

N. 04987/2012REG.PROV.COLL.
N. 04572/2008 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4572 del 2008, proposto da Duca Ivan, rappresentato e difeso dagli avvocati Edoardo Galdi e Enrica Isidori, con domicilio eletto presso Edoardo Galdi in Roma, vicolo del Buon Consiglio, 31;

contro

CNR - Consiglio Nazionale delle Ricerche, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio – Roma, 14 febbraio 2008, n. 2572

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del CNR - Consiglio Nazionale delle Ricerche;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2012 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Isidori e l'avvocato dello Stato Soldani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il signor Ivan Duca con il ricorso in appello afferma di aver prestato servizio presso il Consiglio Nazionale delle Ricerche (d'ora in poi: 'il CNR') dal 2 gennaio 1995 al 15 giugno 1998 con contratto di lavoro a tempo determinato ai sensi dell'articolo 23 del d.P.R. 12 febbraio 1991, n. 171 (*Recepimento delle norme risultanti dalla disciplina prevista dall'accordo per il triennio 1988-1990 concernente il personale delle istituzioni e degli enti di ricerca e sperimentazione di cui all'art. 9 della L. 9 maggio 1989, n. 168*).

Egli espone che a decorrere dal 16 giugno 1998 divenne dipendente a tempo indeterminato del CNR per essere risultato vincitore di un concorso pubblico a 79 posti di 'collaboratore tecnico enti di ricerca' (VI q.f.). Nel corso del 2001 il CNR ebbe ad indire una procedura interna per la selezione di 1.226 dipendenti da ammettere alla progressione di livello rispetto al profilo di inquadramento, conformemente alla previsione di cui all'articolo 54 del C.C.N.L. di comparto per il periodo 1998-2001. L'articolo 2 del bando, conformemente all'articolo 13, comma 3, lettera b) del citato d.P.R. 171 del 1991, prevedeva che l'accesso alla selezione fosse consentito solo a coloro che avessero maturato il requisito di anzianità di almeno sei anni nella VI qualifica funzionale entro il termine ultimo previsto dallo stesso bando (21 febbraio 2002).

Con il provvedimento in data 3 marzo 2004 (oggetto di impugnativa nell'ambito del ricorso in primo grado) il CNR escluse il signor Duca dalla procedura, perché privo del requisito di partecipazione dei sei anni nella VI qualifica funzionale.

Il provvedimento è stato impugnato dal signor Duca (ricorso n. 3301/2004) dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio il quale, con la sentenza oggetto del presente appello lo ha respinto, ritenendolo infondato.

La sentenza è stata impugnata in sede di appello dallo stesso Duca il quale ha in primo luogo osservato che il Tribunale amministrativo avrebbe dovuto dichiarare la carenza di giurisdizione del giudice amministrativo. Infatti, il più recente orientamento giurisprudenziale ha chiarito che, ai fini di giurisdizione, occorre distinguere fra i c.d. concorsi interni con passaggio di qualifica o di area (assegnati alla giurisdizione amministrativa) e i c.d. concorsi interni senza passaggio di area (assegnati alla giurisdizione ordinaria). Siccome è pacifico che la questione all'origine dei fatti di causa concerne un concorso interno senza passaggio di area, erroneamente il Tribunale amministrativo avrebbe ommesso di rendere una pronuncia declinatoria della giurisdizione.

Nel merito, la sentenza è per l'appellante erronea per la parte in cui ha ritenuto l'effettiva carenza del requisito di partecipazione alla selezione, per non essere valutabile il periodo prestato presso il medesimo ente e con la medesima qualifica con contratto di lavoro a tempo determinato.

In particolare, pur dovendosi ammettere che il passaggio del tempo determinato al tempo indeterminato avesse comportato una novazione oggettiva del rapporto, il contenuto concreto del rapporto

era rimasto immutato nel corso del tempo, avendo l'interessato sempre svolto le mansioni di 'collaboratore tecnico enti di ricerca'.

Di conseguenza, non sussisteva ragione per non riconoscere ai fini concorsuali il periodo prestato nella medesima qualifica per un periodo di tempo che, laddove adeguatamente valutato, avrebbe consentito di partecipare alla procedura per cui è causa.

Si è costituito in giudizio il CNR il quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Alla camera di consiglio dell'8 maggio 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto dal signor Duca Ivan, dipendente a tempo indeterminato del C.N.R. (il quale, fino al giugno del 2008, aveva lavorato con rapporto a tempo determinato presso il medesimo ente), avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio 14 febbraio 2008, n. 2572 che ha respinto il ricorso avverso gli atti con cui il C.N.R. lo aveva escluso dalla partecipazione a un concorso interno riservato ai dipendenti con almeno sei anni di anzianità, per non avere l'Istituto riconosciuto ai fini concorsuali il periodo prestato prima del suo passaggio al tempo indeterminato.

2. I motivi con cui il Duca contesta preliminarmente la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo non possono trovare accoglimento.

Al riguardo va rammentato che non può considerarsi legittimata alla sollevazione dell'eccezione di difetto di giurisdizione in sede di appello la parte che abbia adito la stessa giurisdizione con l'atto introduttivo di primo grado (Cons. Stato, VI, 10 marzo 2011, n.

1537; V, 7 febbraio 2012, n. 656). Si tratta di un principio che differisce, in ragione del sopravvenire nel nuovo ordinamento processuale, dall'orientamento che faceva riferimento al quadro normativo anteriore (cfr. Cons. Stato, VI, 10 settembre 2009, n. 5454; V, 5 dicembre 2008, n. 6049; IV, 24 febbraio 2000, n. 999).

Con la sentenza n. 1537 del 2011, questa Sezione ha in particolare affermato che, in ragione dei principi ispiratori del nuovo regime processuale, l'eccezione non è più sollevabile dalla parte che vi ha dato luogo agendo in primo grado mediante la scelta del giudice del quale, poi, nel contesto dell'appello disconosce e contesta la giurisdizione. Ritenere il contrario si porrebbe in contrasto con i principi di correttezza e affidamento che modulano il diritto di azione e significherebbe, in caso di domanda proposta a giudice carente di giurisdizione, non rilevata d'ufficio, attribuire alla parte la facoltà di ricusare la giurisdizione a suo tempo prescelta, in ragione dell'esito negativo della controversia. La decisione ha aggiunto che in quanto contenuto di una vera e propria eccezione in senso tecnico (e non più, quindi, di una mera segnalazione al giudice al fine della attivazione di un potere esercitabile d'ufficio; potere già, peraltro, limitato in relazione alla formazione del giudicato interno: tra le altre, Cons. Stato, Ad. plen., 30 luglio 2008, n. 4 e Cass., SS.UU., 24 luglio 2009, n. 17349), si deve ritenere inammissibile la censura di difetto di giurisdizione sollevata dall'appellante, che aveva scelto di proporre il ricorso di primo grado davanti al giudice amministrativo.

3. Nel merito, il ricorso è fondato.

3.1. Il *thema decidendum* consiste nello stabilire se il periodo di servizio prestato in posizione di dipendente a tempo determinato (ma con articolazione dell'orario di servizio a tempo pieno) possa essere

computato al fine di integrare la complessiva anzianità di servizio prevista per l'accesso a taluni concorsi riservati (sempre che il rapporto di lavoro a tempo determinato sia stato in concreto prestato per mansioni, qualifiche e profili effettivamente equivalenti a quelle richieste dal bando per l'accesso al concorso riservato).

3.2. Il Collegio ritiene che debba essere fornita risposta in senso affermativo.

Al riguardo si osserva:

- che, alla luce del generale principio del *favor participationis* che deve caratterizzare le procedure di accesso e di progressione nell'ambito dell'impiego alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, le disposizioni di legge, di regolamento e di contratto che limitano o impediscono l'accesso a tali procedure devono essere lette in senso stretto;

- che le disposizioni le quali abilitavano l'emanazione della procedura selettiva all'origine dei fatti di causa (in particolare: l'articolo 54 del CCNL 1998-2001 per il comparto delle Istituzioni e degli Enti di ricerca e l'articolo 13, comma 3, lettera c) del d.P.R. 12 febbraio 1991, n. 171) non prevedevano alcuna limitazione della computabilità del periodo prestato in posizione di lavoro a tempo determinato ai fini dell'accesso alle procedure selettive per la progressione di livello nell'ambito dei profili;

- che, in particolare, l'articolo 13, comma 3, lettera b) del d.P.R. n. 171 del 1991 stabiliva che la progressione di livello nell'ambito dei profili sarebbe avvenuta tramite procedure selettive "*nei confronti del personale rivestente il profilo interessato, che abbia maturato, rispettivamente, 6 anni di servizio per ogni livello dei profili di collaboratore tecnico*" (il Duca aspirava, appunto, a transitare al profilo di collaboratore tecnico –

quinto livello professionale). Ebbene, il fatto che la disposizione prescrivesse il solo requisito di aver prestato un determinato periodo “*diservizio*” (senza ulteriori specificazioni o limitazioni) conferma l'impossibilità di ravvisare nella disposizione un impedimento alla computabilità dei periodi di servizio prestati nel medesimo profilo e livello, ma con rapporto di lavoro a tempo determinato;

- che, più in generale, le disposizioni di legge, di regolamento e di contratto che consentono eccezionalmente di riservare l'accesso o il progresso a determinate tipologie di impiego a coloro che siano in possesso di determinati periodi di servizio prestati in particolari profili o livelli hanno in comune la *ratio* di valorizzare la specifica esperienza lavorativa del candidato, acquisita con la prolungata prestazione di un servizio aventi particolari caratteristiche. Tuttavia, se tale è la comune *ratio* di siffatte disposizioni, ne consegue che l'accesso a queste procedure dovrà essere consentito sulla base delle caratteristiche oggettive e sostanziali del tipo di servizio prestato, non sulla base della tipologia formale del rapporto (a tempo determinato ovvero indeterminato) in concreto intrattenuto con l'amministrazione;

- che la vigente normativa (comma 2 dell'articolo 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165) demanda alle amministrazioni pubbliche l'individuazione delle particolari necessità organizzative che possono giustificare il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato, ma non consente alle amministrazioni di operare discriminazioni in danno dei lavoratori a tempo determinato, laddove le prestazioni da loro effettuate siano in tutto assimilabili a quelle svolte dai lavoratori a tempo indeterminato;

- che l'articolo 6 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 – in

accordo con il considerando 14, la clausola 1 e la clausola 4 della direttiva 1999/70/CE - stabilisce che, per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive.

3.3. Riconducendo i principi in questione alle peculiarità del caso di specie, si ritiene che l'appello sia meritevole di accoglimento laddove ha lamentato l'illegittimità dell'esclusione del Duca dalla procedura all'origine dei fatti di causa.

Sotto tale aspetto, l'amministrazione ha omesso di considerare: a) che il periodo di servizio prestato dal Duca in posizione di lavoratore a tempo determinato era assimilabile a quella richiesta dal pertinente C.C.N.L., nonché dal bando della procedura (si trattava in ambo i casi del profilo di collaboratore tecnico di enti di ricerca); b) che, laddove il periodo di servizio prestato con rapporto di lavoro a tempo determinato fosse stato debitamente computato, il Duca avrebbe conseguito il periodo minimo di sei anni che gli avrebbe consentito di accedere *pleno iure* alla procedura selettiva per cui è causa.

4. Per le ragioni sin qui esposte il ricorso in epigrafe deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza in epigrafe, deve essere disposto l'annullamento degli atti impugnati con il primo ricorso.

La particolarità e parziale novità delle questioni esaminate giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta),

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, dispone l'annullamento degli atti impugnati con il primo ricorso.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Gabriella De Michele, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/09/2012

IL SEGRETARIO

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