



AVVOCATURA DELLO STATO

Palermo, li 7-8-2010Partenza N. 76220/10

Cons. 3151/2010

Avv. G. CIANI

OGGETTO: Concorsi interi per titoli, a posti di varie qualifiche, indetto da A.A.P.I.T. di Enna in data 16.5.2002 - Parere.

FAX

All'Assessorato delle Autonomie Locali
e della Funzione Pubblica della Regione
Siciliana
Dip.to Reg. Funzione Pubblica e
Personale

U.O. "Adempimenti relativi allo stato
giuridico del personale proveniente da
altri Enti e Aziende pubbliche"

P A L E R M O

(Rif. nota 10.6.2010 prot. n. 83002)

I. Codesta Amministrazione sottopone alla Scrivente la questione relativa alla "possibilità (...) di procedere ancora oggi, in autotutela, all'attivazione di procedure idonee a dichiarare illegittime le procedure concorsuali [indette dall'Azienda Autonoma per l'Incremento Turistico di Enna in data 15.5.2002, successivamente all'entrata in vigore della L.R. 15.5.2000 n. 10 di riforma della dirigenza e dei rapporti di impiego alle dipendenze della Regione siciliana]".

Esaminata la documentazione trasmessa, giova preliminarmente inquadrare la fattispecie attraverso una scansione cronologica della normativa di riferimento.

a) Com'è noto, con L. R. n. 10/2000 si procedeva al riassetto della disciplina sulla dirigenza regionale con istituzione di un unico ruolo articolato in due fasce, oltre ad una terza fascia nella fase di prima applicazione della stessa legge, e alla rimodulazione dei rapporti di lavoro del personale non dirigenziale suddiviso in quattro categorie.

Tale riforma si applicava alle Amministrazioni regionali e agli "enti pubblici non economici sottoposti a vigilanza e/o controllo della Regione" con conseguente adeguamento di tali enti "anche in deroga alle speciali disposizioni di legge"; per gli altri enti pubblici non economici, l'art. 1, co. 3, secondo alinea, della L.R. n. 10/2000 stabiliva che "il Presidente della Regione, su proposta dell'Assessore competente, provvede[va] entro sessanta

giorni dall'entrata in vigore della [medesima L.R.] all'emanazione dell'apposito regolamento tipo".

b) Ciò posto, l'Azienda Autonoma per l'Incremento Turistico di Enna (A.A.P.I.T.) - persona giuridica di diritto pubblico sottoposta al controllo della Provincia -, previa modifica della pianta organica con deliberazione n. 18 del 12.5.2000 (non approvata dal Consiglio Provinciale di Enna con delibera n. 56 dell'8.6.2000 che, poi, veniva caducata dal TAR di Catania con sentenza n. 694 del 29.4.2002, passata in giudicato, non ritenendo applicabile la L.R. n. 10/2000 in difetto dell'emanazione del regolamento tipo da parte del Presidente della Regione), il 16.5.2002 bandiva un concorso interno per soli titoli per la copertura di due posti di dirigente superiore, uno di dirigente amministrativo, uno di dirigente tecnico-contabile e due di assistente informatico.

Senonché, ad onta di reiterati inviti, da parte sia dell'Assessorato Famiglie e Autonomie Locali sia dell'Assessorato Turismo, per la revoca in autotutela del bando, l'A.A.P.I.T. di Enna espletava il concorso nel 2002 con approvazione delle relative graduatorie e nomina dei vincitori nelle posizioni dianzi indicate - sebbene, in precedenza, nel 2001 la stessa A.A.P.I.T. avesse già provveduto, invece, ad inquadrare tali dipendenti rispettivamente nel ruolo unico dirigenziale e nelle nuove posizioni economiche di cui alla L.R. n. 10/2000.

Si delineava, quindi, una contraddizione tra l'iniziale inquadramento, da parte dell'A.A.P.I.T. di Enna, del proprio personale nella nuova organizzazione risultante dalla L.R. n. 10/2000 e la successiva indizione di un concorso interno per la copertura di posizioni ormai inesistenti a seguito dell'entrata in vigore di detta legge.

c) Frattanto, con deliberazione n. 1232 del 30.3.2004 della Giunta regionale, veniva approvato - ben oltre il suddetto termine di sessanta giorni dall'entrata in vigore della L.R. n. 10/2000 - il regolamento tipo, di cui all'art. 1, co. 3, dell'anzidetta L.R. n. 10/2000, per l'adeguamento delle aziende autonome provinciali per l'incremento turistico.

d) Indi, la L.R. 15.9.2005 n. 10 disponeva la soppressione delle AA.AA.P.I.T. con trasferimento di beni ed attività alle province regionali (art. 5), stabilendo il transito del personale - cui si applicava la disciplina relativa ai dipendenti dell'Amministrazione regionale - nel ruolo di cui all'art. 5 della L.R. n. 10/2000, con successiva assegnazione, su richiesta, alla Regione o alla provincia competente (art. 10, co. 2-bis aggiunto dall'art. 2 della L.R. 6.2.2006 n. 10).

Sicché, con D.D.G. n. 3587 del 24.4.2007, la Regione procedeva, a decorrere dall'1.5.2007, al transito nel ruolo predetto di 322 unità di personale proveniente dalle sopresse AA.AA.P.I.T., con previsione, tuttavia, di apposita clausola di salvaguardia,

mediante verifica dei fascicoli dei dipendenti transitati, in ordine all'adeguamento delle posizioni economiche al vigente C.C.R.L., come da parere n. 1322 del 25.1.2007 dell'Ufficio Legislativo e Legale.

A questo punto, dalla disamina dei fascicoli del personale proveniente dall'A.A.P.I.T. di Enna emergeva il problema del corretto inquadramento dei dipendenti risultati vincitori del concorso interno suindicato, con particolare riferimento alla possibilità di annullamento in autotutela, da parte di codesto Assessorato, degli atti dello stesso concorso.

II.- Tanto rilevato, prima di verificare se sussistano i presupposti per l'annullamento in autotutela, occorre verificare, anzitutto, se codesta Amministrazione abbia la competenza necessaria ad avviare un siffatto procedimento, tenuto conto che il concorso in questione è stato bandito dalla soppressa A.A.P.I.T. di Enna - cui è succeduta la Provincia regionale di Enna, mentre il personale (già sottoposto alla disciplina prevista per i dipendenti della Regione) è transitato nel ruolo regionale di cui all'art. 5 della L.R. n. 10/2000.

Al riguardo, come già precisato dall'Ufficio Legislativo e Legale con il prefato parere n. 1322 del 25.1.2002, la successione a titolo particolare nel rapporto di lavoro comporta l'esercizio, da parte del nuovo datore di lavoro, di tutti i poteri già facenti capo al precedente datore di lavoro; tant'è che, per giurisprudenza di legittimità, "in caso di dipendenti statali transitati nei ruoli regionali in base al d.lgs. 16 settembre 1996, n. 514, la Regione succede a titolo particolare nel rapporto di lavoro già intercorrente con l'amministrazione dello Stato, subentrando nella stessa posizione del precedente datore di lavoro relativamente a tutti i diritti, obblighi e poteri ai sensi dell'art. 2112 cod.civ. Ne consegue che, qualora al tempo del trasferimento fosse in corso un procedimento disciplinare iniziato dal precedente datore di lavoro (e, nel caso di specie, sospeso in attesa degli esiti del procedimento penale a carico del dipendente), esso può essere riattivato e portato a conclusione dalla subentrante amministrazione regionale" (Cass. civ. Sez. lavoro, 16.1.2006 n. 758).

Se ne deduce, allora, che la potestà di annullamento in autotutela degli atti concorsuali (bando, approvazione delle graduatorie e nomine dei vincitori, già facente capo all'A.A.P.I.T. di Enna, non viene meno a seguito della soppressione di tale Azienda Autonoma, ma si trasferisce ope legis, unitamente ai rapporti di lavoro, al nuovo datore, ossia la Regione.

E difatti, il transito dei dipendenti delle sopresse AA.AA.P.I.T. nel ruolo regionale avviene senza soluzione di continuità dei poteri propri dell'Amministrazione datrice di lavoro,

ivi compreso, nella specie, quello di annullare in autotutela gli atti di un concorso illegittimamente bandito.

Sotto questo profilo, a norma dell'art. 21-nonies, co. 1, della L. n. 241/1990, "il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge".

Ora, passando all'esame dei presupposti per l'esercizio della potestà di autotutela, è di primaria importanza sottolineare che il precitato art. 21-nonies della L. n. 241/1990 "ha codificato le seguenti condizioni per l'esercizio del potere di annullamento di ufficio da parte della P.A.: a) l'illegittimità dell'atto; b) la sussistenza di ragioni di interesse pubblico; c) l'esercizio del potere entro un termine ragionevole; d) la valutazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati rispetto all'atto da rimuovere" (Cons. Stato, Sez. V, 7.4.2010 n. 1946).

Quanto al vizio di legittimità, la Scrivente condivide l'analisi di codesta Amministrazione in merito alla sussistenza di molteplici elementi che inficiano il concorso interno bandito dall'A.A.P.I.T. di Enna.

Sebbene al momento dell'indizione del concorso non fosse stato ancora adottato il regolamento tipo, di cui all'art. 1, co. 3, della L.R. n. 10/2000, non pare dubitabile che l'azione amministrativa dell'A.A.P.I.T. di Enna fosse diretta ad eludere illegittimamente la nuova disciplina dettata dalla L.R. n. 10/2000, come dimostra il fatto che il concorso è stato bandito proprio nelle more dell'approvazione di tale regolamento tipo e, per di più, ai fini della copertura di posizioni eliminate dalla nuova disciplina in corso di attuazione.

Trattasi, all'evidenza, di un'attività che collide con il principio di buona fede e di leale collaborazione fra pubbliche Amministrazioni e, più in generale, con quello di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97, co. 1, Cost.).

A ciò si aggiunga che, ammessa - in tesi - e non concessa l'inapplicabilità della L.R. n. 10/2000 alle AA.AA.P.I.T. in mancanza del regolamento tipo da parte del Presidente della Regione, l'indizione di un concorso interno per titoli si poneva in netto contrasto con l'art. 28 e 35 del D.Lgs. n. 165/2001 (normativa, questa, applicabile alle aziende autonome degli enti locali), precludendo ogni possibilità di accesso agli impieghi dall'esterno - in violazione sostanziale, quindi, del principio del concorso pubblico di cui all'art. 97, co. 3, Cost.

Del resto, non v'è chi non veda la palese contraddittorietà nell'azione dell'A.A.P.I.T. di Enna che, nel 2001, si affrettava ad inquadrare il personale (poi risultato vincitore del concorso) nelle

nuove qualifiche e posizioni economico-professionali in conformità al D.P.Reg. n. 10/2001, mentre nel 2002 bandiva illegittimamente un concorso interno per la copertura di posizioni ormai soppresse o, comunque, destinate ad essere soppresse con l'adozione del regolamento tipo.

Il risultato ultimo di tale operazione - *in fraudem legis* - era l'accesso alle qualifiche dirigenziali in violazione dell'art. 6 della L.R. n. 10/2000, cui fa rinvio l'art. 4 del regolamento tipo approvato con delibera di Giunta n. 122/2004, come evidenziato da codesta Amministrazione.

Circa le ragioni di interesse pubblico da porre a fondamento del procedimento di annullamento, preme segnalare che, per comune principio giurisprudenziale, "la P.A., quando esercita il potere di autotutela, deve dimostrare, **attraverso una congrua motivazione**, non solo la sussistenza di un vizio di legittimità che inficia l'atto che si intende annullare, ma anche il concorso di un **pubblico interesse specifico all'annullamento, diverso da quello generico al mero ripristino della legalità violata**" (Cons. Giust. Amm. Sic., Sez. riunite, 15.6.1993 n. 283).

In tal senso, per costante giurisprudenza, "il provvedimento di autotutela dell'Amministrazione, diretto all'annullamento della nomina di un dipendente, non può fondarsi esclusivamente sull'esigenza di ripristino della legalità, ma deve preoccuparsi di **esternare le ragioni dell'interesse pubblico concreto e attuale che ostano al mantenimento in servizio del dipendente, soprattutto quando la revoca interviene a distanza di tempo, incidendo su posizioni ormai consolidate e stabilizzate**" (ex plurimis, T.A.R. Lazio Roma Sez. III, 8.1.2005 n. 94).

Nel caso in esame, ad avviso della Scrivente, bisognerebbe prendere le mosse dal principio di parità del trattamento economico fra i dipendenti transitati nel ruolo regionale dalla soppressa A.A.P.I.T. di Enna e quelli già in servizio presso l'Amministrazione regionale, e ciò in armonia con la seguente statuizione della Suprema Corte: "La regola per cui il passaggio da un datore di lavoro all'altro comporta l'inserimento del dipendente in una diversa realtà organizzativa e in un mutato contesto di regole normative e retributive, con l'applicazione del trattamento in atto presso il nuovo datore di lavoro (art. 2112 cod. civ.), è confermata, per i dipendenti pubblici, dall'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001 il quale, nel testo attuale (come modificato dall'art.16, comma 1 della legge n. 246 del 2005, con efficacia interpretativa del testo precedente), riconduce il passaggio diretto di personale da amministrazioni diverse alla fattispecie della "cessione del contratto" (art. 1406 cod. civ.) e stabilisce, altresì, la regola generale dell'applicazione del trattamento giuridico ed economico, compreso quello accessorio, previsto nei

contratti collettivi nel comparto dell'amministrazione cessionaria" (Cass., Sez. lavoro, 13.9.2006 n. 19654).

Più nello specifico, l'illegittima "promozione", da parte dell'A.A.P.I.T. di Enna, di personale interno assunto in qualifiche inesistenti a seguito dell'entrata in vigore della L.R. n. 10/2000 determinava l'attribuzione di un trattamento ingiustificato e privilegiato.

E l'esigenza di una perequazione sostanziale sembrerebbe imporsi, nonostante il lasso di tempo (tutt'altro che breve) finora trascorso, in considerazione soprattutto della situazione di illegittimità permanente da rimuovere, onde evitare maggiori esborsi per un'attività illegittima che, sebbene posta in essere solo dall'A.A.P.I.T. di Enna, si riverbera ora esclusivamente in danno dell'erario regionale.

In questa prospettiva, l'annullamento in autotutela degli atti del concorso appare - anzi - come un'attività doverosa di codesta Amministrazione che, in caso di inerzia, verrebbe a subire passivamente le conseguenze economiche negative di una manovra elusiva realizzata dal precedente datore di lavoro.

Con riferimento all'interesse dei dipendenti destinatari della revoca, il favoritismo illegittimo di questi da parte della soppressa A.A.P.I.T. di Enna con l'indizione del concorso in questione - nonostante la ferma opposizione da parte dell'Amministrazione regionale con reiterati inviti al ritiro del bando in autotutela - sembrerebbe configurare un elemento che, oltre a mettere in dubbio la sussistenza di un loro affidamento incolpevole, evidenzia vieppiù la suddetta disparità di trattamento giustificando, quindi, l'avvio di un procedimento di annullamento, nel rispetto delle garanzie partecipative di cui alla L. n. 241/1990, diretto alla retrocessione nelle originarie qualifiche a decorrere dal transito nel ruolo regionale in data 1.5.2007.

** ** *

Tanto si rileva in risposta al quesito di codesta Amministrazione e si resta a disposizione per ogni eventuale esigenza di integrazioni e/o chiarimenti, avvertendo che il presente parere non è - ovviamente - ostensibile.

~~L'INCARICATO~~
~~(Giuseppe Ciani~~
~~avvocato dello Stato)~~

L'AVVOCATO DISTRETTUALE