

Pubblicato il 04/05/2020

N. 00197/2020 REG.PROV.CAU.

N. 00107/2020 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 107 del 2020, proposto da

COMUNE DI ORTUERI, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Eulo Cotza, Paolo Cotza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Eulo Cotza in Cagliari, piazza Michelangelo N°14;

contro

COMUNE DI DONORI, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Avino Murgia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Ariosto 11;

nei confronti

Laura CARTA, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Casula, Anna Lisa Carta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

ove occorra e nella misura in cui risultassero lesivi della sfera dell'Autorità ricorrente, ossia nella parte e misura in cui, ai fini dell'ammissione e/o dell'assunzione derivante dalla partecipazione alla selezione comunale, NON PREVEDONO L'ASSENSO O, in via subordinata, IL TEMPESTIVO

COINVOLGIMENTO DELL'ENTE DI APPARTENENZA ORIGINARIA DELLA PROFESSIONALITÀ DA ACQUISIRE Comune di ORTUERI):

- della delibera del Consiglio Comunale di DONORI 20 marzo 2019 n. 9 (e della relativa nota di aggiornamento al Documento Unico di Programmazione) approvante il piano triennale dei fabbisogni di personale per il periodo 2019-2021, nonché il piano occupazionale per l'anno 2019, nel quale veniva prevista la copertura di un posto di *"Istruttore direttivo tecnico, Cat. D1, a tempo pieno e determinato, per il Servizio Tecnico, MEDIANTE INCARICO A CONTRATTO ai sensi dell'art. 110, co. 1, del D.Lgs. 267/2000 in sostituzione della dipendente a tempo determinato del Comune di Donori, Ing. ..., Responsabile dell'Area Tecnica, collocata in comando ai sensi dell'art. 56 del D.P.R. 3/1957, presso ..."*;

- della determinazione del Responsabile dell'Area Amministrativa del Comune di Donori 23 ottobre 2019 n. 249 (indicente ed approvante L'AVVISO PUBBLICO DI SELEZIONE per la copertura del profilo professionale di cui trattasi); della determinazione del medesimo Responsabile municipale 18 novembre 2019 n. 278 ("nomina della Commissione esaminatrice");

**relativamente alla posizione dell'Ing. Laura Carta:*

-del (non meglio conosciuto) verbale 20 novembre 2019 della Commissione esaminatrice della procedura selettiva in discorso, riportante esame *curricula*, accertamento esperienza, professionalità, attitudine e valutazione del colloquio dei cinque candidati ammessi alla selezione;

- della nota 25 novembre 2019 prot. 7549, trasmessa dall'indicata commissione al Sindaco, circa l'idoneità dei citati cinque candidati e sintetica valutazione di ciascuno di essi; dell'esito dei pertinenti COLLOQUI 27 NOVEMBRE 2019 DEL SINDACO DI DONORI con detti candidati;

- della scelta del Sindaco del Comune di Donori di reputare, anche *"sulla base dell'istruttoria della commissione giudicatrice, che l'Ing. Laura Carta sia la candidata idonea a ricoprire l'incarico di Istruttore Direttivo Tecnico, Cat. D1, ai sensi dell'art. 110, comma 1, del D.Lgs. n. 267/2000"*;

- dello Statuto Comunale di Donori e del correlato Regolamento municipale sull'ordinamento degli uffici e dei servizi;

- (conseguentemente) del DECRETO DEL SINDACO DEL COMUNE DI DONORI 27 novembre 2019 n. 6, avente ad oggetto *"conferimento incarico Istruttore Direttivo, Categoria Giuridica D, Posizione Economica D1; Area tecnica, ex art. 110, comma 1, D.Lgs. 267/2000"*, mediante il quale (con decorrenza dal 1 dicembre 2019) all'Ing. Laura Carta (sino al 30 novembre 2019 in servizio presso l'Ente locale ora ricorrente) È STATO CONFERITO *"l'incarico di Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Donori per n. 36 ore settimanali, full time, procedendosi alla stipulazione dell'apposito contratto"*;

- di ogni ulteriore atto del Comune di Donori, comunque connesso e/o coordinato, anteriore e/o conseguente (ivi comprese, ove occorra, le, non meglio conosciute, delibere della G.M. 20 febbraio 2019 n. 14, G.M. 9 ottobre 2019 n. 67; C.C. 20 marzo 2019 n. 10).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Donori e di Laura Carta, che hanno anche eccepito il difetto di giurisdizione;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2020 la dott.ssa Grazia Flaim;

Il provvedimento impugnato attua la nomina di Responsabile dell' Area Tecnica, da parte del Comune di Donori, della controinteressata ing. Carta (Responsabile dell'Ufficio Tecnico del Comune di Ortueri); con richiesta di annullamento estesa a tutti gli atti presupposti (dall'Avviso di selezione in poi).

Il procedimento è applicativo dello specifico regime normativo dettato dall'art. 110, commi 1° e 5°, del TU enti locali 267/2000 che:

- consente l'assunzione dirigenziale a termine da parte di Comuni per *“la copertura dei posti di responsabili dei servizi o degli uffici, di qualifiche dirigenziali o di alta specializzazione”*;
- stabilisce che *“gli incarichi a contratto di cui al presente comma sono conferiti previa selezione pubblica volta ad accertare, in capo ai soggetti interessati, il possesso di comprovata esperienza pluriennale e specifica professionalità nelle materie oggetto dell'incarico”* (comma 1°).

Inoltre la norma speciale, al comma 5°, stabilisce, quale “effetto” automatico *ex lege* la *“collocazione in aspettativa”* del dipendente-dirigente presso l'Amministrazione d'appartenenza: *“per il periodo di durata degli incarichi di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo nonché dell'incarico di cui all'articolo 108, i dipendenti delle pubbliche amministrazioni SONO COLLOCATI IN ASPETTATIVA senza assegni, con riconoscimento dell'anzianità di servizio”*.

La versione della disposizione anteriore alla modifica introdotta con il DL 90/2014 prevedeva, invece, che *“il rapporto di impiego del dipendente di una pubblica amministrazione È RISOLTO DI DIRITTO con effetto dalla data di decorrenza del contratto stipulato con l'ente locale ai sensi del comma 2. L'amministrazione di provenienza dispone, subordinatamente alla vacanza del posto in organico o dalla data in cui la vacanza si verifica, la riassunzione del dipendente qualora lo stesso*

ne faccia richiesta entro i 30 giorni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro a tempo determinato o alla data di disponibilità del posto in organico.”

Il legislatore, nella costruzione attuale ha voluto, sostanzialmente, “mantenere” il rapporto di lavoro con il Comune “di origine”, prevedendo l’operatività dell’istituto della sospensione del vincolo (con l’aspettativa, in luogo della cessazione).

Non è stato contemplato dal TU Enti locali 267/2000 il previo coinvolgimento del Comune cedente (sotto forma di acquisizione preventiva di autorizzazione/nulla osta del datore di lavoro), il quale in tal modo viene, essenzialmente, a subire la perdita temporanea del dipendente (pari alla durata del nuovo incarico presso altro Comune).

Diversamente dalla disciplina ritagliata da altra norma (contemplata dall’art. 53 del TU 165/2000, Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, in particolare commi 2, 4, 5, 7, 8 e 10) attinente a differenti ipotesi di <affidamento di incarichi> in regime di “permanenza” del rapporto di lavoro principale (che rimane operativo ed efficace).

In quest’ultimo caso spetta all’Amministrazione la possibilità di valutare la compatibilità del “cumulo” delle attività (“tali da escludere casi di incompatibilità, sia di diritto che di fatto, nell’interesse del buon andamento della pubblica amministrazione o situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi, che pregiudichino l’esercizio imparziale delle funzioni attribuite al dipendente” comma 5°), con conseguente necessità di <previa valutazione positiva> da parte della PA.

Il TU 165/2000 stabilisce, all’art. 53, che:

“I dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall’amministrazione di appartenenza. Ai fini dell’autorizzazione, l’amministrazione verifica l’insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi”, comma 7°;

“ Le pubbliche amministrazioni non possono conferire incarichi retribuiti a dipendenti di altre amministrazioni pubbliche senza la previa autorizzazione dell’amministrazione di appartenenza dei dipendenti stessi”, comma 8°;

“L’autorizzazione, di cui ai commi precedenti, deve essere richiesta all’amministrazione di appartenenza del dipendente dai soggetti pubblici o privati, che intendono conferire l’incarico; può, altresì, essere richiesta dal dipendente interessato. L’amministrazione di appartenenza deve pronunciarsi sulla richiesta di autorizzazione entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta stessa..... Decorso il termine per provvedere, l’autorizzazione, se richiesta per incarichi da conferirsi da amministrazioni pubbliche, si intende accordata; in ogni altro caso, si intende definitivamente negata”, comma 10°.

Tale normativa speciale (richiesta di nulla osta) si riferisce ad incarichi istituiti “in concorrenza” con la permanenza ed operatività del rapporto di lavoro principale.

Trattasi dunque di fattispecie ben diverse rispetto alla scarna previsione, dell’art. 110 TU 267/2000, che dispone l’effetto automatico di aspettativa, con sospensione del rapporto, a seguito dell’accettazione (non di un incarico concorrente, ma) di un nuovo incarico integralmente (provvisoriamente) sostitutivo.

Esaminato il composito quadro di riferimento normativo la fattispecie oggetto di causa deve essere analizzata, prioritariamente, sotto il profilo dell’ambito della giurisdizione.

In particolare:

*la peculiare normativa sottesa al conferimento del contestato incarico, compiuto dal Comune di Donori in favore della controinteressata (dipendente del Comune di Ortueri) , prevede che con la nuova nomina si verifica un “effetto legale” (art. 110 comma 5° del TU 267/2000), sotto forma di automatica aspettativa presso l’ente di appartenenza (Comune di Ortueri); diversamente la precedente versione normativa, ante modifica del DL 90/2014, concepiva un più radicale effetto, quello della “cessazione del rapporto di lavoro” presso l’Amministrazione d’origine;

*in tale specifica fattispecie (disciplinata dal 1° comma dell’art. 110 TU 267/2000) non sussisteva la necessità di previa acquisizione di autorizzazione da parte dell’ente, che risulta “costretto” a cedere il dipendente (non essendo previsto dalla norma l’esplicazione del potere/dovere di espressione del consenso –né quale fase vincolante, né meramente obbligatoria-);

*il legame “tristutturato” che si viene a creare, con mantenimento del rapporto di origine (sebbene paralizzato nelle rispettive obbligazioni delle parti), è qualificabile come atto di “*gestione del rapporto*”, ancorchè effettuato ad opera di un soggetto pubblico terzo-esterno (il Comune che ha compiuto la selezione e disposto la nomina);

*il mutamento dell’ente comunale in favore del quale verranno svolte le prestazioni da parte dello stesso dipendente (Responsabile dell’Ufficio Tecnico) determina un intervento di modifica nella posizione del soggetto datore di lavoro, con mantenimento del precedente rapporto;

*l’attuazione di tale procedura è stata concepita, al comma 1° dell’art. 110 TU 267/2000), sotto forma di “*pubblica selezione*”, ma tale ricerca (non concorsuale) mira ad accertare (solo) il “*possesso di comprovata esperienza pluriennale e specifica professionalità nelle materie oggetto dell’incarico*”, in capo ai soggetti interessati;

*l’ espletamento del procedimento concretizza, dunque, l’ analisi/verifica di mera “*idoneità*” del soggetto da individuare, senza che la selezione assuma caratterizzazioni propriamente “*concorsuali comparative*”;

*nel caso di specie la Commissione nominata dal Comune di Donori ha riconosciuto l' idoneità dei 5 partecipanti la selezione e ha, poi, scelto, tramite colloquio con il Sindaco, la controinteressata come soggetto più appropriato per lo svolgimento dell'incarico;

* rispetto a tale procedura la giurisprudenza è pacifica nel riconoscere la giurisdizione del giudice ordinario e non del g.a. (cfr. tra le recenti Cassazione civile Sez. Un. 4/9/2018, n. 21600; Consiglio di Stato sez. V, 03/05/2019 n. 2867);

In considerazione dell'insieme di tali elementi e principi questo Collegio ritiene di dover declinare la propria giurisdizione.

Le dinamiche contestate, attinenti, principalmente, l'omesso coinvolgimento preventivo del Comune di Ortueri nell'affidamento dell'incarico da parte del Comune di Donori vanno ricondotte, tutte, nell'ambito della gestione trilaterale del rapporto di lavoro.

La controversia si è sviluppata fra Comune cedente (sostanzialmente "costretto" a perdere provvisoriamente il proprio Responsabile dell'Ufficio tecnico) ed il Comune di destinazione, il quale, con la conclusione della peculiare procedura, ha potuto acquisire il dipendente per l'instaurazione del nuovo rapporto.

Le posizioni attengono alla sfera di giurisdizione del giudice ordinario, il quale è titolare di spazio di analisi anche in riferimento ai doverosi principi di "*correttezza e buona fede*" (art. 1175 e 1375 c.c.) nella gestione degli incarichi e dei rapporti di lavoro.

Infatti, i principi di imparzialità e buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., debbono sussistere sia nei rapporti fra datore di lavoro e funzionario dipendente, sia in quelli che si sviluppano (come in questo caso) fra le diverse Amministrazioni comunali coinvolte.

Nell'ambito di quella giurisdizione ordinaria sono individuabili (e tutelabili) gli istituti definiti di "*interessi legittimi di diritto privato*", che il giudice del lavoro ben può valutare in modo esteso, con possibile considerazione e analisi, anche, sotto il profilo delle modalità della scelta attuata e della "tempistica" (compreso il sostanziale rispetto di un congruo preavviso).

Sul punto risulta che il decreto del Sindaco di Donori è del 27.11.2019 con avvenuta assunzione a decorrere dall' 1.12.2019 (cfr. nota del 28.11.2019 di comunicazione della controinteressata al Sindaco di Ortueri), con sospensione quasi immediata del rapporto (a distanza di 2 gg.), a seguito dell'avvenuto completamento della procedura selettiva pubblica (non concorsuale, con riconoscimento dell' idoneità da parte di una Commissione e successiva scelta fiduciaria del Sindaco, a seguito di colloquio).

Sia la Corte di Cassazione (cfr. n. 26694 del 10 novembre 2017) che la Corte costituzionale (23 luglio 2015 n. 178) nella "maturazione" dello sviluppo giurisprudenziale (dopo la privatizzazione) si sono espresse qualificando la selezione/nomina dei Dirigenti come atto "*negoziale*" ma "*non*

libero”, in quanto, pur trattandosi di atto di natura privatistica , il provvedimento risulta pur sempre sorretto da finalità di interesse pubblico.

Riconoscendo che <malgrado la progressiva assimilazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni con quello alle dipendenze dei datori di lavoro privati, *sussistono ancora differenze sostanziali che rendono le due situazioni non omogenee*, quali il “perseguimento degli interessi generali” , il “rispetto dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento cui è estranea ogni logica speculativa” , l’“interesse pubblico di cui all’art. 97 Cost”> (C. Cost. 23 luglio 2015, n. 178).

In definitiva, considerata la caratterizzazione della normativa speciale che non prevede la previa acquisizione dell’autorizzazione per la stipula di contratto di lavoro da parte di altra Amministrazione e non ravvisando, in questa sede cautelare, nemmeno una problematica di ordine costituzionale in ordine a tale “omissione”, la controversia appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, ex art. 63 TU 165/2000, coinvolgendo atti di modifica del rapporto di lavoro .

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda), dichiara inammissibile la domanda cautelare per carenza di giurisdizione.

Compensa le spese della presente fase.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2020 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Scano, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE

Grazia Flaim

IL PRESIDENTE

Francesco Scano

IL SEGRETARIO