

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 21 gennaio – 12 febbraio 2016, n. 618

*Presidente Maruotti – Estensore Tarantino
Fatto e Diritto*

1. Con ricorso n. 452 del 2009, proposto dinanzi al TAR per il Piemonte, il sig. V. G. chiedeva l'annullamento:

- a) dell'avviso di procedura di progressione verticale a venticinque posti a tempo pieno nel profilo specifico di Responsabile contabile, categoria D1 adottato dal Comune di Torino - Direttore Centrale delle Risorse Umane in data 5 dicembre 2003, nella parte in cui disciplina le eventuali situazioni di candidati risultati, all'esito delle operazioni di valutazione dei titoli e delle prove a parità di punteggio, prevedendo l'esclusivo ricorso al criterio dell'età con preferenza del candidato più giovane;
- b) della determinazione 5 dicembre 2003 del Direttore del Servizio Centrale Risorse Umane n. 2556;
- c) della determinazione del Dirigente del Settore Gestione Risorse Umane in data 18 giugno 2004 con la quale era stata approvata la graduatoria della medesima procedura di progressione verticale, collocando il ricorrente a pari merito con altro candidato, al 26° posto, e dunque escludendolo dalla posizione utile ai fini della selezione;
- d) del provvedimento con cui il Direttore Centrale delle Risorse Umane in data 3 settembre 2004 è stata respinta una domanda di riesame.

Il ricorrente ha chiesto inoltre la condanna dell'Amministrazione al pagamento dei danni.

2. Il primo giudice respingeva le domande di annullamento e dichiarava inammissibile la domanda di risarcimento del danno.

3. Avverso la sentenza indicata in epigrafe, propone appello l'originario ricorrente, che incentra le sue difese su uno solo dei motivi proposti in primo grado, deducendo, in particolare, l'erroneità della sentenza di prime cure, per non avere rilevato la violazione dell'articolo 21, comma 1, del "Regolamento Assunzioni" del Comune di Torino.

L'appellante ha dedotto che la norma regolamentare non sarebbe stata derogata da alcun atto prodromico all'avviso di concorso e - conseguentemente - che essa si sarebbe dovuta applicare in sede amministrativa, in quanto norma di azione non derogata da accordi sindacali.

Del pari, priva di pregio la una nota del Comune di Torino del 3 settembre 2004, secondo la quale la partecipazione al concorso, il cui bando prevedeva il cennato criterio di preferenza, avrebbe comportato l'accettazione integrale del bando anche nella parte concernente le eventuali situazioni preferenziali di candidati risultanti, all'esito delle operazioni di valutazione dei titoli e delle prove, a parità di punteggio.

4. Costituitasi in giudizio, l'amministrazione comunale sostiene che il d.P.R. n. 487 del 1994 non sarebbe direttamente applicabile alla procedura de qua, dal momento che essa si applica soltanto per l'accesso esterno al pubblico impiego, né l'art. 18 bis della stessa disciplina la qualifica come norma di indirizzo per gli enti locali.

La fonte di riferimento sarebbe rappresentata dal CCNL del 1° aprile 1999, che rimetterebbe ai singoli enti la disciplina delle modalità di progressione verticale, nella fattispecie contenuta nell'avviso posto in essere in esecuzione

della determinazione n. 2556 del 5 dicembre 2003.

In ogni caso l'art. 3 comma 7, l. 127/1997, avrebbe sostituito la regola contenuta nell'art. 5, comma 5, d.p.r. 487/1994 circa i criteri di preferenza, facendo prevalere quello della minore età.

5. Nelle successive difese, l'appellante nel reiterare le proprie argomentazioni osserva che alla fattispecie dovrebbe applicarsi il d.P.R. n. 487 del 1994, dal momento che si è in presenza di un passaggio da un'area all'altra e, inoltre, che l'art. 3 comma 7, l. 127 del 1997 non avrebbe inteso sostituire la regola contenuta nell'art. 5, comma 5, d.P.R. n. 487 del 1994.

6. L'appello è parzialmente fondato e va accolto nei limiti di seguito indicati.

7. Occorre, innanzitutto ricostruire la disciplina operante nella presente fattispecie.

7.1. In punto di fatto, va premesso che l'appellante – in quanto padre di un bambino – ha chiesto in sede amministrativa che si tenga conto del criterio di preferenza discendente da questa situazione di fatto e che, dunque, non rilevava in concreto la sua età maggiore, rispetto a quella della controinteressata in primo grado (collocata dal Comune al 25° posto in graduatoria, perché più giovane), a parità di punteggio.

7.2. Ciò posto, ritiene la Sezione che l'Amministrazione avrebbe dovuto applicare la normativa legislativa statale e quella regolamentare comunale, secondo la quale il criterio dell'età è residuale, rispetto ai criteri di preferenza di carattere generale (tra cui, quello di risultare genitore).

Per la giurisprudenza consolidata di questo Consiglio (Cons. St., Sez. V, 7 settembre 2009, n. 5234), l'art. 5, comma 5, del d.P.R. n. 487 del 1994, si deve intendere solo parzialmente abrogato (per incompatibilità sopravvenuta) dall'art. 3, comma 7, l. n. 127 del 1997, modificato dall'art. 2, l. n. 191 del 1998, nella misura in cui introduce un criterio opposto rispetto alla disciplina previgente della prevalenza del candidato di minore e non più di maggiore età. Tale legge non ha però disposto un'abrogazione totale della precedente disciplina, come chiarito anche dalla Corte Costituzionale, che, con l'ordinanza n. 268 del 2001, ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, l. n. 127 del 1997, come modificato dall'art. 2, comma 9, l. n. 191 del 1998, censurato, per violazione del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 cost., in quanto sarebbe stato capovolto, senza un'adeguata giustificazione, un criterio "fondamentale nei pubblici concorsi" quale quello della preferenza, a parità di altri titoli, accordata al candidato con la maggiore età.

Pertanto, nei concorsi pubblici, i titoli di preferenza di cui all'art. 5, c. 4, del D.P.R. n. 487 del 1994 (nella specie, figli a carico) devono essere valutati prima del criterio della minore età, ex art. 3, legge n. 127 del 1997.

Quest'ultimo rappresenta un elemento preferenziale nel reclutamento nel pubblico impiego soltanto in via residuale, ossia nei casi di parità dopo la valutazione del merito e dei titoli di preferenza indicati nel citato c. 4 dell'art. 5.

Deve escludersi, quindi, che la normativa statale sia da interpretarsi nel senso fatto proprio dall'amministrazione comunale.

Al contrario, dunque, di quanto ha ritenuto la sentenza appellata, la normativa statale è stata ricalcata dall'art. 21, comma 1, del "Regolamento Assunzioni"

del Comune di Torino, secondo il quale a parità di punteggio ed in assenza dei titoli di preferenza, il criterio da applicare in caso di pari punteggio in un concorso sia quello della minore età.

A fronte della descritta ed uniforme disciplina deve rilevarsi che né l'accordo sindacale dell'11 luglio 2002, né la determinazione n. 2556 del 5 dicembre 2003 contengono alcuna specifica disposizione, che è, invece, presente nel solo Avviso del 5 dicembre 2003 (impugnato col ricorso di primo grado), secondo il quale "Eventuali situazioni di ex aequo saranno risolte ricorrendo esclusivamente all'età, preferendo il candidato più giovane".

Questa previsione, però, contrasta non solo con la disciplina statale sopra descritta, ma anche con il citato art. 21, comma 1, del Regolamento comunale, che secondo quanto specificato nella premessa dello stesso: "disciplina le norme di accesso ai profili professionali (compresi quelli acquisibili per progressione mediante procedure concorsuali interne), le modalità dei concorsi, i criteri di valutazione delle prove e dei titoli ai sensi della vigente normativa (art. 36, commi 1 e 2, e art. 61, commi 1 lettera a) del D.Lgs. 29/93 e L. 127/97)...".

L'Avviso del 5 dicembre 2003, si discosta immotivatamente dalla disciplina sopra descritta e, risulta, quindi, illegittimo, così come illegittima risulta la determinazione del Dirigente del Settore Gestione Risorse Umane in data 18 giugno 2004 con la quale è stata approvata la graduatoria della procedura di progressione verticale.

Né ad una diversa conclusione può addivenirsi, facendo leva sulla presunta acquiescenza che l'originario ricorrente avrebbe prestato alle previsioni del citato Avviso.

Non vi era a suo tempo l'onere di impugnare le clausole della lex specialis, in quanto non si palesavano come immediatamente lesive, perché non impedivano la partecipazione all'aspirante concorrente al concorso.

Pertanto, la lesività della previsione contenuta nell'avviso è emersa solo al momento dell'approvazione della graduatoria.

8. Deve, invece, trovare conferma la sentenza del primo giudice nella parte in cui dichiara inammissibile per genericità la domanda di risarcimento dei danni, che in sede di appello viene richiamata in termini ancor più vaghi, invocando semplicemente l'accoglimento del ricorso di primo grado.

9. L'appello deve, pertanto essere accolto solo in parte, con ciò che ne consegue in termini di parziale riforma della sentenza di primo grado e di parziale annullamento degli atti impugnati con il ricorso di primo grado (nella parte in cui hanno collocato l'appellante al 26° posto in graduatoria, e non al 25°).

Le spese dei due gradi seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 1890 del 2011, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte ed in parte lo respinge e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata accoglie in parte il ricorso di primo grado ed annulla nei sensi di cui in motivazione gli atti impugnati.

Conferma la sentenza di primo grado nella parte in cui dichiara inammissibile la domanda di risarcimento del danno.

Condanna il Comune di Torino al pagamento delle spese del doppio grado di

giudizio, che liquida in 5.000,00 (cinquemila(00) euro, oltre accessori di legge in favore di V.G.

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