

Pubblicato il 14/04/2022

N. 02833/2022REG.PROV.COLL.  
N. 09253/2021 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9253 del 2021, proposto da Ivana Rossi, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Iacovino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Regione Molise, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Regione Molise-Dipartimento III Regione Molise – Servizio Risorse Umane, non costituito in giudizio;

*nei confronti*

Nicola Giovanni Montagano, non costituito in giudizio;

*per l'annullamento*

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima) n. 00309/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Molise;  
Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;  
Visti tutti gli atti della causa;  
visti gli artt. 105, co. 2 e 87, co. 3, cod. proc. amm.;  
Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 marzo 2022 il Cons.  
Annamaria Fasano e uditi per le parti gli avvocati, come da verbale;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1.Ivana Rossi, in servizio a tempo indeterminato con qualifica C-C1 presso il Comune di Torella del Sannio dal 1 settembre 2020, presentava domanda per l'avviso pubblico “MOBCOMP\_2021\_C\_AC” per n.1 unità di personale categoria “C” profilo professionale “amministrativo contabile”, emesso ai sensi dell’art. 30 del d.lgs. 165/2001.

In data 30 aprile 2021, con Determinazione del Direttore del III Dipartimento n. 46, veniva nominata la Commissione esaminatrice e, con verbale n. 1 del 4 maggio 2021, venivano definiti e specificati i sub-criteri per l’attribuzione del punteggio.

La Commissione esaminatrice, con verbale n. 2 del 13 maggio 2021, attribuiva i punteggi ai singoli partecipanti al fine di definire chi tra di loro, ai sensi dell’art. 13, comma 5, del bando, fosse idoneo a raggiungere il punteggio di 18 punti per essere ammesso alla prova del colloquio orale.

Con Determinazione n. 54 del 26 maggio 2021 del Direttore del III Dipartimento, veniva comunicato ad Ivana Rossi la non ammissione al colloquio, avendo riportato il punteggio di 6,93 punti a fronte dei 18 richiesti. A seguito dell’esplicitamento del colloquio, con Determinazione del Direttore del III Dipartimento n. 64 del 16 giugno 2021, veniva approvata la graduatoria definitiva della procedura di mobilità.

2. Ivana Rossi, previa presentazione dell’istanza istruttoria di accesso alle domande di partecipazione ed ai *curricula* degli altri candidati, proponeva

ricorso dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise impugnando, *inter alia*, la sua mancata ammissione alla fase orale e la graduatoria definitiva, e chiedendo la revisione e/o rinnovazione dell'intero procedimento amministrativo relativo alla suddetta procedura di mobilità.

2.1. Si costituiva in giudizio la Regione Molise che, preliminarmente, rilevava il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e, nel merito, la legittimità dell'operato della Commissione nell'ambito della procedura di mobilità relativa all'avviso pubblico “MOBCOMP\_2021\_C\_AC”.

3. Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise, con sentenza n. 309/2021, dichiarava inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, ritenendo la suddetta declaratoria estesa anche all'istanza istruttoria di accesso ai *curricula* degli altri candidati, essendo la richiesta, presentata ai sensi dell'art. 65 cod.proc.amm., meramente strumentale all'accoglimento della domanda su cui era stata declinata la giurisdizione.

4. Ivana Rossi ha impugnato la declinatoria di giurisdizione. Di essa contesta il fondamento, lamentando *error in judicando*, in ragione della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo. L'appellante illustra un unico articolato motivo, con il quale denuncia *violazione e/o falsa applicazione dell'art. 133 c.p.a.*, e *violazione e falsa applicazione dell'art. 63 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165*.

Lamenta che l'adito Tribunale avrebbe erroneamente declinato la giurisdizione, in quanto con il ricorso introttivo non si è posto in discussione la natura della procedura qualificabile quale “mobilità esterna”, ma, ai fini della giurisdizione, sarebbe dirimente lo svolgimento delle modalità con cui è stata articolata la prova di mobilità, presentando in concreto i caratteri tipici di una procedura concorsuale. L'esponente riferisce che il bando ha previsto i criteri di valutazione dei titoli di carriera e di formazione professionale, per poi disciplinare una ulteriore fase, quella del colloquio, anche essa attributiva di punteggio ai fini della predisposizione della graduatoria definitiva.

A sostegno dell'assunto, richiama l'indirizzo della giurisprudenza di legittimità e amministrativa che, in tema di mobilità esterna, ha ritenuto la giurisdizione del giudice amministrativo quando nel bando sono fissati i criteri di valutazione dei titoli di carriera, di formazione professionale e del colloquio, in tal modo realizzandosi una valutazione comparativa dei candidati, che trasforma la procedura in un concorso pubblico, a cui segue non una semplice novazione soggettiva del rapporto, ma un nuovo contratto di lavoro, con un diverso datore di lavoro.

4.1. La Regione Molise si è costituita in giudizio, allegando documentazione relativa al fascicolo di primo grado.

5. All'udienza del 3 marzo 2022, l'appello è stato trattenuto per la decisione.

6. Le censure proposte non possono essere condivise, in ragione dei principi di seguito enunciati.

6.1. Il Collegio rileva che la procedura oggetto del presente contenzioso prevede una mobilità esterna ai sensi dell'art. 30 d.lgs. n. 165 del 2001, secondo cui *“le amministrazioni possono ricoprire posti vacanti in organico mediante cessione di contratto di lavoro dei dipendenti appartenenti alla stessa qualifica in servizio presso altre amministrazioni”*.

La procedura è stata indetta con avviso pubblico “MOBCOMP\_2021\_C\_AC” per n. 1 unità di personale categoria C profilo professionale “amministrativo contabile”.

L'appellante ha dichiarato di essere in servizio a tempo indeterminato (part-time 18 ore settimanali) con qualifica C-C1 presso il Comune di Torella del Sannio dal 1.9.2020.

L'art. 2 dell'avviso pubblico prevede tra i requisiti di partecipazione al bando che il candidato debba essere inquadrato presso l'Amministrazione di appartenenza nella categoria C, profilo professionale “amministrativo contabile” e/o in un profilo equivalente, compatibile con il profilo professionale per il quale concorre. L'art. 9 del medesimo avviso stabilisce che il trattamento economico spettante al personale assunto a tempo

indeterminato è quello previsto rispettivamente per la categoria C dal Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro del comparto “Regioni Autonomie Locali”, in vigore alla data di sottoscrizione del contratto individuale di lavoro.

6.2. Ciò premesso, con la sentenza in epigrafe il T.A.R. ha declinato la propria giurisdizione in base alle seguenti argomentazioni: a) La selezione oggetto di contestazione non è volta alla costituzione di un nuovo rapporto d'impiego, ma solo alla modificazione soggettiva del relativo datore di lavoro; b) La procedura non comporta nemmeno l'attribuzione di una nuova e superiore qualifica, dovendo il candidato già possedere, quale requisito di ammissione, quello dell'essere dipendente della pubblica amministrazione con profilo di ‘amministrativo contabile’ e/o profilo equivalente, categoria C;

c) Le circostanze addotte dalla ricorrente a sostegno dell'allegata natura concorsuale della selezione – quali l'esistenza di una commissione per l'esame delle domande e la formulazione di una graduatoria – non valgono a modificare la natura della procedura per il passaggio diretto tra amministrazioni.

6.3. Il Collegio rileva che il giudice amministrativo non ha giurisdizione sulla presente controversia, in quanto, nella specie, come correttamente precisato dal giudice di prima istanza, manca una procedura concorsuale finalizzata all'assunzione di un nuovo rapporto di lavoro, come, invece, richiesto dall'art. 63 d.lgs. n. 165 del 2001 ai fini del radicamento della giurisdizione amministrativa.

L'avviso pubblico non prevede, infatti, l'attribuzione di una nuova qualifica al candidato vincitore, che deve, infatti, già possedere, come requisito di ammissione, la categoria C profilo professionale “amministrativo contabile”. Come risulta dal bando, potevano partecipare solo coloro già titolari di un rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione ed in possesso della qualifica categoria C o qualifica equipollente. Difetta, dunque, nella fattispecie una nuova procedura concorsuale finalizzata alla costituzione di un nuovo rapporto di lavoro o all'attribuzione di una nuova qualifica.

Non si ravvisa, inoltre, alcuna novazione oggettiva del rapporto di lavoro, ma solo la novazione sotto il profilo soggettivo: il candidato prescelto, infatti, conserva la posizione giuridica economica acquisita all'atto del trasferimento non risultando neppure che, all'esito del trasferimento, la prestazione lavorativa sia ontologicamente diversa da quella precedentemente svolta.

L'art. 9 dell'avviso pubblico prevede, infatti, che il trattamento economico spettante al personale assunto e quello previsto rispettivamente per la categoria C del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro del comparto "Regioni Autonomie Locali", in vigore alla data di stipulazione del contratto di lavoro.

6.4. In tal senso, si è, del resto, espressa la giurisprudenza di questo Consiglio, che ha ritenuto appartenere al giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto la mobilità esterna (relativa al trasferimento del dipendente pubblico tra enti del medesimo comparto o tra enti di comparti diversi), configurandosi quest'ultima come cessione del contratto di lavoro, che si verifica nel corso di un rapporto già instaurato e non determina la costituzione di un nuovo rapporto di pubblico impiego o una nuova assunzione, ma comporta solo la modifica soggettiva di rapporti di lavoro già in atto (cfr., *ex multis*, Cons.Stato, Sez. V, 6 maggio 2015, n. 2271; Cons. Stato, Sez. III, 28 novembre 2014, n. 5907; Cons. Stato, Sez.III, 28 novembre 2014, n. 5903; Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2014, n. 178).

In linea con questo indirizzo anche la giurisprudenza di legittimità, secondo cui: "*Deve, infatti, essere data continuità ai principi affermati da queste Sezioni Unite che, con riferimento al tema di mobilità per passaggio diretto tra pubbliche amministrazioni, disciplinata attualmente dal d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 30, hanno affermato che integrando siffatta procedura una mera modifica soggettiva del rapporto di lavoro con il consenso di tutte le parti e, quindi, una cessione del contratto, la giurisdizione sulla controversia ad essa relativa spetta al giudice ordinario, non venendo in rilievo la costituzione di un nuovo rapporto lavorativo a seguito di procedura selettiva concorsuale e, dunque, la residuale area di giurisdizione del giudice amministrativo di cui al d.lgs. 30*

*marzo 2001, n. 165, art. 64, comma 4”* (Cass. n. 16452/2020, conf. Cass. n. 32624/2018; n. 33213/2018).

La Suprema Corte ha osservato che in tutti i casi in cui vengano in considerazione atti amministrativi presupposti, ove si agisca a tutela di posizioni di diritto soggettivo in materia di lavoro pubblico, è consentita esclusivamente l’instaurazione del giudizio davanti al giudice ordinario, nel quale la tutela è assicurata dalla disapplicazione dell’atto e dagli ampi poteri riconosciuti a tale giudice dal secondo comma dell’art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001 (Cass. SS.UU. n. 13169 del 2006; Cass. n. 5468 del 2009).

Va, altresì, ricordato, con riferimento all’art. 63, comma 4, d.lgs. n. 165 del 2001 che le Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione (Cass. n. 8522/2012 e n. 26270/2016) hanno più volte affermato che detta norma si interpreta alla stregua dei principi enucleati ex art. 97 Cost. dal giudice delle leggi, nel senso che per “procedure concorsuali di assunzione”, ascritte al diritto pubblico ed all’attività autoritativa dell’amministrazione, si intendono quelle preordinate alla costituzione *ex novo* dei rapporti di lavoro, e quelle che prevedono procedimenti concorsuali interni destinati a consentire l’inquadramento dei dipendenti in aree funzionali o categorie più elevate, con novazione oggettiva dei rapporti di lavoro. Fattispecie non ricorrente nel caso in esame.

6.5. Non induce al contrario l’esistenza di una Commissione per l’esame delle domande, dei *curricula* con l’attribuzione di un punteggio, nonché la previsione di un successivo colloquio, che non valgono a modificare la natura della mobilità esterna, essendo tali procedimenti finalizzati ad accertare il possesso da parte dei candidati dei requisiti e delle competenze professionali richieste al fine di selezionare il soggetto più idoneo all’incarico, e ben potendo l’ente fissare preventivamente i criteri di scelta o i punteggi attribuibili a garanzia della trasparenza e correttezza delle operazioni di individuazione del candidato.

7. Da siffatti rilievi consegue il rigetto dell'appello, atteso che nessuna censura può essere espressa nei confronti della sentenza impugnata, avendo il giudice di prima istanza correttamente affermato la giurisdizione del giudice ordinario in ordine alla presente controversia.

8. La natura della questione trattata giustifica la compensazione tra le parti delle spese del grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa integralmente tra le parti le spese del grado di giudizio.

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Annamaria Fasano**

**IL PRESIDENTE**

**Francesco Caringella**

**IL SEGRETARIO**