

Pubblicato il 06/02/2024

N. 01222/2024REG.PROV.COLL.
N. 01325/2022 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 1325 del 2022, proposto da Roma Capitale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Rizzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via del Tempio di Giove, 21;

contro

Mariagrazia Fusaro, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Castiello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via Giuseppe Cerbara, 64;

nei confronti

Valentina Antonelli, Barbara Battistella, Gianluca Bravi, Alda Colesanti, Maria Della Monaca, Daniela Dell'Oro, Maria Teresa Desideri, Viviana Sebastiana Virginia Fonte, Emiliano Pepe, Carmelina Pugliese, Vincenzo Ruggero

Perrino, Carmine Russo, Manuela Scerpa e Tiziana Di Grezia, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 11257/2021, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Mariagrazia Fusaro;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 febbraio 2024 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati Preso atto del deposito della richiesta di passaggio in decisione senza la preventiva discussione, ai sensi del Protocollo d'intesa del 10 gennaio 2023, da parte degli avvocati Rizzo e Castiello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda la procedura svolta da Roma Capitale per l'approvvigionamento di funzionari avvocati.

2. La dottoressa Mariagrazia Fusaro ha impugnato davanti al Tar Lazio – Roma i seguenti atti:

- la delibera della giunta capitolina n. 225/17 del 16 ottobre 2017 volta a *“modificare parzialmente la deliberazione della Giunta Capitolina n. 223 del 3 luglio 2015, concernente l'istituzione del profilo professionale di “Funzionario Avvocato”* (categoria D) disponendo che alla copertura dell'intero fabbisogno dell'assumendo personale nel profilo professionale di funzionario avvocato (cat. D), si provvedesse esclusivamente previa indizione di una procedura selettiva pubblica, da avviare all'esito negativo delle verifiche obbligatorie di

cui agli artt. 34 e 35-*bis* del d.lgs n. 165/2001 e dopo aver esperito le prescritte procedure di mobilità *ex art.* 30 del medesimo d.lgs. n. 165/2001;

- la determinazione dirigenziale, n. GB/110535/2017 del 6 novembre 2017, avente ad oggetto “*Indizione di una procedura di mobilità esterna ai sensi dell'art. 30, comma 2 bis, del D.Lgs. n. 165/2001 e ss.mm.ii. per la copertura, nel triennio 2017-2019, di n. 20 posti di Funzionario Avvocato, a tempo pieno e indeterminato (cat. D)*”;

- l’*”Avviso pubblico di mobilità esterna ai sensi dell'articolo 30, comma 2 bis, del decreto legislativo n°165/2001 e ss.mm.ii, per la copertura, nel triennio 2017-2019, di n. 20 posti di funzionario avvocato, a tempo pieno ed indeterminato - categoria d’.*;

- le liste degli ammessi alla procedura per n. 20 posti di funzionario avvocato a tempo pieno e indeterminato cat. D pubblicata sul sito istituzionale di Roma Capitale, atto 278329 n. di repertorio: 2017/38175 del 14 dicembre 2017.

3. Con motivi aggiunti la ricorrente ha altresì gravato:

- la comunicazione di esclusione in data 19 dicembre 2017 prot. GB/125291 della dottoressa Mariagrazia Fusaro avvenuta con determina dirigenziale n. 2403 del 13.12.2017;

- la determina dirigenziale n. GB/123506/2017 del 13 dicembre 2017 avente ad oggetto le ammissioni, ammissioni con riserva ed esclusioni per la procedura di mobilità esterna ai sensi dell'art. 30 comma 2-*bis* del d. lgs. n. 165 del 2001 indetta da Roma Capitale per la copertura, nel triennio 2017-2019, di 20 posti di funzionario avvocato, a tempo pieno e indeterminato (cat. D);

- gli elenchi dei candidati ammessi ed ammessi con riserva – Atto n. 278329 e n. di repertorio 2017/38175; dell'elenco dei punteggi attribuiti dalla commissione esaminatrice a seguito della valutazione del curriculum dei candidati ammessi; dell'elenco candidati ammessi ed esclusi al colloquio professionale/motivazionale;

- gli esiti colloquio professionale motivazionale; della Determina Dirigenziale n. repertorio GB/36/2018 del 11 gennaio 2018 n. protocollo GB/2675/2018 del 11 gennaio 2018 avente ad oggetto lo scioglimento della riserva nei confronti di n. 4 candidati e contestuale approvazione della graduatoria; nonché per l'annullamento di ogni atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

4. Il Tar ha accolto il ricorso nei limiti e nei termini di cui in motivazione con sentenza 3 novembre 2021 n. 11257.

5. La sentenza è stata appellata con ricorso n. 1325 del 2022.

6. Nel corso del giudizio di appello si è costituita la dottoressa Maria Grazia Fusaro.

7. All'udienza del primo febbraio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

8. L'appello è fondato.

9. Con il primo motivo di appello Roma Capitale ha dedotto l'erroneità della sentenza, atteso che la stessa avrebbe confuso i requisiti necessari all'accesso al profilo professionale di funzionario avvocato (abilitazione all'esercizio della professione e non iscrizione all'albo) con i requisiti necessari, sulla scorta della legge professionale, all'esercizio del mandato che sostanzia le mansioni del profilo professionale del funzionario avvocato (iscrizione all'albo). Sarebbe pertanto errato quanto affermato nella sentenza appellata, e, cioè, che i funzionari avvocato dell'Avvocatura capitolina non siano chiamati a svolgere il mandato tecnico professionale.

9.1. Con il terzo motivo l'appellante ha lamentato l'erroneità dell'intera ricostruzione giuridica contenuta nella sentenza e, in particolare, della censura di illegittimità della scelta operata dall'Amministrazione capitolina di acquisire tutte le risorse di funzionario avvocato mediante concorso pubblico.

9.2. I motivi, che si esaminano congiuntamente in quanto connessi, sono fondati.

9.3. Si riassumono per sommi capi le vicende necessarie per scrutinare il motivo.

Con delibera n. 223 del 2015 Roma Capitale ha deliberato di integrare i ranghi dell'Avvocatura capitolina, istituendo il profilo professionale di "*Funzionario Avvocato*", cat. D, determinandone la dotazione organica in 20 unità, da aggiungere alla dotazione degli avvocati dirigenti, prevedendo – per la copertura del 50% dei posti (10) - l'attivazione di una procedura di "*riallineamento professionale*" (con attribuzione di punteggi relativamente alla formazione culturale, esperienza lavorativa e colloquio motivazionale) nell'ambito del personale già presente nella dotazione organica di Roma Capitale con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, ascritto ai profili professionali classificati in categoria D, essendo in possesso dei relativi requisiti. Il restante 50% delle posizioni sarebbe stato, invece, reperito a seguito di concorso pubblico.

Negli allegati A) e B) alla suddetta delibera è indicato fra i requisiti di accesso l'abilitazione all'esercizio della professione di avvocato, e non anche l'iscrizione all'albo. Fra le attività da svolgere è previsto lo "*Svolgimento delle udienze, proprie e delegate, dinanzi alle Autorità giurisdizionali, con esclusione delle Magistrature Superiori; redazione di studi e bozze di pareri, da sottoporre alla visione ed alla firma dell'Avvocato Dirigente referente, in sede di consulenza giuridico-forense; gestione diretta del contenzioso che presenta carattere di serialità anche se a carattere settoriale*".

Con deliberazione n. 225 del 16 ottobre 2017, a parziale modifica della delibera n. 223 del 2015, la giunta municipale ha disposto che alla copertura dell'intero fabbisogno dell'*assumendo* personale nel profilo professionale di funzionario avvocato (cat. D), si provvedesse esclusivamente

previa indizione di una procedura selettiva pubblica, da avviare all'esito negativo delle verifiche obbligatorie di cui agli artt. 34 e 35-*bis* del d. lgs n. 165 del 2001 e dopo aver esperito le prescritte procedure di mobilità *ex art.* 30 del medesimo d.lgs. n. 165 del 2001.

Con la delibera n. 225 del 2017 la giunta ha motivato la propria decisione prendendo atto che il Tar Basilicata, con sentenza dell'11 ottobre 2014 n. 728, ha ribadito l'orientamento precedente, precisando come gli avvocati potessero *“essere selezionati e/o individuati soltanto mediante concorso esterno e non anche mediante concorso interno per progressione verticale o con l'adozione di un qualsiasi atto amministrativo, come per esempio l'affidamento di mansioni superiori”*, al fine di garantire agli avvocati *“piena autonomia ed indipendenza”*, e *“stante l'urgenza di acquisire nel più breve tempo possibile le risorse professionali in argomento”*.

Con la qui gravata sentenza n. 11257 del 2021 il Tar ha annullato la delibera n. 225 del 2017, nella parte in cui, modificando la delibera n. 223 del 2015, ha disposto l'integrale copertura del fabbisogno di 20 funzionari avvocati, mediante ricorso alla procedura selettiva pubblica. Ciò in quanto, così come già deciso con sentenza n. 5708 del 2021, l'obiettivo avuto di mira con l'indizione del concorso, cioè garantire *“piena autonomia ed indipendenza”* ai professionisti chiamati a svolgere l'ufficio di avvocato, *“non può essere raggiunto in concreto con le figure di Funzionari Avvocati che si intendono reperire mediante la procedura di mobilità esterna e poi di selezione pubblica”*. Da un lato, secondo quanto prevede l'avviso pubblico alla procedura di mobilità esterna, tra i *“requisiti di ammissione”* per il passaggio diretto dei funzionari tra amministrazioni (art. 2) non è riportato quello della previa iscrizione all'albo degli avvocati che abilita il professionista a svolgere l'attività professionale ai sensi della disciplina recata dal r.d. n. 1578 del 1933 e, dall'altro lato, *“in tanto è necessario garantire l'autonomia e l'indipendenza tecnica al professionista che esercita il ministero di avvocato a servizio*

dell'unico ed esclusivo cliente" qual è l'ente pubblico di appartenenza, in quanto questi sia effettivamente chiamato a svolgere il mandato tecnico-professionale dell'ufficio di avvocato".

Con i motivi in esame è gravata detta statuizione.

9.4. I funzionari avvocati inquadrati nell'ufficio legale capitolino sono chiamati a svolgere il mandato tecnico professionale previa iscrizione all'albo speciale.

L'art. 3, comma 4, lett. b), del R.d. n. 1578/1933, prevede, infatti, che gli avvocati ed i procuratori degli uffici legali istituiti presso gli enti locali, per quanto concerne le cause e gli affari propri dell'ente presso il quale prestano la loro opera, debbano essere iscritti nell'elenco speciale annesso all'albo degli avvocati, dal momento che solo l'iscrizione all'albo abilita il professionista a svolgere il relativo mandato tecnico professionale.

Presso Roma Capitale esiste un'unità organica denominata "Avvocatura Capitolina", dotata di uno specifico regolamento.

L'organico dell'Avvocatura capitolina è composto di avvocati dirigenti e funzionari avvocato.

Il regolamento dell'Avvocatura capitolina attribuisce alla stessa le funzioni di rappresentanza e difesa dell'Amministrazione comunale.

I funzionari avvocati sono iscritti all'albo speciale, così come previsto dall'art. 8 ultimo comma del regolamento.

Ai sensi dell'art. 23 della legge n. 247 del 2012, stabilisce che *"gli avvocati degli uffici legali specificamente istituiti presso gli enti pubblici [...] sono iscritti in un elenco speciale annesso all'albo. L'iscrizione nell'elenco è obbligatoria per compiere le prestazioni indicate nell'articolo 2"* (comma 1), cioè per l'esercizio della funzione di avvocato, e che *"Per l'iscrizione nell'elenco gli interessati presentano la deliberazione dell'ente dalla quale risulti la stabile costituzione di un ufficio legale con specifica attribuzione della trattazione degli affari legali dell'ente stesso e l'appartenenza a tale ufficio del professionista incaricato in forma esclusiva di tali funzioni; la responsabilità dell'ufficio è affidata ad un*

avvocato iscritto nell'elenco speciale che esercita i suoi poteri in conformità con i principi della legge professionale” (comma 2).

I funzionari avvocati dell'Avvocatura capitolina debbono pertanto essere iscritti all'albo, oltre che essere incardinati presso l'ufficio legale comunale, denominato nel caso di specie “*Avvocatura Capitolina*”. Che, altrimenti, nessun avvocato dell'Avvocatura capitolina, sia esso dirigente o funzionario, avrebbe potuto ottenere l'iscrizione all'albo speciale.

Il funzionario avvocato, dunque, è uno specifico profilo professionale di funzionario di categoria D negli enti locali istituito nella pianta organica dell'Ente conformemente alla relativa contrattazione di comparto, necessariamente laureato, abilitato all'esercizio della professione forense, incardinato nell'ufficio legale appositamente costituito e iscritto all'albo speciale presso il Consiglio dell'Ordine ai sensi dell'art. 3 del r.d. n. 1578 del 1933, di cui l'Amministrazione si avvale per la rappresentanza e la difesa tecnica.

Ciò comporta, ai sensi dello stesso art. 23 della legge n. 247 del 2012, che debba essere loro “*assicurata la piena indipendenza ed autonomia nella trattazione esclusiva e stabile degli affari legali dell'ente*” e che “*Nel contratto di lavoro è garantita l'autonomia e l'indipendenza di giudizio intellettuale e tecnica dell'avvocato*”.

Né depone in senso contrario la circostanza che l'iscrizione all'albo, al contrario dell'abilitazione professionale, non costituisca requisito di ammissione alla procedura selettiva qui controversa: invero, come specificato nell'art. 23 della legge n. 247 del 2012, per poter essere iscritti all'albo bisogna essere incardinati nell'ufficio legale, e quindi avere già superato la procedura preordinata all'immissione in ruolo. Una volta incardinati, i dipendenti, muniti dell'abilitazione (che infatti costituisce requisito di accesso alla procedura), possono chiedere ed ottenere l'iscrizione all'albo speciale.

Una volta accertato che la mancanza, fra i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva, dell'iscrizione all'albo speciale non è in contraddizione con l'esigenza, posta alla base della delibera impugnata, di assicurare l'imparzialità e l'indipendenza dei funzionari avvocati, in quanto essa poggia sulla successiva iscrizione all'albo speciale, neppure è censurabile la successiva decisione, operata dall'Amministrazione con l'impugnata deliberazione della giunta municipale n. 225 del 16 ottobre 2017, di procedere al reclutamento di personale nel profilo professionale di "Funzionario Avvocato" ricorrendo, per la copertura dell'intero fabbisogno quantificato, all'attivazione di una procedura concorsuale pubblica, previo esperimento della prevista e propedeutica procedura di mobilità.

Essa costituisce una scelta coerente con l'obbligatorietà del pubblico concorso ai sensi dell'art. 97 della Costituzione, non affetta da illogicità rispetto ai obiettivi individuati dallo stesso Comune: *"il pubblico concorso costituisce la forma generale e ordinaria di reclutamento per le amministrazioni pubbliche, quale strumento per assicurare efficienza, buon andamento e imparzialità e che la facoltà del legislatore di introdurre deroghe a tale regola, con la previsione di un diverso meccanismo di selezione per il reclutamento del personale del pubblico impiego, deve essere delimitata in modo rigoroso alla sola ipotesi in cui esse siano strettamente funzionali al buon andamento dell'amministrazione e sempre che ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle"* (Corte cost. 27 febbraio 2020 n. 36).

Con specifico riferimento alla riserva ai dipendenti interni di una quota dei posti messi a concorso la Corte costituzionale ha affermato che *"è indubbio che il passaggio da un'area ad un'altra è soggetto al principio del pubblico concorso, al quale hanno l'onere di partecipare anche i dipendenti dell'amministrazione che lo bandisce"*, non escludendo però l'ammissibilità di riserve parziali in favore di questi ultimi.

E' individuato quindi in tal senso il punto di equilibrio tra il principio del

pubblico concorso e l'interesse a consolidare pregresse esperienze lavorative presso l'amministrazione medesima, interesse riconducibile al principio di buon andamento, sicché *“la riserva ai dipendenti interni è legittima, a condizione però che sia contenuta entro determinati limiti percentuali, per non precludere in modo assoluto la possibilità di accesso alla generalità dei cittadini?”* (Corte cost. 24 luglio 2020 n. 164, non smentita dalla sentenza richiamata da parte appellata, la n. 90 del 2012).

Senonché nel caso di specie la precedente opzione, contenuta nella delibera n. 223 del 2027, non consiste nella previsione di un concorso pubblico con riserva di posti a favore del personale interno, modalità che la Corte costituzionale ha individuato come idonea a consolidare l'esperienza pregressa nel rispetto della regola generale del pubblico concorso, ma nella procedura di riallineamento nel personale già presente nella dotazione organica di Roma Capitale.

In tale contesto non si rinvengono i presupposti per ritenere che la scelta compiuta con la qui gravata delibera n., 225 del 2017, di superamento dell'opzione della mobilità orizzontale, al fine di assicurare il concorso pubblico per l'assunzione delle venti unità (secondo i presupposti e alle condizioni ivi previste) sia censurabile in base agli argomenti addotti.

10. Con la seconda doglianza l'appellante ha censurato la sentenza nella parte in cui il Tar ha affermato che Roma Capitale avrebbe illegittimamente integrato, in sede di giudizio, i requisiti di partecipazione previsti nell'avviso pubblico relativo alla mobilità preconcorsuale, aggiungendovi l'iscrizione all'albo in esso non prevista.

10.1. Il motivo è fondato.

10.2. Per le ragioni già esposte sopra l'iscrizione all'albo non costituisce un requisito di ammissione alla procedura, né è stato qualificato in tal senso nei provvedimenti impugnati.

Neppure in giudizio è stato in tal senso qualificato. Piuttosto il giudice di primo grado ha argomentato dalla mancata previsione dell'iscrizione all'albo speciale l'impossibilità di assicurare quell'imparzialità e indipendenza posta alla base della motivazione della delibera n. 225 del 2017.

Il richiamo, contenuto nella sentenza gravata, al fatto che l'iscrizione all'albo costituisce requisito di partecipazione alla procedura di mobilità esterna è erroneo e deriva, in via indiretta dalla precedente pronuncia, la n. 5708 del 2021, alla quale si è conformato il giudice a quo.

In detta sentenza, in particolare, il Tar ha affermato che *“va chiarito un punto su cui la difesa del Comune insiste per dimostrare la legittimità della nuova procedura ossia l'asserita diversità dei presupposti di partecipazione della procedura di mobilità esterna rispetto alla precedente procedura in quanto soltanto la prima, avviata a valle della deliberazione n. 225/2017, richiederebbe la previa iscrizione all'Albo degli Avvocati (pag. 12 della memoria del 26 marzo 2021; pag. 2 della memoria del 7 aprile 2021). Contrariamente a quanto affermato, gli assunti non trovano conferma negli atti di causa, sicchè si risolvono in un'inammissibile integrazione postuma di un requisito di partecipazione non previsto nell'avviso pubblico”*.

Come dedotto dal Comune appellante, detta statuizione del Tar poggia su un presupposto erroneo, generato dalle difese erariali che in quel giudizio hanno argomentato in ordine alla figura del funzionario delegato, che, a differenza del funzionario avvocato, è una mansione, un incarico a cui può essere adibito un dipendente di un profilo amministrativo, non iscritto all'albo speciale.

Di tale figura l'Amministrazione capitolina si è avvalsa per le opposizioni a sanzioni amministrative *ex art. 23 comma 4 della legge n. 689 del 1981*.

La sentenza n. 5708 del 2021, richiamata dalla sentenza appellata, ha affermato che l'Amministrazione, nel tentativo di dimostrare la legittimità della procedura concorsuale, rispetto al reperimento interno, sarebbe incorsa

in “*un’inammissibile integrazione postuma di un requisito di partecipazione non previsto nell’avviso pubblico*”, sostenendo una “*diversità dei presupposti di partecipazione della procedura di mobilità esterna rispetto alla precedente procedura in quanto soltanto la prima richiederebbe la previa iscrizione all’Albo degli Avvocati*”.

Al riguardo, in disparte ogni altra valutazione, si rileva l’inconferenza dell’assunto rispetto ai provvedimenti impugnati e alla relativa motivazione, atteso che l’iscrizione all’albo non costituisce condizione per il superamento della procedura di selezione degli avvocati comunali, essendo piuttosto, come già sopra illustrato, una condizione per l’esercizio da parte degli avvocati pubblici, delle relative funzioni professionali, così potendo comunque supportare la decisione di voler incardinare nell’Avvocatura capitolina professionisti muniti della necessaria autonomia e indipendenza.

11. In ragione di quanto sopra la sentenza merita di essere riformata in accoglimento del ricorso in appello.

In particolare, per effetto della riforma della sentenza nella parte in cui il Tar ha ritenuto di accogliere il secondo motivo contenuto nel ricorso introduttivo, assorbendo le rimanenti censure e annullando i provvedimenti con lo stesso impugnati, deve essere riformato anche il capo della sentenza con il quale il giudice di primo grado, accogliendo i motivi aggiunti, ha annullato per illegittimità derivata l’esclusione di parte ricorrente, qui appellata.

12. Devono a questo punto essere scrutinati i motivi riproposti ritualmente da parte appellata con memoria depositata il 17 marzo 2022 in quanto non esaminati dal Tar.

13. Con il primo mezzo è dedotta la violazione degli artt. 34 e 34-*bis* del d. lgs. n. 165 del 2001 in quanto la procedura selettiva è stata avviata prima del decorso del termine ivi previsto. In particolare la doglianza è declinata con riferimento alla violazione dell’art. 34-*bis* deducendo che “*Nel caso di specie,*

l'amministrazione, avendo indetto l'avviso pubblico il 6/11/2017, in attuazione della delibera 225/2017 (cfr all. 1 al ricorso introduttivo) del 26/10/2017, divenuta esecutiva il 31/10/2017, non ha rispettato i termini minimi imposti dal quarto comma dell'art. 34-bis d.lgs 165/2001".

13.1. La censura è infondata.

13.2. Ai sensi dell'art. 34-bis del d. lgs. n. 165 del 2001, nella formulazione *ratione temporis* vigente (precedente alla modifica di cui al d.l. n. 36 del 2022, convertito nella legge n. 79 del 2022), le Amministrazioni sono tenute a comunicare all'Ente competente (individuato dal precedente art. 34 commi 2 e 3) l'area, il livello e la sede di destinazione per i quali si intende bandire il concorso nonché, se necessario, le funzioni e le eventuali specifiche idoneità richieste (comma 1).

Le strutture competenti provvedono, entro quindici giorni dalla comunicazione, ad assegnare secondo l'anzianità di iscrizione nel relativo elenco il personale collocato in disponibilità, con modalità differenti a seconda del livello di governo interessato. Entro quindici giorni dal ricevimento della predetta comunicazione, *“la Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento della funzione pubblica, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, provvede ad assegnare alle amministrazioni che intendono bandire il concorso il personale inserito nell'elenco”. A seguito dell'assegnazione, “l'amministrazione destinataria iscrive il dipendente in disponibilità nel proprio ruolo e il rapporto di lavoro prosegue con l'amministrazione che ha comunicato l'intenzione di bandire il concorso”* (comma 2)

Ai sensi del comma 4 dello stesso art. 34-bis del d. lgs. n. 165 del 2001 le Amministrazioni, decorsi due mesi dalla ricezione della comunicazione, *“possono procedere all'avvio della procedura concorsuale per le posizioni per le quali non sia intervenuta l'assegnazione di personale ai sensi del comma 2”*.

Ai sensi del comma 4 dello stesso art. 34-bis del d. lgs. n. 165 del 2001 *“le*

assunzioni effettuate in violazione del presente articolo sono nulle di diritto”.

La predetta normativa subordina l'avvio di procedure alla verificata impossibilità di ricollocare il personale in disponibilità iscritto in appositi elenchi presso il Dipartimento della funzione pubblica e le strutture regionali e provinciali di riferimento.

Nondimeno la “sanzione” individuata dal legislatore attiene all'atto di assunzione (sul punto anche Cass., 20 gennaio 2016 n. 979), qualificato nullo.

La circostanza è rilevante.

Invero, seppur l'art. 34-*bis* prevede una scansione temporale della procedura da porre in essere prima di avviare la selezione concorsuale, nondimeno la nullità riguarda il solo atto di assunzione (la cui declaratoria, peraltro, sconta la necessità di interpretare la nozione di violazione dell'art. 34-bis in modo che sia compatibile con l'elevata tutela che il nostro ordinamento riserva al lavoratore).

A fronte di ciò per i precedenti provvedimenti amministrativi, compresi gli atti della procedura di mobilità *ex* art. 30 del d. lgs. n. 165 del 2001, valgono le ordinarie regole di illegittimità e annullabilità.

Nel caso di specie è incontestato che l'Amministrazione comunale abbia provveduto a effettuare le comunicazioni di cui al comma 1 dell'art. 34-*bis* del d. lgs. n. 165 del 2001, ma non ha poi atteso il termine ivi indicato per avviare la selezione di cui all'art. 30 del d. lgs. n. 165 del 2001.

Nondimeno ciò non costituisce causa di annullamento degli atti impugnati anche a ritenere che nel caso di specie la previsione di una sanzione, seppur riferita ad altro atto, sia indice della valenza non ordinatoria del termine, seppur nell'ambito di un generale orientamento a considerare il mancato rispetto dei termini procedurali (art. 2 della legge n. 241 del 1990) non rilevante sulla legittimità del provvedimento adottato in ritardo.

Il profilo di illegittimità che ne deriva non si riverbera infatti in termini di annullamento dei relativi atti nella misura in cui alla violazione formale non consegue la violazione sostanziale. Depone in tal senso l'art. 21-octies della legge n. 241 del 1990: se comunque non emerge la presenza di soggetti che potrebbero essere assegnati all'Amministrazione richiedente, così evitando l'assunzione a seguito della selezione di fatto, ciò significa che il contenuto degli atti impugnati, comunque sul punto vincolati al meccanismo di cui all'art. 34-bis del d. lgs. n. 165 del 2001, non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. E l'Amministrazione si è assicurata in tal senso, subordinando, nell'avviso iniziale e nella determina 6 novembre 2017, la procedura di selezione *“all'esito negativo della procedura di mobilità di cui all'art. 34 bis del d. lgs. n. 165 del 2001”*.

14. Con ulteriore motivo parte appellata, già ricorrente in primo grado, ha dedotto la violazione, per mezzo della delibera n. 225 del 2017 e degli atti conseguenti, dell'affidamento ingenerato dalla precedente delibera n. 223 del 2015, basata su una *“prassi”* idonea, in tasi, a ritenere, sulla scora della giurisprudenza della Corte costituzionale, *“legittimi metodi di selezione alternativi al concorso pubblico, volti a valorizzare esperienze interne all'amministrazione”*.

14.1. Il motivo è infondato.

14.2. Con riferimento al profilo della valorizzazione delle esperienze interne si richiama quanto già sopra argomentato, che osta a ritenere che la soluzione recata dalla delibera n. 223 del 2015 ne integri i presupposti.

Neppure il profilo dell'affidamento rileva ai fini dello scrutinio di (il)legittimità degli atti impugnati.

Innanzitutto non vi sono i presupposti per accertare la situazione di affidamento a fronte di una delibera, la n. 223 del 2015, che si limita disporre che *“saranno attivate [...] procedure di mobilità orizzontale volte a selezionare, fra i*

dependenti con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ascritti a profili professionali classificati nella categoria D, 10 unità di personale in possesso dei requisiti culturali e professionali per il riallineamento nel profilo professionale di “Funzionario Avvocato” (categoria D)”, senza comprovare che dette procedure siano state attivate.

Peraltro l'affidamento non si riverbera sulla legittimità del provvedimento (essendo piuttosto un requisito della fattispecie risarcitoria) se non nei casi specificamente previsti dal legislatore, fra i quali i provvedimenti di autotutela, allorquando incontrano situazioni di affidamento, nel caso di specie non formatasi.

15. Con ulteriore motivo è dedotta l'illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione del principio di buon andamento: la previsione della procedura selettiva di cui alla delibera n. 225 del 2017 comporterebbe un aggravio per le casse Capitoline, già in forte disavanzo.

15.1. Il motivo è infondato.

15.2. I profili di copertura della spesa e di gestione del disavanzo non si riverberano in via diretta sulla legittimità del provvedimento, interessando piuttosto l'ordinamento contabile e l'organo allo stesso deputato. Alla delibera n. 225 del 2017 è infatti apposto il parere di regolarità contabile, mentre il disavanzo costituisce oggetto di esame da parte della Corte dei conti.

16. In ragione di quanto sopra il ricorso introduttivo è da respingere, sia con riferimento al motivo accolto dal Tar, sia con riferimento ai motivi non esaminati.

Ne consegue che i provvedimenti gravati con esso non devono essere annullati, né può essere accertata l'illegittimità derivata del provvedimento escludente gravato con motivi aggiunti.

16.1. Residuano da scrutinare i motivi, non esaminati dal Tar, contenuti nei motivi aggiunti e rivolti a sollevare autonome ragioni di illegittimità del

provvedimento di esclusione.

17. Con successivo mezzo, contenuto inizialmente nei motivi aggiunti presentati al Tar, ma non esaminato, parte appellata, già ricorrente in primo grado, ha dedotto la violazione dell'art. 2 lett. b) del bando. Con la determina dirigenziale 13 dicembre 2017 sono state determinate le ammissioni, ammissioni con riserva ed esclusioni.

In data 19 dicembre 2017, con nota prot. GB/125291, veniva comunicata alla ricorrente la motivazione della sua esclusione dalla procedura *“in quanto dipendente di Roma Capitale con il diverso profilo professionale di “Funzionario Amministrativo” – Cat. D e, come tale, non in possesso del requisito previsto dall'art.2 lett. b del bando (mancanza del profilo professionale richiesto)”*.

17.1. Il mezzo è infondato.

17.2. Ai sensi dell'art. 30 comma 2-bis del d. lgs. n. 165 del 2001 *“Le amministrazioni, prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali, finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico, devono attivare le procedure di mobilità di cui al comma 1, provvedendo, in via prioritaria, all'immissione in ruolo dei dipendenti, provenienti da altre amministrazioni, in posizione di comando o di fuori ruolo, appartenenti alla stessa area funzionale, che facciano domanda di trasferimento nei ruoli delle amministrazioni in cui prestano servizio”*. E' altresì precisato che *“il trasferimento è disposto, nei limiti dei posti vacanti, con inquadramento nell'area funzionale e posizione economica corrispondente a quella posseduta presso le amministrazioni di provenienza; il trasferimento può essere disposto anche se la vacanza sia presente in area diversa da quella di inquadramento assicurando la necessaria neutralità finanziaria”*.

L'istituto della mobilità, disciplinato dall'art. 30, comma 2-bis, del d.lgs. n. 165/2001 (T.U.P.I.), costituisce una *species* del più ampio *genus* della mobilità in genere, connotandosi solo per la peculiarità dei soggetti beneficiari, ovvero il personale già in comando o fuori ruolo presso altra amministrazione. La

mobilità in genere rappresenta lo strumento cui attingere in via preventiva rispetto al concorso pubblico in quanto razionalizza le risorse imponendone il reperimento nel serbatoio delle disponibilità già in essere. La valorizzazione di forme di passaggio intermedio spesso in grado di conciliare le aspirazioni del dipendente al cambio della sede con quelle dell'Amministrazione a testarne la professionalità, senza sobbarcarsi del relativo onere economico.

Nel caso di specie i requisiti di ammissione alla procedura di mobilità sono definiti dall'avviso gravato e comprendono *“l'inquadramento nel profilo professionale di Funzionario Avvocato o in profilo professionale attinente per contenuto lavorativo e competenze richieste, categoria D del CCNL Regioni - Autonomie Locali, o in categoria equivalente di altri comparti di contrattazione pubblica”* (art. 2 lett. b).

Il requisito richiesto è quindi quello di essere già appartenente al profilo di funzionario avvocato, compresa l'iscrizione all'albo che lo connota, come sopra illustrato, e l'espletamento delle mansioni caratteristiche.

Sul punto non si rinviene un dubbio esegetico che possa essere interpretato sulla base del principio del *favor participationis*. E ciò anche perché la procedura de quo non è una procedura di concorso pubblico ma di mobilità ai sensi dell'art. 30 comma 2-bis del d. lgs. n. 165 del 2001, così da non sottostare in via diretta alle regole di par condicio tipiche delle competizioni aperte all'esterno (e anzi essendo lo svolgimento della procedura aperta condizionato dalla previa mobilità).

Non è a tal fine sufficiente, come sopra illustrato, aver svolto la mansione di funzionario delegato e aver curato gli interessi dell'Amministrazione nei giudizi introdotti *ex* legge n. 689 del 1981 e averla difesa davanti al giudice di pace.

Alla mansione di funzionario delegato infatti può essere adibito un dipendente di un profilo amministrativo, non iscritto all'albo speciale.

Detta mansione infatti non è espressione dello *ius postulandi* essendo piuttosto una modalità di rappresentanza sostanziale dell'Ente nell'ambito di quei processi che non necessitano dell'assistenza tecnica del difensore.

A fronte della regola generale, in forza della quale “*le parti non possono stare in giudizio se non col ministero o con l'assistenza di un difensore*” (art. 82 c.p.c.), vi sono casi in cui la parte può stare in giudizio personalmente, davanti al giudice di pace, a determinate condizioni, e per le opposizioni ai sensi della legge n. 681 del 1989.

La suddetta attività non può essere spesa al fine di ritenere che sia qualificabile come attività afferente al profilo di funzionario avvocato.

Né può essere speso al fine di vedere integrati il presupposto richiesto dal bando la mera abilitazione professionale, non seguita dall'iscrizione e dallo svolgimento dell'attività tipica.

Né risulta a tal fine dirimente la mera responsabilità dell'ufficio assistenza legale esterna, compatibile con mansioni che non sono tipicamente afferenti a quelle di funzionario avvocato nei termini sopra illustrati.

Pertanto nel caso di specie la ricorrente, qui appellata, non risulta avere comprovato lo svolgimento delle mansioni inerenti al profilo di funzionario avvocato (e richiamate nell'allegato A della delibera n. 223 del 2015).

Né depone in senso contrario la determina 11 gennaio 2018, con la quale è stato disposto lo “*Scioglimento della riserva nei confronti di n. 4 candidati e contestualmente approvazione della graduatoria*”. Ciò in quanto il mero richiamo alle mansioni di cui all'allegato A della delibera n. 223 del 2015 non vale a comprovare lo svolgimento delle mansioni da parte dell'appellata, per i motivi già esposti sopra.

Quanto sopra consente di ritenere, anche in ragione del fatto che non è stato censurato di per sé l'art. 2 lett. b) del bando, che il provvedimento escludente

non può essere censurato sul punto.

218. Con ulteriore motivo parte appellata, già ricorrente in primo grado, ha dedotto la violazione del “*principio dell’affidamento della ricorrente*”, che deriverebbe “*dalla pubblicazione l’elenco dei punteggi attribuiti dalla commissione valutatrice con contestuale pubblicazione dell’elenco dei candidati ammessi a sostenere il colloquio motivazionale il giorno 20 dicembre 2017*”, dal quale risultano essere stati ammessi 10 candidati, dei quali solo 5 si sono presentati al colloquio professionale motivazionale.

18.1. Il motivo è infondato.

18.2. L’illegittimità di un bando di selezione del personale non può desumersi dal numero dei soggetti che vi hanno partecipato o che hanno superato la selezione, specie nel caso in cui, come quello qui controverso, è richiesta la previa appartenenza ad alcuni enti e sono previsti requisiti specifici. Del resto, l’aver previsto le procedure di mobilità ex art. 30 del d. lgs. n. 165 del 2001 come prodromiche rispetto allo svolgimento delle procedure concorsuali indica di per sé la possibilità che le procedure di mobilità non integrino totalmente la necessità di personale dell’ente richiedente.

Neppure può desumersi dal fatto che i posti non siano stati coperti tutti all’esito della procedura di mobilità che la pretesa dell’aspirante escluso fosse fondata, che altrimenti verrebbe meno la forza cogente del bando dell’avviso iniziale e dei requisiti di ammissione.

19. Devono quindi essere respinti i motivi riproposti, contenuti nel ricorso introduttivo e nei motivi aggiunti.

20. In conclusione l’appello deve essere accolto e per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti.

21. La particolarità della questione giuridica sottesa alla presente controversia

giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Sara Raffaella Molinaro

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO