

Publicato il 20/11/2018

N. 06701/2018 REG.PROV.COLL.
N. 04054/2014 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4054 del 2014, proposto da Luigi Maiello, rappresentato e difeso dagli avvocati Pasquale Fornaro, Marco Iannaccone, Antonio Parisi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Antonio Parisi in Napoli, via S. Aspreno, 13;

contro

Comune di Cercola in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Leone, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via V. Mosca, 41;

per l'annullamento

- della deliberazione della giunta comunale del comune di Cercola n. 58 del 2014, con la quale si decideva di annullare la deliberazione di assunzione a tempo indeterminato del ricorrente;

- di tutti gli atti, ivi compresi i pareri del Collegio dei revisori dei conti prot. n. 3555/2014 del 20 marzo 2014 e dell'Ufficio personale prot. n. 2586 del 28 febbraio 2014, espressamente richiamati in delibera a supporto della decisione adottata dall'Ente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Cercola;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore la dott.ssa Maria Grazia D'Alterio e uditi nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2018 per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in esame è controversa la legittimità dell'epigrafato provvedimento di autotutela, adottato dal Comune di Cercola, avente ad oggetto l'annullamento dell'atto di assunzione a tempo indeterminato del dott. Luigi Maiello nel ruolo di Responsabile del Settore di Polizia Municipale (cat. D1), disposta a far data dal 1° dicembre 2010, giusta delibera di Giunta comunale n. 172/2010.

2. Il ricorrente affida l'impugnativa a tre motivi di diritto.

2.1 Con il primo motivo, deducendo la violazione dell'art. 7 della Legge n. 241/90, stigmatizza l'omessa comunicazione di avvio del procedimento da parte dell'ente e la conseguente lesione dei suoi diritti partecipativi.

2.2 Con il secondo motivo il dott. Maiello si duole della violazione dell'art. 21-*nonies* della Legge n. 241/90 e dell'art. 97 Cost., e dell'eccesso di potere sotto molteplici aspetti, riconducibili, in particolare, alla carenza di istruttoria e di motivazione.

In estrema sintesi, l'amministrazione resistente non avrebbe correttamente esercitato il potere di annullamento in autotutela, non avendo motivato in ordine all'interesse all'adozione dell'atto, al di là di quello tendente al ripristino della legalità violata, sacrificando l'interesse del privato senza una ragionevole motivazione e in spregio all'affidamento che questi nutriva nel proprio ruolo, a distanza di tre anni dall'assunzione.

2.3 Con l'ultimo motivo parte ricorrente deduce la violazione della normativa in tema di stabilizzazione (segnatamente dell'art. 1 co. 558 Legge n. 296/2006, dell'art. 3 co. 90, 91, 92 e 93 Legge n. 244/2007, dell'art. 17 co. 10 D.L. 78/2009; violazione della Circolare DFP n. 5/2008), asserendo, contrariamente alla motivazione addotta a fondamento del provvedimento di autotutela, che la delibera n. 172/2010, con cui veniva data attuazione alla sua stabilizzazione, non era affatto in contrasto con l'art. 10 D.L. n. 78/2009, in quanto, tale ultima fonte normativa non era applicabile alla fattispecie in esame, avendo imposto lo svolgimento del concorso pubblico per il reclutamento del personale a tempo indeterminato, ma solo a partire dall'anno 2010.

Nel caso di specie invece, in tesi del ricorrente, la stabilizzazione *de qua* avrebbe avuto inizio già nell'anno 2009, sicché sarebbe del tutto inconferente il riferimento operato dall'Amministrazione alla nuova disciplina.

Il ricorrente rimarca, inoltre, quanto alla delibera di G.M. n. 57/2010, che la stessa non poteva dirsi in contrasto con la successiva delibera di G.M. n. 172/2010, risultando finalizzata solo a prorogare il periodo di lavoro a tempo determinato da lui svolto, nelle more della definizione della procedura di stabilizzazione.

3. Costituitasi con memoria del 4 aprile 2014, l'Amministrazione ha insistito per il rigetto del ricorso, stante l'accertata illegittimità del provvedimento di assunzione del ricorrente, per violazione di norme imperative.

4. All'udienza pubblica del 28 settembre 2018, fissata per la discussione, la causa è stata introitata per la decisione.

5. Al fine di una più chiara comprensione della vicenda il Collegio ritiene di dover svolgere alcune precisazioni in fatto.

5.1 In particolare occorre rimarcare, come emerge dalla scansione diacronica degli atti della procedura, che se è vero che con deliberazione di G.C. n. 138 del 30 dicembre 2009, il Comune di Cercola ha approvato il programma triennale del fabbisogno del personale 2009/2011, prevedendo la copertura di un posto di Cat. D1 mediante procedura di stabilizzazione, tuttavia, solo con successiva deliberazione di Giunta Comunale n. 172 del 1° dicembre 2010 ha poi dato attuazione alla preconizzata stabilizzazione, in forza del combinato disposto dall'art. 1, comma 558 della Legge n. 296/2006 (cd. Finanziaria 2007) e dall'art. 3, comma 90, della Legge n. 244/2007 (cd. Finanziaria 2008).

Invero, solo con la predetta deliberazione l'Ente ha disposto l'assunzione a tempo indeterminato del dott. Maiello con la mansione di Responsabile del Settore di Polizia Municipale, posizione giuridica di funzionario, cat. D1, dando contestualmente atto del possesso in capo allo stesso dei requisiti di anzianità previsti dalla legge, in virtù del servizio temporaneo svolto presso varie Amministrazioni comunali sin dall'agosto del 2005, nonché della possibilità di evitare la prova selettiva avendo, in via alternativa, il dott. Maiello *"frequentato il corso di formazione 03/03 per gli ufficiali di*

polizia municipale (...)” ed essendo egli *“iscritto all'albo dei docenti della scuola Regionale di Polizia Locale”*.

5.2 Conseguentemente, in data 30 dicembre 2010 è stato anche sottoscritto il relativo contratto individuale di lavoro.

5.3 In seguito, su sollecitazione della Prefettura di Napoli, l'Ente ha proceduto a rivedere il proprio precedente operato, onde verificare la legittimità della procedura di assunzione del ricorrente alla luce dei dubbi sorti in ordine alla sua regolarità, fondati, come rilevato dal Collegio dei revisori dei conti (*cf.* parere del 20 marzo 2014) e dal Responsabile del personale (*cf.* parere del 28 febbraio 2014), sostanzialmente:

- sull'asserito contrasto tra la delibera di assunzione (D.G.C. n. 172/2010) e la precedente delibera di G.C. n. 57/2010 del 21 aprile 2010, laddove, in sede di specificazione del fabbisogno di personale del Comune, si prevedeva *"il passaggio da part-time a full-time Cat. D1 polizia municipale per mesi sei"*;

- sulla violazione dell'art. 17 co. 10 del D.L. n. 78/2009, conv. in Legge n. 102/2009, che impone, a far data dal triennio 2010/2012 di bandire concorsi pubblici per l'assunzione di personale a tempo indeterminato, con una riserva di posti non superiore al 40% per il personale non dirigenziale in possesso dei requisiti previsti dall'art. 1 co. 519 e 558 Legge Finanziaria 2003 e dall'art. 3 co. 90 Legge Finanziaria 2007 (stabilizzazione), previo espletamento delle procedure di mobilità.

5.4 Dunque, con la gravata delibera n. 58/2014, impugnata con il presente ricorso, il Comune di Cercola, riconoscendo la fondatezza dei suesposti rilievi e con l'obiettivo di ripristinare la legalità all'interno dell'ente, ha provveduto all'annullamento in autotutela

della delibera n. 172/2010, con cui, come visto, si era data attuazione alla stabilizzazione del ricorrente.

6. Ciò chiarito in punto di fatto, è possibile procedere all'esame di merito del ricorso, principiando, per ragioni di semplificazione espositiva, dall'esame del terzo motivo, con cui il ricorrente contesta la non corretta individuazione della normativa applicabile alla fattispecie da parte dell'Amministrazione comunale, per giustificare l'esercizio del potere di autotutela.

6.1 Il Collegio intende richiamare all'uopo le considerazioni già svolte dalla Sezione, in relazione ad analoga fattispecie, con sentenza n. 4047 del 21 luglio 2014 (in termini *cfr.* anche sent. n. 4047/2014 confermata da Cons. di Stato, Sez. V, 4 marzo 2015, n. 1078), dalle cui conclusioni non si ravvisano ragioni per discostarsi.

In particolare, con la su richiamata decisione si è osservato che *“Vero è che con la legge 296/2006 (Finanziaria 2007), integrata con le previsioni della legge 244/2007 (Finanziaria 2008) venivano previsti diversi percorsi di stabilizzazione per le diverse tipologie di lavoratori precari presenti della Pubblica Amministrazione assunti con contratti di collaborazione coordinata e continuativa ovvero con contratti di lavoro subordinato a tempo determinato. Nella specie, per quanto d'interesse, secondo il disposto di cui all'art. 1, comma 558, risultava oggetto di possibile stabilizzazione immediata il personale non dirigenziale in servizio al 1° gennaio 2007 da almeno tre anni, anche non continuativi, o che conseguisse tale requisito in virtù di contratti stipulati anteriormente alla data del 29 settembre 2006 o che fosse stato in servizio per almeno tre anni, anche non continuativi, nel quinquennio anteriore all'entrata in vigore della legge, purché assunto mediante procedure selettive di natura concorsuale o previste da norma di legge.*

VI.2.2. Il processo di stabilizzazione per i precari delle pubbliche amministrazioni ha, tuttavia, subito un arresto con il decreto Brunetta (d.l. 78/2009 convertito in legge 102/2009), nel senso che non è stata più consentita l'assunzione diretta dei precari, ma la possibilità di stabilizzazione è stata disciplinata nell'ambito dei principi di carattere generale.

Tale decreto dell'1 luglio 2009, entrato in vigore alla stessa data, all'art 17, comma 10, prevede che, nel triennio 2010-2012, le Amministrazioni pubbliche -nel rispetto della programmazione triennale del fabbisogno nonché dei vincoli finanziari previsti dalla normativa-, possano esclusivamente bandire concorsi per le assunzioni a tempo indeterminato, sia pure con una riserva di posti, non superiore al 40 per cento di quelli messi a concorso, per il personale non dirigenziale in possesso dei requisiti di cui all'articolo 1, commi 519 e 558, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 e di cui all'articolo 3, comma 90, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (citare leggi finanziarie per gli anni 2007-2008).

Ne consegue che per la stabilizzazione dei dipendenti a tempo determinato che hanno acquisito un'anzianità triennale per come previsto dalle leggi finanziarie del 2007 — 2008 è solo prevista la riserva del 40% nell'ambito dei pubblici concorsi indetti dall'ente sicché la valorizzazione della loro esperienza è effettuata sempre e soltanto nell'ambito di prove concorsuali pubbliche in termini di punteggio.

VI.2.3. Ora, a seguito dell'entrata in vigore della legge in esame, si pone il problema di stabilire se le nuove norme più restrittive si applichino alle procedure di stabilizzazione iniziate ma non portate a termine alla data di entrata in vigore del decreto legge (.....).

Il Collegio ritiene, concordemente all'indirizzo già espresso del giudice ordinario che, in assenza di un'apposita disciplina transitoria, all'ipotesi all'esame debba applicarsi la disciplina sopravvenuta dettata dal d.l. n. 78/2009 (sentt. del

tribunale ordinario di Nola- giudice monocratico in funzione di giudice del lavoro- n. 76 del 26.03.2014 e n. 65 dell'1.04.2014)''.

6.2 Ciò posto, occorre ribadire che le disposizioni del cd. decreto Brunetta dovevano essere applicate alle procedure di stabilizzazione per fabbisogno di personale relativo al triennio 2010 – 2012, restando disciplinate dalla vecchia normativa solo le procedure di stabilizzazione iniziate prima dell'entrata in vigore del decreto legge e concluse, comunque, entro il 31 dicembre 2009.

6.3 Nel caso in esame, in particolare, non poteva che applicarsi la disciplina sopravvenuta dettata dal D.L. n. 78/2009, atteso che alla effettiva procedura di stabilizzazione del Dott. Maiello - solo preannunciata in relazione alla copertura del posto di istruttore direttivo di vigilanza (cat. D1) con delibera di G.C del 30 dicembre 2009 di approvazione del fabbisogno del personale – anno 2009/2011 - si è dato corso unicamente allorquando era già entrata in vigore la nuova normativa, ovvero solo con delibera di G.C. n. 172 del 1° dicembre 2010.

In altri termini, dunque, una volta entrata in vigore la nuova normativa, nel procedere alla stabilizzazione del personale precario, l'Amministrazione comunale avrebbe dovuto attenersi alle previsioni del decreto legge sopravvenuto, e, in particolare, procedere alla necessaria indizione di un pubblico concorso, nel quale prevedere una riserva di posti, non superiore al 40% del totale in favore del personale precario in possesso dei requisiti di anzianità di cui al comma 558 dell'art. 1 della legge n. 296/2006.

6.4 Va da sé, dunque, che la procedura di stabilizzazione del ricorrente, concretamente attuata solo con la delibera n. 172/2010, è stata correttamente ritenuta viziata in sede di esercizio del potere di

autotutela da parte dell'Amministrazione, sotto l'esaminato profilo della violazione dell'art. 17, comma 10, del D.L. n. 78/2009, posto che le norme in materia di stabilizzazione costituiscono norme imperative volte al soddisfacimento di superiori interessi pubblici concernenti l'assunzione a tempo indeterminato alle dipendenze della PA e, quindi risultano inderogabili dalle parti, con conseguente impedimento alla prosecuzione ulteriore del rapporto, pur restando fermi, ai sensi dell'art. 2126 c.c., gli effetti del rapporto per il periodo in cui questo ha avuto esecuzione (*cf.* Cass., sent. n. 11559/2011).

7. Il ricorrente lamenta, inoltre, che l'Amministrazione non avrebbe tenuto conto nella motivazione del provvedimento di autotutela - intervenuto a distanza di tre anni dell'assunzione - del suo legittimo affidamento sulla regolarità della procedura di stabilizzazione, omettendo di adempiere allo specifico onere motivazionale sulla stessa incombente, circa le ragioni della prevalenza e attualità dell'interesse pubblico, all'esito del bilanciamento tra tali contrapposti interessi.

7.1 Il motivo è infondato.

7.2 Invero, l'Amministrazione ha ben esplicitato con la delibera gravata le ragioni di illegittimità della procedura di reclutamento per violazione delle norme imperative innanzi richiamate, anche con rinvio *per relationem* ai pareri del Responsabile del personale e del Collegio dei revisori dei conti, sicché emerge la prevalenza accordata all'interesse pubblico, sotteso alla predetta disciplina normativa, a che il reclutamento del personale nelle pubbliche amministrazioni avvenga secondo la regola del pubblico concorso, salva la riserva di posti prevista dalla legge in favore del personale precario in possesso dei requisiti richiesti, in ossequio ai principi di buon andamento e

imparzialità dell'azione amministrativa garantiti dall'art. 97 della Costituzione.

7.3 Nel caso in esame, peraltro, l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione poteva dirsi certamente attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati e adeguatamente soddisfatto attraverso il richiamo svolto alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni imperative in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongono nel senso dell'esercizio del *ius poenitendi*.

A tanto va anche soggiunto che nessun affidamento sulla stabilità del posto di lavoro acquisito può vantare colui che viene assunto in deroga al principio costituzionale del pubblico concorso, che il D.L. n. 78/2009 ha inteso ripristinare (*cf.* Cons. di Stato, Sez. V, 4 marzo 2015, n. 1078).

7.4 Né la dedotta violazione dell'art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990 merita condivisione in relazione alle ulteriori censure prospettate, sussistendo, nel caso di specie, tutti i presupposti alla cui presenza la legge subordina il potere di autotutela della P.A. "*sub specie*" di annullamento degli atti amministrativi, ovvero:

- 1) l'illegittimità degli atti della procedura di stabilizzazione, per le considerazioni sopra esposte;
- 2) il preminente interesse pubblico al corretto espletamento delle procedure finalizzate al reclutamento dei pubblici dipendenti, motivato nei termini innanzi precisati;
- 3) un ragionevole lasso di tempo intervenuto tra il compimento della procedura di stabilizzazione (dicembre 2010) e il suo annullamento (maggio 2014), attesa la complessità delle procedure e la non

immediata intelligibilità dell'evoluzione normativa intervenuta, aspetti che trovano conferma nella durata degli accertamenti compiuti per riscontrare le violazioni dedotte e nella natura delle valutazioni effettuate, avuto particolare riguardo alla rilevanza degli interessi di tutela in concreto perseguiti e richiamati nei provvedimenti impugnati.

8. Le superiori considerazioni consentono di superare anche le censure addotte con il primo motivo di ricorso, in merito alla mancata partecipazione del ricorrente al procedimento amministrativo.

8.1 Sotto il primo profilo, infatti, è sufficiente qui richiamare consolidati principi giurisprudenziali per cui la previa comunicazione di avvio del procedimento imposta dall'art. 7, L. n. 241 del 1990 rappresenta un principio di carattere generale dell'azione amministrativa, diretto a garantire l'instaurazione di un contraddittorio procedimentale tra le parti interessate in relazione a tutti gli aspetti che assumeranno rilievo ai fini della decisione finale, che assume un sicuro rilievo proprio nei casi - come quello di specie - in cui è riscontrabile l'esercizio del potere di autotutela tramite l'adozione di un provvedimento di annullamento di un atto amministrativo favorevole in precedenza rilasciato.

8.2 Tuttavia, ai sensi dell'art. 21 *octies*, comma 2, seconda parte, l. n. 241 del 1990, il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'Amministrazione dimostri in giudizio, come avvenuto nel caso di specie, che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, alla luce delle

considerazioni innanzi esposte (*cfr.* T.A.R. Napoli, Campania, sez. IV, 2 maggio 2018, n. 2917).

8.3 Né, d'altro canto, parte ricorrente ha precisato quali elementi conoscitivi – ulteriori rispetto, come visto, alla dedotta (ma infondata) inapplicabilità alla fattispecie *de qua* del cd. Decreto Brunetta - avrebbe potuto introdurre nel procedimento ove fosse stata consentita la sua partecipazione, al fine di indurre l'Amministrazione all'adozione di un atto conclusivo di diverso contenuto dispositivo, sicché il vizio denunciato risulta irrilevante rispetto alla determinazione conclusiva assunta dall'Amministrazione (*cfr.* in termini Cons. di Stato, sez. VI, 29 luglio 2008, n. 3786).

9. Sulla base delle sovraesposte considerazioni, il ricorso va respinto, con assorbimento delle ulteriori censure, essendo il provvedimento impugnato basato su più ragioni giustificative.

10. In considerazione della complessità della vicenda fattuale e dell'evoluzione normativa intervenuta sulla materia oggetto di esame, sussistono, comunque, valide ragioni per compensate tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sede di Napoli, Sez. V, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere

Maria Grazia D'Alterio, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Maria Grazia D'Alterio

IL PRESIDENTE

Santino Scudeller

IL SEGRETARIO