

N. 03895/2011 REG.PROV.COLL.
N. 07060/2010 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7060 del 2010 proposto dall'Avv. Anna Izzo quale difensore di se medesima ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. Silvano Tozzi in Napoli, Via Toledo n.323;

contro

Comune di Vitulazio in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Ciro Centore ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Napoli, Via C. Rosaroll n.70;

nei confronti di

Pennacchio Manuela, non costituita in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Bovenzi Angela, rappresentata e difesa dall'Avv. Luigi Adinolfi ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. Stefano Sorgente in Napoli, Via Po n.1;

Sorreca Salvatore, rappresentato e difeso dall'Avv. Pasquale Marotta ed elettivamente domiciliato presso la Segreteria del TAR di Napoli;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della Determina n.115 del 10/8/2010 di indizione del concorso per istruttore amministrativo – cat.C1; del bando di concorso; della Delibera di Giunta n.87 del 7/10/2010; di tutti gli atti presupposti, nonché per il risarcimento dei danni.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista la memoria di costituzione del Comune di Vitulazio;

Vista la documentazione depositata dal Comune;

Visto l'intervento ad opponendum di Bovenzi Angela;

Visti i motivi aggiunti avverso la Deliberazione di Giunta n.116 del 27/12/2010 di assunzione dei vincitori, la Determinazione n.209 del 24/11/2010 di approvazione della graduatoria finale ed il contratto di assunzione della Sig.ra Pennacchio;

Visto l'intervento ad opponendum di Sorreca Salvatore;

Vista la memoria del Comune;

Vista la memoria di parte ricorrente;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore il Consigliere Gabriele Nunziata alla pubblica

udienza del 30 giugno, ed ivi uditi gli Avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Espone in fatto parte ricorrente di aver presentato in data 30/9/2010 domanda n.12742 di partecipazione al concorso pubblico per 1 posto di Istruttore Amministrativo Servizi Demografici – cat.C1, ricevendo l'avviso che la prova preselettiva avrebbe avuto luogo il 12/10/2010 cui effettivamente la ricorrente partecipava; in data 13/10/2010 riceveva l'avviso del superamento della prova preselettiva e dell'ammissione alla prova scritta del 27/10/2010. In data 4/11/2010 veniva poi pubblicato l'elenco dei candidati ammessi alla prova orale con esclusione della ricorrente da parte di una Commissione il cui Presidente è un Consigliere comunale del Comune di S. Maria Capua Vetere ed il Segretario inizialmente era un impiegato di categoria inferiore a quella messa a concorso, poi è stato individuato in un rappresentante sindacale.

Il Comune si è costituito per sostenere che, dopo la stipula del contratto di lavoro, la giurisdizione sarebbe del giudice ordinario, e comunque l'infondatezza del ricorso anche per la sua genericità.

Con atti di intervento ad opponendum la Sig.ra Bovenzi Angela si è costituita per opporsi alla richiesta di annullamento di tutta la procedura concorsuale quale proposta con il presente gravame, in quanto titolare di interesse all'esclusione della Sig.ra Pennacchio come richiesta con separato gravame, così come il Sig. Sorreca

Salvatore si è costituito per sostenere l'inammissibilità e l'improcedibilità, oltre che l'infondatezza, del ricorso principale in quanto posizionato al terzo posto in graduatoria e ricorrente di un separato gravame nel quale ha rivendicato un maggiore punteggio.

Alla pubblica udienza del 30 giugno 2011 la causa è stata chiamata e trattenuta per la decisione come da verbale.

DIRITTO

1. Con il ricorso in esame parte ricorrente, dopo aver dedotto circa la propria legittimazione, lamenta la violazione degli artt.3, 51, 97 e 98 Cost., dell'art.113 del Regolamento degli Uffici e dei Servizi di cui alla Deliberazione di Giunta n.57 del 24/4/2002, degli artt.109 e 107 del Decr. Lgs. n.267/2000, dell'art.35 del Decr. Lgs. n.165/2001, dell'art.9 del DPR n.487/1994 e degli artt.6 e 12 del bando di concorso.

2. In via preliminare, con riguardo all'eccezione di difetto di giurisdizione di questo giudice a seguito della stipula del contratto di lavoro, il Tribunale ritiene di ribadire che, ai sensi dell'art. 68 del D. l.vo n. 29/93 (come sostituito dall'art. 29 del D. l.vo n. 80/98), "sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze con le pubbliche amministrazioni, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti" (co. 1°). "Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle

pubbliche amministrazioni, ..." (co. 4°). Tutto ciò che è "a monte" del rapporto e del contratto di lavoro (e quindi la procedura concorsuale finalizzata all'assunzione) appartiene dunque alla giurisdizione del giudice amministrativo, dal momento che il Legislatore (coerentemente alle analoghe previsioni di giurisdizione per "blocchi di materia" operate dalle coeve disposizioni degli artt. 33, 34 e 35 del D. l.vo n. 80/98) ha inteso evidenziare la distinzione tra aspetto organizzativo (caratterizzato dall'esplicazione di poteri autoritativi della Pubblica Amministrazione, a fronte dei quali sono configurabili posizioni d'interesse legittimo) ed aspetto gestionale del rapporto di lavoro (in cui la relazione intercorrente tra le parti è d'assoluta, reciproca, parità e non sono quindi configurabili che posizioni di diritto/dovere).

2.1 Nella specie ciò che viene censurato attiene proprio all'attività amministrativa finalizzata all'instaurazione del rapporto di lavoro, non dunque all'aspetto gestionale di tale rapporto come viceversa avviene allorchè la posizione soggettiva del ricorrente è in concreto lesa, ad esempio, dalla rescissione del contratto di lavoro, per cui va affermata la giurisdizione del giudice amministrativo.

3. Nel merito, premesso che i vizi di nomina della Commissione possono farsi valere al momento dell'impugnazione dei risultati della procedura concorsuale, mentre il provvedimento di nomina dei componenti di una Commissione giudicatrice può essere impugnato dal partecipante alla selezione che si ritenga lesa solo nel momento

in cui, con l'approvazione delle operazioni concorsuali, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato (T.A.R. Lazio, Roma, III, 19.1.2009, n.277), la Sezione ritiene che il ricorso sia fondato, con assorbimento delle ulteriori censure non oggetto di espressa trattazione, quanto al motivo relativo alla violazione dell'art.35 del D. Lgs. n.165/2001, ciò per ragioni analoghe in ordine alla nomina tanto del Presidente quanto del Segretario della Commissione.

3.1 A nulla rilevando sul punto le argomentazioni spiegate dalla difesa del Comune anche con riguardo agli impedimenti che avrebbero interessato altri soggetti, il Collegio condivide la giurisprudenza prevalente (cfr. Cons. Stato, VI, 1.6.2010, n.3461) allorchè ha evidenziato che l'interpretazione della normativa sulla composizione delle commissioni esaminatrici dei concorsi pubblici, più volte richiamata per la soluzione della controversia in esame, comporta l'applicazione dei due principi rispettivamente dell'imparzialità dell'azione amministrativa e della possibilità di accesso per tutti i cittadini agli uffici pubblici; perché il primo principio sia garantito senza sacrificio ingiustificato del secondo, la giurisprudenza ha sottolineato la necessità di criteri puntuali nell'applicazione dei divieti di partecipazione alle commissioni (Cons. Stato, V, 27.7.2002, n. 4056) occorrendo comunque un "qualche elemento di possibile incidenza fra l'attività esercitabile da colui che

ricopre cariche politiche, sindacali o professionali e l'attività dell'ente che indice il concorso" (Cons. Stato, V, 21.10.2003, n. 6526). Di conseguenza un componente della commissione nominato in ragione della sua competenza ed esperienza deve nondimeno dimettersi se acquisisca successivamente una delle posizioni vietate, ma la sussistenza di una tale posizione deve risultare certa alla luce della tipologia e della ratio dei divieti.

3.2 In questo quadro la Sezione ritiene, quanto al caso in esame, che la questione preliminare da dirimere non è quella se il divieto di partecipazione alle commissioni di concorso per i titolari di cariche politiche ed i rappresentanti o designati delle organizzazioni sindacali sussista anche quando gli interessati rivestano tali posizioni in organi di un'amministrazione diversa da quella di cui si tratta – il che non appare dubitabile, ma come si debba interpretare l'espressione della norma per cui devono essere esclusi i soggetti "designati" dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali; infatti la precisazione di quali siano le posizioni costitutive del divieto è pregiudiziale rispetto alla individuazione di quale sia l'organo (se interno o esterno all'amministrazione de qua) in cui la posizione acquista rilevanza.

In altre parole, la Sezione ritiene che secondo la ratio della normativa l'impedimento ad essere componente di commissioni concorsuali si produce non quando la posizione vietata sia potenzialmente conseguibile, per effetto della sola designazione a poterla rivestire, ma quando essa è in atto, cioè formalmente assunta; trattasi di

interpretazione che si basa anzitutto sulla lettera della normativa, i cui divieti, in quanto previsti per i membri dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, i titolari di cariche politiche ed i rappresentanti di organizzazioni sindacali, sono tutti identificati dalla piena attribuzione delle relative funzioni, risultando incongruo in questo contesto che con l'ulteriore espressione di "designati" si indichi come sufficiente, invece, una posizione eventuale, non ancora dotata dell'effettività delle funzioni. Peraltro tale impostazione è confortata anche sul piano sostanziale, poiché soltanto con tale effettività diviene possibile l'incidenza sull'attività concorsuale delle funzioni rivestite, essendo la volontà o l'effetto di condizionamento assistiti dalla concretezza dei poteri azionabili;

se invece si dovesse affermare che l'impedimento si produce per effetto della sola designazione, l'applicazione della normativa verrebbe anticipata ad una fase in cui non si sono ancora realizzate le condizioni concrete del rischio che si vuole evitare, provocando così una ingiustificata limitazione della capacità di accesso agli uffici pubblici. Da ciò consegue che, nella normativa, l'espressione di "designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali" deve intendersi riferita a soggetti "nominati previa designazione" di tali enti, distinti dai "rappresentanti sindacali", pure previsti nella stessa normativa, da individuare nei soggetti direttamente investiti del potere di rappresentanza delle organizzazioni sindacali per lo svolgimento della relativa attività istituzionale.

3.3 L'annullamento dell'intera procedura concorsuale per come attività di una commissione il cui Presidente era un Consigliere comunale del Comune di S. Maria Capua Vetere ed il Segretario era stato individuato in un rappresentante sindacale scaturisce dalla palese violazione della disposizione in esame, laddove essa ha previsto che le commissioni di concorso devono essere composte esclusivamente da esperti di comprovata competenza scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali. Si è chiarito che la norma ha l'evidente scopo di evitare qualsiasi ingerenza politica o sindacale nelle procedure riguardanti i pubblici concorsi, per cui non appare logico limitare l'applicazione della norma all'interno della stessa amministrazione che ha bandito il concorso pubblico, nel senso di ritenerla applicabile solo se la designazione avvenga a rappresentare il sindacato in organismi interni alla stessa amministrazione. Infatti è l' "appartenenza" in generale ad una forza politica o ad una organizzazione sindacale che rende indebitamente influenzabile da fattori esterni, identificati dal Legislatore, quel determinato soggetto, a prescindere dalla circostanza che la designazione sia avvenuta all'interno della stessa amministrazione che ha bandito il concorso (TAR Sardegna,

15.10.2002, n.1367).

D'altra parte l'incompatibilità scatta al momento della designazione, ove ovviamente conosciuta ed accettata dall'interessato, in quanto è questo il momento che qualifica e configura il legame tra organizzazione sindacale e soggetto, essendo irrilevante ai fini che qui ci occupano il provvedimento successivo di nomina: si verifica quindi in tale momento l'obbligo e non la mera facoltà per l'amministrazione, alla quale il soggetto deve comunicare la situazione di incompatibilità, di sostituire il componente incompatibile (Cons. Stato, V, 25.2.2004, n.764).

3.4 L'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento dell'intera procedura e degli atti consequenziali non rende meritevole di positiva valutazione la richiesta di risarcimento dei danni, peraltro formulata in maniera del tutto generica.

4. Per tali motivi il ricorso in epigrafe va accolto.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, come proposto anche attraverso motivi aggiunti, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti oggetto di impugnazione anche con motivi aggiunti.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

La sentenza è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Napoli nella Camera di Consiglio del giorno 30 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Fiorentino, Presidente

Vincenzo Cernese, Consigliere

Gabriele Nunziata, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/07/2011

IL SEGRETARIO

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