

Publicato il 23/08/2016

**N. 03677/2016REG.PROV.COLL.**

**N. 02133/2016 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 2133 del 2016,  
proposto da:

Comune di Palo del Colle, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso  
dall'avvocato Vito Aurelio Pappalepore C.F. PPPVTI62S04A662Y, con domicilio  
eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, n. 104;

***contro***

XXXXXXXXX XXXXXXXXX, rappresentata e difesa dall'avvocato Filippo Panizzolo, con  
domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, n. 30/2016, resa tra le parti,  
concernente l'avviso di mobilità esterna, riservata esclusivamente al personale  
dichiarato in soprannumero degli enti di area vasta, per la copertura di n.1 posto di  
agente di polizia municipale;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della signora XXXXXXXX XXXXXXXX;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 luglio 2016 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Vito Aurelio Pappalepore e Michele Perrone, su delega dell'avvocato Filippo Panizzolo;

Sentite le parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

## FATTO E DIRITTO

1. La signora XXXXXXXX XXXXXXXX, ricordato di aver partecipato al concorso pubblico bandito dal Comune di Palo del Colle in data 16 novembre 2009 per l'assunzione di due agenti di polizia municipale, cat. C1, e di essersi collocata al quinto posto della graduatoria di merito e sottolineato che detta graduatoria conservava la sua validità sino al 31 dicembre 2016, ha chiesto al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia l'annullamento dell'avviso di mobilità esterna pubblicato dallo stesso comune riservata al personale di ruolo dichiarato in soprannumero degli enti di area vasta per la copertura di un posto di agente di polizia municipale, C1, sostenendo che l'amministrazione avrebbe dovuto provvedere allo scorrimento della gradua del concorso di mobilità prima di avviare la procedura di mobilità esterna e rivendicando in definitiva la sussistenza del proprio diritto ad essere assunto.

2. L'adito tribunale, sez. III, con la sentenza segnata in epigrafe, ha accolto in parte il ricorso, dichiarando in particolare, per un verso, l'illegittimità dell'avviso di mobilità stante l'obbligo del Comune di procedere allo scorrimento della graduatoria ancora valida per la copertura del posto di agente della polizia municipale e, per altro verso, il difetto di giurisdizione quanto alla pretesa del

diritto all'assunzione ed al relativo risarcimento del danno.

3. Con atto di appello proposto il 9 marzo 2016 il Comune di Palo del Colle ha dedotto l'erroneità della predetta sentenza, sostenendo innanzitutto che la controversia, investendo la gestione del rapporto di lavoro, apparteneva interamente alla giurisdizione del giudice ordinario e non solamente in parte, come statuito dai primi giudici; in via subordinata ha poi sostenuto che per effetto del vigente quadro normativo – L. 190 del 2014, comma 424 (secondo cui le regioni e gli enti locali per gli anni 2015 e 2016 possono procedere ad assunzioni solamente dei vincitori di concorso e non anche degli idonei, mentre il rimanente *turn over* deve essere destinato alla ricollocazione del personale in soprannumero delle province destinatario dei processi di mobilità, intesa questa ultima come cessione di contratto e non come assunzione, ciò in ragione della cosiddetta neutralità finanziaria per il pubblico erario) – correttamente si era avviata la procedura di mobilità esterna per la copertura del posto vacante di agente di polizia municipale invece che procedere allo scorrimento della graduatoria del precedente concorso.

4. Costituendosi in giudizio la signora XXXXXXXX XXXXXXXX ha contestato le tesi dell'appellante, chiedendo il rigetto del gravame.

5. Il primo motivo di appello è infondato.

5.1. La Sezione ha avuto modo di pronunciarsi recentemente su identica questione con la sentenza n. 2929 del 28 giugno 2016, puntualizzando in punto giurisdizione che l'istituto del cosiddetto "scorrimento della graduatoria" presuppone necessariamente una decisione dell'amministrazione di coprire il posto; quindi l'obbligo di servirsi della graduatoria entro il termine di efficacia della stessa preclude all'amministrazione di bandire una nuova procedura concorsuale ove decida di reclutare personale, ma non la obbliga *tout court* all'assunzione dei candidati non vincitori in relazione a posti che si rendano vacanti e che l'amministrazione stessa non intenda coprire, restando inoltre escluso che la

volontà dell'amministrazione di coprire il posto possa desumersi da un nuovo bando concorsuale, poi annullato, ovvero da assunzioni di personale a termine (v. Cass., SS.UU., 12 novembre 2012, n. 19595).

In definitiva, allorquando la controversia ha per oggetto il controllo giudiziale sulla legittimità della scelta discrezionale operata dall'amministrazione, la situazione giuridica dedotta in giudizio appartiene alla categoria degli interessi legittimi, la cui tutela è demandata al giudice cui spetta il controllo del potere amministrativo ai sensi dell'art. 103 Cost., poiché in tale ipotesi, la controversia non riguarda il "diritto all'assunzione".

5.2. Correttamente i primi giudici hanno pertanto correttamente declinato la giurisdizione quanto alla richiesta di scorrimento della graduatoria ai fini dell'assunzione ed altrettanto correttamente hanno ritenuto la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione alla controversia concernente la legittimità degli atti di natura organizzatoria con cui è stato individuato il posto vacante di agente di polizia municipale ed è stato disposto di coprirlo mediante la procedura di mobilità esterna.

6. E' invece fondato il secondo motivo di gravame.

6.1. Invero la fondamentale esigenza di contenimento della spesa pubblica osta a che possa ritenersi superato il primato dell'art. 30, comma 1, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, il quale recita: *“Le amministrazioni possono ricoprire posti vacanti in organico mediante passaggio diretto di dipendenti di cui all'articolo 2, comma 2, appartenenti a una qualifica corrispondente in servizio presso altre amministrazioni, che facciano domanda di trasferimento, previo assenso dell'amministrazione di appartenenza (...)”*.

Tale modalità di assunzione del personale costituisce una ipotesi normale di reclutamento dei pubblici dipendenti, come precisato dalla Corte costituzionale con la sentenza 30 luglio 2012, n. 211 che, in occasione dello scrutinio di legittimità dell'art. 13 della legge della Regione Basilicata 4 agosto 2011, n. 17, ha ritenuto che

la predetta disciplina regionale prescriveva correttamente il ricorso obbligatorio alle procedure di mobilità dell'art. 30, comma 1, del d. lgs. n. 165 del 2001, prima di procedere all'utilizzazione delle graduatorie degli altri concorsi precedentemente espletati, oppure, in mancanza, di indirne di nuovi.

6.2. In realtà l'esistenza di una graduatoria ancora valida limita quando non esclude l'indizione di un nuovo concorso, nondimeno non incide sulla potestà di avviare una procedura di mobilità: la mobilità è infatti alternativa all'assunzione di personale nuovo rispetto al concorso o allo scorrimento delle relative graduatorie; con la mobilità il personale non viene assunto, ma solamente trasferito con il consenso della amministrazione di appartenenza, che esercita una valutazione circa la necessità di mantenere presso di sé determinati soggetti. Del resto, le leggi che hanno bloccato le nuove assunzioni fin dagli anni '90, non hanno impedito le procedure di mobilità (cfr. per tutto Cons. Stato, Ad. plen., 28 luglio 2011, n. 14);

7. Alla stregua delle predette osservazioni l'appello deve essere in parte accolto e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza, ferma restando la declaratoria di difetto di giurisdizione quanto alla domanda di assunzione per scorrimento della graduatoria, deve essere respinto il ricorso per la parte concernente l'impugnazione dell'avviso di mobilità.

La peculiarità delle questioni trattate e la non univocità in materia della stessa giurisprudenza giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe lo accoglie in parte, nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto in riforma della sentenza impugnata, ferma restando la declinatoria di difetto di giurisdizione quanto alla richiesta di assunzione per scorrimento della graduatoria, respinge per il resto il ricorso di primo grado.

Dichiara compensate tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

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

**IL PRESIDENTE**  
**Carlo Saltelli**

IL SEGRETARIO