 n.1241, 18 febbraio 2002, n. 2418, 14 maggio 2001 n.205) che tale duplicità di aspetti caratterizzanti la figura del segretario non presuppone o comporta una duplicità di

competenze giurisdizionali - rispettivamente, del giudice ordinario o del giudice amministrativo - secondo che si tratti di controversie (del segretario) con} l'Agenzia o con l'ente territoriale; viceversa siffatte controversie, in quanto traenti comunque causa, direttamente o indirettamente, dalla qualità di pubblico dipendente del segretario, devono ritenersi, in ogni caso devolute alla cognizione del giudice cui appartiene la giurisdizione sui rapporti di impiego pubblico c.d. contrattualìzzato (ai quali va ricondotto anche il rapporto di lavoro dei segretari) e, perciò, al giudice designato dalla nuova disciplina contenuta negli artt. 68 del d.lgs. 3 febbraio 1993 n.29 (nel testo risultante dalla modifica allo stesso apportata dall'art. 29 d.lgs. 31 marzo 1998 n.80 e poi dall'art. 63 del d. lgs 31 marzo 2001, n. 165), 45, comma 17, del d. lgs n. 80 de11998 e 69, comma 7, del d. lgs. n.165 del 2001, la quale, com'è noto, ha trasferito la giurisdizione su tali rapporti al giudice ordinario a decorrere dal 30 giugno 1998, mantenendo in vita la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solamente per le controversie su questioni attinenti al periodo anteriore alla data indicata.

c). è stato precisato (vedi Cass. Sez. un. 26 giugno 2003, n. 10207, 7 aprile 2003 n. 3508, 28 gennaio 2003, n.1241, 24 aprile 2002, n. 6041) che la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie ad esso devolute non può trovare deroga in favore di quella amministrativa in ragione all'ampiezza della discrezionalità delle valutazioni spettanti all'amministrazione

datrice di lavoro, ovvero alla loro particolare rilevanza sul piano organizzativo, ove si consideri che proprio al fine di realizzare il risultato che sia un unico giudice (quello ordinano) ad occuparsi dell'intera (e unitaria) controversia che può coinvolgere, insieme, l'atto amministrativo presupposto e l'atto applicativo di organizzazione e gestione dei rapporti di lavoro, il legislatore ha, in qualche modo, privatizzato anche l'organizzazione entro la quale il lavoro è prestato, assegnando al diritto privato e al dominio degli atti negoziali non soltanto le "misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro" ma, significativamente, anche "le determinazioni per l'organizzazione degli uffici" (che, difatti. Sono, non dissimilmente dalle prime, assunte dagli organi preposti "con la capacità ed i poteri propri del datare di lavoro: art. 5. comma 2, del d. lgs. n.165 del 2001 cit.) e quelle aventi ad oggetto "il conferimento degli incarichi e la responsabilità dirigenziale" (art.63, comma 1, dello stesso d. lgs n.165 de12001).

d). se la scelta legislativa non fosse stata quella di "privatizzare" al tempo stesso e i rapporti di lavoro e i provvedimenti, anche di carattere organizzatorio, che su di essi vanno ad incidere, non sarebbero stati concepibili atti di gestione del rapporto di lavoro se non accompagnati, doppiati, da atti amministrativi organizzativi e la controversia di lavoro avrebbe sempre, necessariamente, implicato questioni di legittimità dell'atto amministrativo, rendendo vano l'intento di

parificare i poteri della pubblica amministrazione a quelli di ogni altro datore di lavoro.

Dai richiamati principi consegue, ad avviso delle Sezioni Unite, che, quante volte il “petitum sostanziale” - identificativo della domanda ai fini del riparto di giurisdizione, ai sensi dell'art. 386 c.p.c., e da individuare in funzione, principalmente, della “causa pretendi”, ossia dei fatti allegati e del rapporto giuridico dei quali essi sono manifestazione (vedi, fra tante, Cass. Sez. un. 7 marzo 2003, n. 3508,10 giugno 1998, n.5762, 8 luglio 1998 n.6626) - si possa ricondurre al rapporto di lavoro, tante volte sussiste, alla stregua della esposta disciplina, la giurisdizione del giudice dalla stessa individuato come giudice delle controversie relative a tale rapporto, non rilevando in contrario che la prospettazione della parte si esprima in senso impugnatorio di atti prodromici, come, del resto, è reso evidente dalla circostanza che l'art. 68 del d. lgs. n. 29 del 1993 cit., nel testo sostituito dall' art. 29 del d.lgs. n. 80 del 1998 (ora trasfuso nell'art. 63 del d lgs. 30 marzo 2001 n.165), espressamente prevede che la giurisdizione ordinaria non è impedita dalla eventualità che "vengano in questione atti amministrativi presupposti” .

3. Nel caso concreto, i fatti contestati nella domanda proposta davanti al TAR, consistono nell’avere il Comune di Porto San Giorgio (illegittimamente) dato avvio alla procedura per la nomina del nuovo Segretario comunale, dandone comunicazione all’Agenzia incaricata della tenuta dell'Albo, e

di avere proceduto alla selezione della nomina del nuovo Segretario comunale.

Si tratta, all'evidenza, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, di atti e comportamenti che costituiscono tipica manifestazione di poteri propri del datore di lavoro, che, per il tempo in cui sono stati concretamente esercitati (incontestatamente successivo alla data del 30 giugno 1998), comportano la necessaria attrazione della controversia nella giurisdizione del giudice ordinario, mentre resta irrilevante la circostanza che l'originario ricorrente abbia chiesto (anche) l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

La riconosciuta fondatezza del primo motivo di appello comporta l'annullamento senza rinvio della sentenza appellata e l'inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

L'incertezza giurisprudenziale sull'interpretazione delle norme relative al trasferimento di giurisdizione in materia di pubblico impiego, esistente al tempo di proposizione del ricorso di primo grado, giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. IV), definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe specificati, previa loro riunione, li accoglie e, per l'effetto, annulla senza rinvio la sentenza appellata e dichiara

inammissibile il ricorso di primo grado per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Spese del doppio grado compensate tra le parti.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Amministrazione.

Così deciso in Roma, *13 giugno 2006*, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. IV), riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei signori

Stenio	Riccio	Presidente
Costantino	Salvatore	Consigliere est.
Pier Luigi	Lodi	Consigliere
Vito	Poli	Consigliere
Anna	Leoni	Consigliere

L'ESTENSORE
Costantino Salvatore

IL PRESIDENTE
Stenio Riccio

IL SEGRETARIO
Rosario Giorgio Carnabuci

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
20/09/2006
(art. 55, L. 27.4.1982 n. 186)
Il Dirigente
Dott.Antonio Serrao