



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 in appello iscritto al numero di registro generale 3669 del 2011,
proposto da:

COMUNE DI CARRARA, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso
dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto presso Studio Legale Lessona in
Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

contro

PIOLANTI DARIELLA, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Lazzari, con
domicilio eletto presso la segreteria del Consiglio di Stato in Roma, Piazza Capo di
Ferro, n. 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA – FIRENZE, Sez. I, n. 6882 del 30 dicembre
2010, resa tra le parti, concernente GRADUATORIA SELEZIONE
RISERVATA A PERSONALE IN SERVIZIO PER PASSAGGIO A PROFILO
DI SPECIALIZZATO AMMINISTRATIVO CAT. D POSIZIONE
ECONOMICA D1;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Dariella Piolanti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2011 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per l'appellante l'avvocato Iaria;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. La dott.ssa Dariella Piolanti, dipendente del Comune di Carrara, inquadrata nella categoria C (livello retributivo C2), ha partecipato alla procedura selettiva indetta dalla predetta amministrazione comunale per il passaggio di n. 1 dipendente alla categoria D (pos. ec. D1) presso l'Unità operativa comunicazione/U.R.P./Partecipazione e trasparenza, Unità di staff, classificandosi a pari merito (punti 22) con l'altra concorrente, sig. Elena Casani, che è stata dichiarata vincitrice in quanto più giovane di età.

Ha pertanto chiesto al Tribunale amministrativo regionale per la Toscana l'annullamento della relativa graduatoria, approvata con determinazione n. 468 del 28 dicembre 2009, nella parte relativa ai punti di servizio, ed in via subordinata dell'intera graduatoria, in uno a tutti gli atti antecedenti e successivi, anche interni, denunciando: 1) Violazione di legge ed eccesso di potere per violazione art. 97 Cost. e art. 35, comma 9, del D. Lgs. 165/2001, art. 18 del Regolamento sulla modalità dei concorsi e dei criteri di valutazione delle prove e dei titoli (del. G.C. n. 294 del 10 giugno 2005); 2) Illegittimità dell'avviso di selezione, quale atto presupposto della graduatoria impugnata – vizio di eccesso di potere – violazione di legge per violazione dell'art. 2 del D.P.R. 21 settembre 2001, n. 422; 3) Illegittima composizione della commissione – incompatibilità di un membro –

violazione di legge per violazione art. 51 c.p.c. – violazione legge/eccesso potere per violazione art. 97 Cost.; 4) Illegittimità della graduatoria impugnata per vizio della procedura selettiva – violazione dell’avviso di selezione nella parte riguardante la prova orale – violazione legge/eccesso potere; 5) eccesso di potere per violazione delle norme sull’imparzialità dell’attività amministrativa e sull’imparzialità delle procedure concorsuali (art. 97 Costituzione, art. 35 D. Lgs. 165/2001); 6) Valutazione della prova orale – ingiustizia manifesta – eccesso di potere; 7) Inadeguatezza dei criteri di valutazione determinati dalla Commissione – eccesso di potere; 8) Vizio del Piano delle Assunzioni (atto presupposto) per violazione dell’art. 97 della Costituzione ed eccesso di potere.

L’adito tribunale, sez. I, con la sentenza n. 6882 del 30 dicembre 2010, nella resistenza dell’intimata amministrazione comunale di Carrara, ha annullato gli atti impugnati.

E’ stato ritenuto fondato ed assorbente il terzo motivo di censura, con il quale era stato dedotto “illegittima composizione della commissione – incompatibilità di un membro – violazione di legge per violazione dell’art. 51 c.p.c. – violazione di legge/eccesso di potere per violazione art. 97 Cost.”, atteso che, a fronte dell’istanza di ricusazione avanzata, prima dell’inizio del colloquio orale, dalla ricorrente nei confronti del dott. Marco Tonelli, presidente della commissione di esame, fondata sull’asserita esistenza di una controversia di mobbing tra le parti, la commissione, invece di assumere una decisione adeguatamente motivata, si era limitata a un tautologico richiamo a decisioni già assunte sulla questione, senza peraltro riportarne il contenuto, non potendosi condividere l’argomentazione difensiva dell’amministrazione comunale circa l’irrilevanza, sotto il profilo dedotto, della controversia di mobbing in quanto pendente tra la ricorrente e l’amministrazione e non già col dirigente, presidente della commissione di esame (il soggetto mobizzante).

2. Il Comune di Carrara con rituale e tempestivo atto di appello ha chiesto la riforma della predetta sentenza, deducendone l'erroneità alla stregua di due motivi di gravame.

Con il primo, lamentando "Violazione del principio del contraddittorio", ha rilevato che in primo grado la discussione del merito del ricorso era stata fissata per l'udienza pubblica del 19 ottobre 2010 e che tuttavia a tale udienza, stante il dichiarato stato di malattia del difensore della ricorrente, il tribunale aveva rinviato la trattazione della causa all'udienza pubblica del 1° dicembre 2010: senonché in modo surrettizio e disdicevole (giacché al rinvio l'amministrazione intimata aveva aderito solo a causa dello stato di malattia de difensore), la ricorrente aveva invece provveduto non solo a depositare in data 10 novembre 2010 un'inaspettata memoria di replica, ma addirittura a produrre, in palese violazione dei termine di quaranta giorni fissato dall'art. 73 c.p.a. (scadente il 21 ottobre 2010), un cospicuo numero (23) di documenti, che in ogni caso non avrebbero potuto essere acquisiti ed esaminati dai primi giudici. Ciò determinava la nullità della sentenza impugnata e la rimessione della causa al primo giudice, ai sensi dell'art. 105 c.p.a.

Con il secondo motivo, rubricato "Violazione e/o falsa applicazione art. 11 DPR 487 del 1994. Violazione e/o falsa applicazione artt. 51 e 52 cpc", l'amministrazione appellante ha dedotto che i primi giudici avevano inopinatamente accolto il terzo motivo di censura sollevato dalla ricorrente, senza tener conto che il rigetto dell'istanza di ricusazione del presidente della commissione di esame, ancorché in modo sintetico, conteneva un'adeguata e sufficiente motivazione delle ragioni su cui esso si fondava, non solo perché in altra procedura di gara la stessa questione era già stata risolta in modo negativo proprio evidenziando che, così come nel caso di specie, la controversia di mobbing concerneva, quale parte convenuta, l'amministrazione comunale e non i suoi singoli dirigenti (che non era neppure stati evocati in giudizio come parti), ma

anche perché non ricorreva neppure l'ipotesi dell'inimicizia grave tra la ricorrente e il dirigente – presidente della commissione di gara, non essendo giunta a decisione la controversia di mobbing instaurata dalla ricorrente innanzi al giudice del lavoro; ciò senza contare, sotto altro concorrente profilo, che non solo la domanda di ricasazione era tardiva, essendo stata formulata solo prima dell'inizio del colloquio (cioè in relazione alla seconda riunione della commissione, che nel corso della prima aveva già valutato i titoli dei candidati, attribuendo i relativi punteggi), per quanto in concreto nessuna incompatibilità poteva dirsi sussistente, come emergeva dallo stesso svolgimento della seduta di esame (avendo ottenuto la ricorrente un elevatissimo punteggio 19/20, come l'altra candidata, che aveva prevalso solo in ragione della minore età anagrafica), così che non sussisteva la presunta incompatibilità (e lo stesso presunto mobbing, su cui essa si fondavano).

La dott.ssa Dariella Piolanti si è costituita in giudizio deducendo innanzitutto l'inammissibilità e/o l'irricevibilità dell'appello per carenza di legittimazione del difensore dell'amministrazione comunale di Carrara a causa dell'illegittimità della delibera di conferimento dell'incarico, sia per l'incompetenza dell'organo (trattandosi di atto asseritamente appartenente ai compiti del dirigente e non ai poteri della giunta), sia per il mancato espletamento della procedura di evidenza pubblica per la scelta del difensore, sia in relazione al parere di regolarità tecnica della predetta delibera, emesso dallo stesso direttore generale, dott. Marco Tinelli della cui incompatibilità si tratta; nel merito ha poi sostenuto l'infondatezza dei motivi di gravame, evidenziando, quanto al primo, che il tribunale non aveva neppure preso in considerazione i documenti asseritamente depositati in ritardo e che comunque, essendo stato il ricorso depositato prima dell'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo, doveva trovare applicazione la disciplina previgente, così che nessuna tardività si era verificata nel caso di specie ovvero che doveva accordarsi il beneficio dell'errore scusabile, e, quanto al

secondo, che correttamente il tribunale aveva ritenuto fondato il terzo motivo di censura, sussistendo effettivamente la situazione di incompatibilità a causa del palese comportamento ostile del dott. Tonelli nei suoi confronti.

3. Le parti hanno illustrato con apposite memorie le proprie tesi difensive.

All'udienza pubblica del 6 dicembre 2010, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

4. Deve essere innanzitutto esaminata l'eccezione di inammissibilità del gravame, formulata dall'appellata con riferimento a tre autonomi profili del difetto di competenza della giunta municipale ad autorizzare la proposizione del gravame, della scelta del difensore e dell'illegittimità del parere di regolarità tecnica della delibera di conferimento dell'incarico defensionale.

Essa è infondata.

4.1. Quanto al profilo della asserita incompetenza dell'organo giuntale a decidere di proporre appello avverso la sentenza di primo grado, trattandosi, secondo la tesi dell'appellante, di atto rientrante nella competenza propria dei dirigenti, la Sezione deve osservare che, secondo un condivisibile orientamento giurisprudenziale, dall'esame degli articoli 35 e 36 della legge 8 giugno 1990, n. 142, poi trasfusi negli articoli 48, comma 2, e 50, commi 2 e 3, del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, si ricava il principio secondo cui competente a conferire al difensore del Comune la procura alle lite è il sindaco, non essendo più necessaria l'autorizzazione della Giunta Municipale, atteso che al Sindaco è attribuita la rappresentanza dell'ente (Cass. SS.UU. 10 maggio 2001, n. 186; 10 dicembre 2002, n. 17550), con la conseguenza che la decisione di agire e resistere in giudizio ed il conferimento del mandato alle liti competono in via ordinaria e salva deroga statutaria, al rappresentante legale dell'ente, senza bisogno di autorizzazione della giunta o dei dirigente competente *ratione materiae* (C.d.S., sez. V, 18 marzo 2010, n. 1588; 7

settembre 2007, n. 4721, 16 febbraio 2009, n. 848; sez. VI, 1° ottobre 2008, n. 4744; 9 giugno 2006, n. 3452; Cass. civ. sez. I, 17 maggio 2007, n. 11516), ferma restando tuttavia la possibilità dello statuto (competente a stabilire i modi di esercizio della rappresentanza legale dell'ente, anche in giudizio) di prevedere l'autorizzazione della giunta (ovvero di richiedere una preventiva determinazione del dirigente ovvero ancora di postulare l'uno e l'altro intervento) (Cass. SS.UU., 16 giugno 2005, n. 12868).

Nel caso in esame nella memoria difensiva depositata il 4 novembre 2011 la difesa del Comune di Carrara ha dedotto l'esistenza di un'apposita norma dello statuto comunale (art. 22, comma) che conferisce alla Giunta il potere di autorizzare il Sindaco di stare in giudizio come attore o convenuto, il che è sufficiente a rendere legittima la delibera di conferimento dell'incarico, inammissibili e fuorvianti essendo sul punto le contestazioni dell'appellata, secondo cui una tale previsione sarebbe in contrasto con il principio di distinzione tra poteri di indirizzo e controllo e poteri di gestione.

4.2. Quanto al profilo di inammissibilità della delibera di conferimento dell'incarico difensivo per non essere stato scelto il difensore con un'apposita procedura ad evidenza pubblica, l'eccezione è inammissibile per difetto di interesse, come correttamente sostenuto dalla difesa dell'amministrazione comunale di Carrara.

E' sufficiente osservare che l'eventuale illegittimità della delibera di conferimento dell'incarico defensionale, come prospettato dall'appellante, non incide affatto sulla regolarità e validità della costituzione in giudizio dell'amministrazione comunale, essendo tutt'al più causa di responsabilità (amministrativa o penale) dell'organo che l'ha adottata, senza perciò spiegare nessun effetto favorevole, diretto ed immediato, sulla posizione giuridica dell'appellata; legittimati a dolersi di tale pretesa illegittimità sarebbero stati soltanto altri avvocati, eventualmente interessati a partecipare alla procedura di evidenza pubblica, della cui necessità tuttavia può

ragionevolmente dubitarsi, sia perché l'affidamento (in mancanza di ulteriori elementi di giudizio) riguarda sola la controversia in esame (e non già i servizi legali da prestare in favore dell'amministrazione comunale), sia in ragione del modestissimo ammontare della spesa impegnata (€ 2.000,00).

4.3. Quanto alla questione del parere di regolarità tecnica sulla delibera di conferimento dell'incarico che, in quanto formulato proprio dal dott. Tonelli, la inficerebbe sostanzialmente in via derivata per la presunta situazione di incompatibilità nei confronti dell'appellata, deve ricordarsi che il predetto parere non costituisce affatto un requisito di legittimità della delibera cui accede e pertanto non può inficiarla, avendo esso solo lo scopo di individuare il soggetto che formalmente assume la responsabilità sul riscontro della regolarità tecnica dell'atto: in altri termini il contenuto della delibera o del provvedimento, cui accede il parere, non è costituito anche da quest'ultimo, atteso che diversamente opinando la funzione latamente consultiva di tali atti e dei relativi autori (funzionari) finirebbe per sfociare inammissibilmente con l'attività di amministrazione attiva, confondendosi con quest'ultima.

5. Passando all'esame del merito, è da ritenersi fondato il secondo motivo di gravame, il che rende superfluo l'esame del primo motivo.

5.1. Invero, diversamente da quanto sostenuto dai primi giudici, il rigetto della peraltro singolare istanza di ricusazione del dott. Marco Tonelli, formulata oralmente dalla dott. Dariella Piolanti prima dell'inizio del colloquio orale, come riportato (senza alcuna contestazione sul punto) nel verbale n. 2 della seduta del 21 dicembre 2009 della commissione di concorso, non appare inficiato dal denunciato vizio di difetto di motivazione.

La Commissione, infatti, ha preso atto di tale istanza (fondata sull'asserita esistenza di una vertenza di mobbing nella quale sarebbe stato citato il predetto dott. Tonelli) ed ha precisato che sulla questione l'amministrazione aveva già

provveduto in precedenza, fornendo “esaustive risposte”, ritenendo pertanto di essere legittimamente costituito e disponendo pertanto la prosecuzione dei lavori.

In tal modo la commissione ha puntualmente palesato l'iter logico – giuridico della determinazione assunta, utilizzando legittimamente la c.d. motivazione *per relationem*: del resto non solo non è stato mai smentito che (come del resto risulta dalla documentazione versata in atti dall'appellante) una sostanzialmente identica istanza di ricusazione del 20 ottobre 2009 (relativamente alla selezione per il passaggio di n. 1 dipendente al profilo specializzato amministrativo, cat. D, posiz. econom. D1, presso l'Unità Operativa Obiettivi/Valutazione/Controllo/Progetti Speciali/ Studi e Ricerche. Unità di Staff Direzione Generale) era stata respinta con nota sindacale prot. 55291 del 21 novembre 2009 (evidenziando, tra l'altro, che le azioni intentate innanzi al Tribunale di Massa ed allo stesso Tribunale amministrativo per la Toscana erano state proposte nei soli confronti dell'amministrazione comunale e non dei singoli dirigenti o funzionari nominativamente indicati), per quanto non è stato neppure minimamente posto in dubbio che tale ultima nota fosse effettivamente a conoscenza dell'appellata ovvero che la stessa fosse stata messa a disposizione della dipendente (ciò al fine del perfezionamento della fattispecie della motivazione per relationem).

5.2. Sotto altro diverso, ma concorrente profilo, occorre rilevare che se è vero che il primo comma, secondo periodo, dell'articolo 11 del D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, stabilisce che “I componenti (della commissione), presa visione dell'elenco dei partecipanti, sottoscrivono la dichiarazione che non sussistono situazioni di incompatibilità tra essi e i concorrenti, ai sensi degli articoli 51 e 52 del codice di procedura civile”, deve pur tuttavia evidenziarsi che la giurisprudenza ha precisato che le cause di incompatibilità, estensibili, in omaggio al principio di costituzionalità, a tutti i campi dell'azione amministrativa e segnatamente alla materia concorsuale, rivestono carattere tassativo e, come tali, sfuggono ad ogni

tentativo di manipolazione analogica, stante l'esigenza di assicurare la certezza dell'azione amministrativa e la stabilità della composizione delle commissioni giudicatrici (C.d.S., sez. V, 17 febbraio 2010, n. 927; sez. VI, 26 gennaio 2009, n. 354; sez. IV, 25 ottobre 1996, n. 6370).

In particolare è stato precisato che non vale ad integrare la pendenza di una "causa" la mera presentazione di un esposto, che non è un atto di citazione, un ricorso o comunque un atto di impulso idoneo a dare inizio ad un procedimento giudiziale; nè tale presentazione può configurare l'obbligo di astensione per "grave inimicizia", che deve essere reciproca ed originata da rapporti privati (Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2005, n. 7683); con specifico riferimento all'ipotesi della grave inimicizia, rilevante ai fini ricusatori ai sensi dell'art. 51 comma 1 n. 3), c.p.c. per i suoi effetti, tipizzati come pregiudizievoli della imparziale capacità di giudizio del decidente, è stato sottolineato che essa non è integrata neppure dalla contrapposizione riconducibile alla qualità di parti nell'ambito di un processo (amministrativo) originato proprio dallo svolgimento della procedura selettiva in cui si esplica la ricusazione, dovendo preesistere, normalmente, allo svolgimento dell'attività valutativo-decisionale, cioè configurarsi come autonomamente insorta da rapporti interpersonali legati a vicende della vita estranee alle funzioni esercitate dai decidenti: ciò in ragione della *ratio* del concetto giuridico in questione individuata dalla tradizione giurisprudenziale, al fine di escludere il ricorso alla ricusazione in caso di mera divergenza tra le aspettative e le interpretazioni di merito degli oggetti del giudizio proprie del soggetto sottoposto all'attività decisionale stessa e quanto espresso od esprimibile dal decidente stesso (C.d.S., sez. sez. VI, 4 aprile 2008, n. 1442).

5.3. Sulla scorta di tali indirizzi giurisprudenziale, nel caso in esame non sussistono gli estremi della fattispecie ricusatoria di cui all'articolo 51, comma 1, n. 3, c.p.c., né

sotto al profilo della “causa pendente”, né sotto il diverso profilo della “grave inimicizia”.

Quanto al primo profilo è sufficiente rilevare che la causa intentata dall'appellata per un preteso comportamento di mobbing subito proprio quale dipendente comunale, è in realtà pendente nei confronti dell'amministrazione comunale di Carrara e non già nei confronti del dott. Marco Tonelli (ancorchè quest'ultimo sia, secondo le affermazioni dell'appellata, l'autore materiale dei comportamenti incriminati); peraltro non solo l'effettiva pendenza della lite solo nei confronti dell'amministrazione comunale, come più volte evidenziato da quest'ultima nelle sue tesi difensive, è circostanza giammai smentita dall'appellata, per quanto detta controversia risulta in ogni caso oggetto di rinuncia (giusta verbale di udienza del 14 ottobre 2001, prodotto all'odierna udienza di discussione).

Quanto al secondo profilo, non è stata fornito alcuno specifico ed in equivoco elemento di fatto volto a comprovare la eventuale situazione di grave inimicizia tra il predetto dott. Marco Tonelli e l'appellata, a tale fattispecie non potendo ricondursi le dinamiche lavorative che contrappongono, quasi fisiologicamente, la figura del dirigente e quelle dei suoi subordinati o anche dei suoi più stretti collaboratore, non essendo stato in alcun modo provato che tale contrapposizione abbia superato i limiti della tollerabilità, sfociando in atteggiamenti illeciti e persecutori, volti palesemente ed ingiustificatamente a pregiudicare o danneggiare irrimediabilmente la persona del proprio dipendente – collaboratore (ovvero la sua dignità).

5.4. Ciò senza contare, sotto un ulteriore e pur rilevante profilo, che la istanza di ricasazione formulata dall'appellata, così come risulta dal verbale n. 2 della riunione del 21 dicembre 2009 della commissione di concorso, è da ritenersi tardiva.

Essa infatti è stata proposta prima dello svolgimento della prova orale, allorché tuttavia la commissione aveva già iniziato la sua funzione valutativa, esaminando, nella seduta del 30 novembre 2009 (verbale n. 1), i titoli dei candidati: è appena il caso di evidenziare che in quella riunione, prima di procedere alla valutazione della documentazione prodotta dai candidati, la commissione aveva “accertato l’inesistenza delle condizioni di impedimento e incompatibilità ai sensi degli articoli 51 e 52 del codice di procedura civile”.

6. L’appello deve quindi essere accolto, irrilevante essendo la circostanza che il dott. Marco Tonelli avrebbe potuto astenersi per motivi di opportunità o di convenienza, come dedotto dall’appellata nella memoria difensiva: a ciò consegue la riforma della sentenza impugnata ed il rigetto del ricorso di primo grado, non potendo la Sezione procedere all’esame dei motivi di censura spiegati in primo grado, non esaminati in quanto assorbiti dall’accoglimento del terzo motivo accolto, in quanto non espressamente riproposti nella memoria difensiva (C.d.S., sez. V, 22 ottobre 2010, n. 7610; 16 agosto 2010, n. 5702).

La peculiarità delle questioni trattate giustifica la 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 proposto dal Comune di Carrara avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. I, n., 6882 del 30 dicembre 2010, lo accoglie e, per l’effetto, in riforma della impugnata sentenza, respinge il ricorso proposto in primo grado dalla dott. Dariella Piolanti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2011 con l’intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Eugenio Mele, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/02/2012

IL SEGRETARIO

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