



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1172 del 2013, proposto da:
Gaetano Goglia, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Stolzi, con domicilio eletto presso Roberto Ciociola in Roma, via Bertoloni, n.37;

contro

Azienda Unità Sanitaria Locale n.12 di Viareggio;

nei confronti di

Azienda Unità Sanitaria Locale n.6 di Livorno; Paola Verola, rappresentata e difesa dall'avv. Pasqualino Albi, con domicilio eletto presso Giancarlo Viglione in Roma, via Lungotevere dei Mellini, n.17;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE SEZIONE I n.
02048/2012

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Paola Verola;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 maggio 2013 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Stolzi e Albi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il ricorrente, classificato al secondo posto di una graduatoria concorsuale per dirigente medico a seguito di un concorso pubblico unificato per un solo posto, lamentava che l'Azienda USL 12 di Viareggio, al fine di coprire un posto rimasto vacante, aveva provveduto mediante trasferimento della vincitrice di detto concorso, già in servizio della AUSL di Livorno, anziché allo scorrimento della graduatoria.

Rilevava che trattandosi di concorso unificato, il bando prevedeva espressamente che la graduatoria avrebbe potuto essere utilizzata per la copertura di ulteriori posti da parte di tutte le Aziende Sanitarie ricomprese nell'Area- Vasta Nord Ovest.

2. Impugnava davanti al Tar Toscana la determinazione dirigenziale dell'AUSL n. 12 di Viareggio - U.O.C. gestione del personale n. 817 dell'8.08.2012 nella parte in cui, dopo aver dato atto della carenza del posto per avvenuto recesso dal servizio della dottoressa Rita Ansuini, dava parere favorevole alla richiesta di trasferimento per mobilità della dott.ssa Paola Verola dalla AUSL n. 6 di Livorno alla AUSL n.12 di Viareggio anziché procedere allo scorrimento della graduatoria del concorso bandito da ESTAV Nord ovest, approvata con provvedimento del Direttore Generale di ESTAV Nord ovest n. 553 del 9.05.2011; impugnava anche il decreto dell'AUSL n. 6 di Livorno - U.O. Gestioni economiche e finanziarie n. 1186 del 10.09.2012 con il quale si disponeva di dare esecuzione al trasferimento presso la AUSL di Viareggio della dott.ssa Paola Verola dal 1.12.2012; chiedeva anche

l'accertamento del diritto ad essere assunto quale dirigente medico di medicina del lavoro presso l'U.F.C. prevenzione, igiene e sicurezza nei luoghi di lavoro della AUSL di Viareggio a decorrere dal 1.10.2012.

3. Il Tar, con sentenza assunta in forma semplificata dichiarava il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione rimettendo le parti al Giudice Ordinario, ai sensi e per gli effetti di cui all'art.11 c.p.a., con compensazione delle spese processuali sul rilievo che la pretesa del ricorrente all'assunzione mediante scorrimento della graduatoria in cui era inserito era consequenziale ad un provvedimento di trasferimento per mobilità volontaria della controinteressata che integrava una modificazione soggettiva consensuale del rapporto di lavoro sulla quale insiste la giurisdizione ordinaria.

4. Nell'atto di appello il dr. Goglia deduce la erroneità della sentenza del Tar per errata ricostruzione delle circostanze di fatto e di diritto atteso che il presupposto della fattispecie non era la procedura di mobilità o lo scorrimento della graduatoria degli idonei, ma la scelta provvedimentale e di macrororganizzazione dell'amministrazione di ricorrere alla mobilità anziché allo scorrimento della graduatoria valida ed efficace per la copertura del posto di Dirigente Medico di Medicina del Lavoro.

In casi analoghi si sarebbe pronunciata la Suprema Corte di Cassazione che ha rilevato che ove la pretesa al riconoscimento del diritto all'assunzione sia consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di un nuovo concorso, la contestazione investe l'esercizio del potere dell'amministrazione, a cui corrisponde una situazione di interesse legittimo la cui tutela spetta al giudice amministrativo ai sensi del d.lgs. n.165 del 2001 art. 63 co.4. (Cass. SS.UU. 18.6.2008 n.16527).

Gli stessi principi sarebbero stati espressamente riconosciuti dalla giurisprudenza amministrativa anche laddove la controversia ha per oggetto la contestazione della

legittimità del potere di disporre la copertura di un posto vacante mediante mobilità in costanza di un concorso ancora efficace.

Anche in questa ipotesi, del tutto analogamente al caso di indizione del nuovo concorso rispetto allo scorrimento della graduatoria, infatti, l'oggetto della controversia sarebbe direttamente l'atto amministrativo a monte, di scelta della modalità di reclutamento, in ordine al quale non può operare il potere di disapplicazione del giudice ordinario.

Si è costituita la appellata dott.ssa Paola Verola chiedendo il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza di primo grado.

Alla camera di consiglio del 3 maggio 2013, fissata per l'esame della istanza di sospensione della sentenza appellata, il ricorso, previo avviso alle parti, è stato trattenuto dal Collegio per la decisione nel merito.

5. L'appello è infondato.

La pretesa del ricorrente all'assunzione mediante scorrimento della graduatoria in cui era inserito è messa in relazione ad un provvedimento di trasferimento per mobilità volontaria a favore della contro interessata dr.ssa Veroli; secondo il ricorrente il primo giudice avrebbe errato negando la propria giurisdizione trattandosi, non di procedura di mobilità in sé, attratta nella sfera della giurisdizione del giudice ordinario, ma di scelta discrezionale dell'amministrazione di ricorrere alla mobilità anziché allo scorrimento della graduatoria esistente. La contestazione investirebbe quindi l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione a cui corrisponderebbe una situazione di interesse legittimo, la cui tutela spetta al giudice amministrativo ai sensi del d.lgs. n. 165 del 2001, art. 63, co. 4.

Senonché, ritiene la Sezione che il provvedimento con cui l'Azienda intimata aveva accertato la necessità di assumere un nuovo dirigente medico in sostituzione di quello cessato dal servizio, mediante mobilità, disposto a favore della dr.ssa

Veroli, non costituiva esercizio di alcun potere organizzativo poiché non era affatto volto a determinare le linee fondamentali di organizzazione o comunque la scelta discrezionale tra scorrimento di graduatoria o mobilità. Secondo siffatto non condivisibile ragionamento ogni modificazione soggettiva del rapporto di lavoro potrebbe avere a monte un atto amministrativo di scelta macro organizzativa e dunque ogni controversia in materia di mobilità o di scorrimento di graduatorie concorsuali finirebbe per ricadere esclusivamente nell'area del processo amministrativo là dove il legislatore invece ha affidato al giudice ordinario e non a quello amministrativo la cognizione di tutte le controversie relative alla gestione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione.

Diversamente dall'assunto del ricorrente, alla base dell'odierno contenzioso vi è, da un lato una istanza della dr.ssa Veroli, risultata vincitrice in un concorso pubblico unificato ad un solo posto, di mobilità interna nell'ambito delle sedi inizialmente messe a concorso, accolta dalla amministrazione in applicazione dell'art. 30 co.2 bis, dall'altro la pretesa dell'appellante allo scorrimento della graduatoria che peraltro determinerebbe una ulteriore assunzione rispetto all'unico posto a suo tempo messo a concorso.

Ma in siffatta ipotesi, la causa petendi consiste nel diritto all'assunzione mediante scorrimento della graduatoria da parte di un idoneo non vincitore dovendosi escludere ogni correlazione con l'esplicazione di attività autoritativa, con conseguente attribuzione alla giurisdizione del giudice ordinario.

Infatti, il diritto allo scorrimento di una graduatoria concorsuale, del resto come il diritto alla mobilità, non appartiene alla fase della procedura di concorso, ovvero al controllo giudiziale sulla legittimità della scelta discrezionale operata dall'amministrazione, la cui tutela è demandata al giudice cui spetta il controllo del potere amministrativo ai sensi dell'art. 103 Cost., ma alla fase successiva e connessa relativa agli atti di gestione del rapporto di lavoro, donde la sussistenza della

giurisdizione civile (Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 2011 n. 3014; v. anche Cass. civ., Sez. un., 28 maggio 2012 n. 8410; Cass., Sez. un., 6 marzo 2009 n. 5588).

6. Con l'effetto della possibile riassunzione dinanzi al competente giudice del processo nel termine di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia declinatoria e con salvezza dei maturati effetti sostanziali e processuali (cd. "translatio iudicii") della domanda proposta nella sede originaria, ex art. 11, c.p.a. (d.lg. 2 luglio 2010 n. 104).

7. In conclusione l'appello va rigettato e la sentenza impugnata deve essere confermata.

8. Sussistono tuttavia motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese del grado.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/05/2013

IL SEGRETARIO

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