

CONCORSI PUBBLICI: Concorso a pubblico impiego - Bando - Avviso di mobilità - Difetto di comunicazione - Illegittimità.

Tar Sicilia - Catania, Sez. II, 7 gennaio 2022, n. 29

- in *Il Foro it.*, 2, 2022, pag. 112 e ss.

“[...] Questione dirimente è che sia stato violato l’obbligo di dare la comunicazione di cui al citato art. 34 bis, comma 1, del D. lgs. 165/2001 alle strutture regionali e provinciali di cui all’art. 34, comma 3, dello stesso decreto legislativo.

Dispone sul punto il citato comma 1 dell’art. 34 bis, che le amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2 (fra le quali sono indicate le Istituzioni universitarie), «...prima di avviare le procedure di assunzione di personale, sono tenute a comunicare ai soggetti di cui all’articolo 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...».

Ora, una piana lettura consente di poter interpretare in via letterale la norma come comportante l’obbligo di dare comunicazione sia ai soggetti di cui all’art. 34, comma 1, che ai soggetti di cui all’art. 34, comma 2.

L’uso della disgiuntiva “e” nell’ambito della locuzione “commi 2 e 3” comporta infatti che la comunicazione debba essere inviata ad entrambe le tipologie di soggetti; diversamente, avrebbe dovuto essere adoperata la congiunzione avversativa “o”.

Tale interpretazione letterale appare peraltro coerente con il condivisibile orientamento giurisprudenziale che ravvisa la ratio delle norme di cui si tratta nelle coerenti esigenze di evitare la cessazione definitiva del rapporto di lavoro e di realizzare, in termini globali, un contenimento della spesa per il personale a carico del sistema pubblico [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Università degli studi di Messina e della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la funzione pubblica;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2021 il dott. Diego Spampinato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Parte ricorrente, sul presupposto di essere Dirigente già in servizio presso il Comune di Messina e collocato in disponibilità, impugna gli atti in epigrafe, affidando il ricorso ai seguenti motivi.

1. Quanto ai provvedimenti e agli atti dell'Università: violazione dell'art. 34 e dell'art. 34 *bis* del D. lgs. 30 marzo 2001, n. 165; eccesso di potere per difetto di atto dovuto e di presupposto; eccesso di potere per difetto di pubblico interesse; sviamento di potere. La comunicazione di cui al citato art. 34 *bis*, comma 1: a) non sarebbe stata data alle strutture regionali e provinciali di cui all'art. 34, comma 3; b) sarebbe stata data alle competenti strutture ministeriali senza rispetto dei termini di cui all'art. 34, comma 4.

2. Quanto ai provvedimenti e agli atti del Dipartimento della Funzione pubblica: violazione dell'art. 34 e dell'art. 34 *bis* del D. lgs. 30 marzo 2001, n. 165; eccesso di potere per errore nel presupposto, per contraddittorietà e illogicità manifesta. Pur essendo a conoscenza del collocamento in disponibilità del ricorrente, secondo quanto risulterebbe nell'impugnato atto del 22 gennaio 2021, il Dipartimento intimato avrebbe ritenuto di non procedere alla sua assegnazione all'Università, sull'erroneo presupposto di poter procedere al ricollocamento solo del personale in disponibilità dipendente dalle Amministrazioni dello Stato.

Parte ricorrente propone anche domanda di risarcimento del danno patrimoniale e morale, chiedendo la condanna dell'Università al risarcimento del danno patrimoniale, decorrente dal secondo mese successivo al provvedimento di indizione del concorso, e pari alla differenza tra il trattamento economico derivante dall'assunzione e quello in atto erogato al ricorrente, e del danno morale, quest'ultimo da liquidarsi equitativamente.

Le amministrazioni intimate si sono costituite, spiegando difese riassumibili come a seguire.

Le Università avrebbero l'obbligo di comunicare alla sola Presidenza del Consiglio dei Ministri la disponibilità nel proprio fabbisogno di personale di posti di dirigente di seconda fascia in applicazione dell'art. 34-*bis* del D. lgs. 165/2001; ciò sul presupposto che gli elenchi di personale in disponibilità sarebbero tenuti, per le Università, dal Dipartimento della funzione pubblica, e che la ricollocazione avvenga «...mediante assegnazione da parte del Dipartimento della funzione pubblica, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, o delle strutture regionali o provinciali competenti, a seconda che il personale in disponibilità sia proveniente da amministrazioni dello Stato o da enti pubblici nazionali ovvero da altre amministrazioni...» (circolare prot. n. 14115/05/1.2.3.1 del giorno 11 aprile 2005, adottata di concerto dal Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dal Ministero dell'economia e delle finanze, richiamata sul punto dalla difesa erariale); gli obblighi per le Università, quindi, il previo espletamento delle procedure di mobilità obbligatoria, prima di indire

i bandi di concorso o avviare le procedure di assunzione di personale, ai sensi degli articoli 34 e 34-bis del D. lgs. 165/2001, si attuerebbe con la comunicazione diretta al Dipartimento della funzione pubblica «...e si esaurisce decorso il termine di quarantacinque giorni dalla sua ricezione, con riferimento a quelle posizioni per le quali non sia intervenuta l'assegnazione di personale in disponibilità iscritto nell'elenco gestito dallo stesso Dipartimento...» (memoria depositata il 9 marzo 2021).

Con ordinanza 10 marzo 2021, n. 136, è stata accolta la domanda cautelare, e sono stati contestualmente disposti adempimenti istruttori, sul presupposto della necessità «...che l'Università di Messina chiarisca se la comunicazione di cui al citato art. 34bis, comma 1, sia stata inviata, oltre che alla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della funzione pubblica (con la nota prot. 115557 del 18 novembre 2020), anche agli altri soggetti previsti dallo stesso comma 1, che richiama sul punto l'articolo 34, commi 2 e 3 dello stesso D. lgs. 165/2001...».

Con nota della Direzione generale depositata in data 8 aprile 2021, l'Università resistente ha sostanzialmente chiarito di non aver effettuato la comunicazione ai altri soggetti previsti dallo stesso comma 1 dell'art. 34 bis del D. lgs. 165/2001 diversi dal Dipartimento della funzione pubblica, sul presupposto che «...La ratio di un sistema diversificato per categorie di amministrazioni si spiega avuto riguardo all'esistenza di elenchi differenti di personale in disponibilità a seconda che si tratti di dipendenti statali (o di enti pubblici non economici) o non statali, gestiti rispettivamente dal Dipartimento della Funzione Pubblica e dai soggetti regionali. Tali elenchi non sono tra di loro comunicanti ed il personale che si trova ivi inserito può essere ricollocato esclusivamente presso amministrazioni del medesimo comparto, fatta eccezione per i soggetti in disponibilità dipendenti dalle amministrazioni dello Stato e dagli enti pubblici non economici che, ai sensi dell'art. 34, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, possono essere ricollocati presso amministrazioni di diverso comparto, qualora le strutture regionali e provinciali accertino l'assenza di personale da assegnare (si veda, sul punto, circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica prot. n. 1440 del 17 marzo 2003)...»; tale circostanza è stata ribadita nella memoria depositata in data 2 settembre 2021, in cui si legge: «...l'Università ha depositato in fase cautelare una relazione a chiarimento, confermando che l'Ateneo, prima dell'avvio della procedura concorsuale di cui si discute, ha inviato rituale comunicazione ai sensi degli artt. 34 e 34 bis esclusivamente alla Presidenza del Consiglio dei Ministri...».

All'udienza pubblica del 20 ottobre 2021 la causa è stata trattenuta per la decisione.

La domanda annullatoria è fondata, secondo quanto a seguire.

Questione dirimente è che sia stato violato l'obbligo di dare la comunicazione di cui al citato art. 34 *bis*, comma 1, del D. lgs. 165/2001 alle strutture regionali e provinciali di cui all'art. 34, comma 3, dello stesso decreto legislativo.

Dispone sul punto il citato comma 1 dell'art. 34 *bis*, che le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2 (fra le quali sono indicate le Istituzioni universitarie), «...*prima di avviare le procedure di assunzione di personale, sono tenute a comunicare ai soggetti di cui all'articolo 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...*».

Ora, una piana lettura consente di poter interpretare in via letterale la norma come comportante l'obbligo di dare comunicazione sia ai soggetti di cui all'art. 34, comma 1, che ai soggetti di cui all'art. 34, comma 2.

L'uso della disgiuntiva “e” nell'ambito della locuzione “commi 2 e 3” comporta infatti che la comunicazione debba essere inviata ad entrambe le tipologie di soggetti; diversamente, avrebbe dovuto essere adoperata la congiunzione avversativa “o”.

Tale interpretazione letterale appare peraltro coerente con il condivisibile orientamento giurisprudenziale che ravvisa la *ratio* delle norme di cui si tratta nelle coerenti esigenze di evitare la cessazione definitiva del rapporto di lavoro e di realizzare, in termini globali, un contenimento della spesa per il personale a carico del sistema pubblico (Corte cost., sentenze 15 dicembre 2004, n. 388, 21 luglio 2016, n. 202, e 10 luglio 2019, n. 170; Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2010, n. 3340).

Né appare condivisibile l'interpretazione delle norme prospettata dalle amministrazioni resistenti, fondata sull'assunto che i soggetti inseriti negli elenchi del personale in disponibilità possano essere ricollocati esclusivamente presso amministrazioni del medesimo comparto, fatta eccezione per i soggetti in disponibilità dipendenti dalle amministrazioni dello Stato e dagli enti pubblici non economici che, ai sensi dell'art. 34, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, potrebbero essere ricollocati presso amministrazioni di diverso comparto, qualora le strutture regionali e provinciali accertassero l'assenza nei loro elenchi di personale da assegnare.

Tale assunto si fonda a sua volta sulla considerazione che la tenuta di elenchi diversi tenuti dal Dipartimento della funzione pubblica e dalle strutture regionali comporti necessariamente la ricollocazione del personale nell'ambito del comparto di provenienza (fatta salva la citata possibilità di ricollocare presso gli enti territoriali personale proveniente dalle amministrazioni dello Stato e dagli enti pubblici non economici).

Ora, tale considerazione non è sorretta da base normativa ed è inficiata da un salto logico: non si comprende infatti per quale motivo dalle modalità di redazione e tenuta degli elenchi possa desumersi la conseguenza dell'obbligo di ricollocazione nell'ambito del medesimo comparto.

Tale considerazione appare infatti priva di base normativa e smentita dalla citata circolare prot. n. 14115/05/1.2.3.1 del giorno 11 aprile 2005, che nel passaggio richiamato dalla difesa erariale precisa che la ricollocazione debba avvenire *«...mediante assegnazione da parte del Dipartimento della funzione pubblica, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, o delle strutture regionali o provinciali competenti, a seconda che il personale in disponibilità sia proveniente da amministrazioni dello Stato o da enti pubblici nazionali ovvero da altre amministrazioni...»*.

La tenuta separata degli elenchi, se giustifica quindi la possibilità di assegnazione da parte del Dipartimento della funzione pubblica o da parte delle strutture regionali o provinciali competenti, a seconda dell'elenco in cui sia inserito il personale da ricollocare, non giustifica un divieto di assegnazione di personale ad un comparto diverso da quello di provenienza.

Diversamente, non può essere accolta la domanda risarcitoria.

La giurisprudenza amministrativa ha avuto condivisibilmente modo di affermare che: *«...L'annullamento di un atto dal quale consegue una riedizione del potere amministrativo, per vizi che non comportano un giudizio definitivo in ordine alla spettanza o meno del bene da conseguire, comporta l'impossibilità di accogliere la domanda di risarcimento del danno...»* (Cons. Stato, Sez. V, 15 luglio 2016, n. 3152); *«...la Giurisprudenza ha, condivisibilmente, affermato che l'illegittimità di un atto amministrativo per vizi che consentono il rinnovato esercizio del potere comporta che la richiesta di risarcimento del danno non possa essere valutata se non all'esito della nuova manifestazione di volontà dell'ente, poiché la facoltà di rideterminazione immanente in capo al soggetto pubblico esclude la cristallizzazione del rapporto, quale necessario presupposto dell'azione risarcitoria (T.A.R. Emilia-Romagna, sez. I Bologna, 30/07/2015, n. 696), e che - mancando un accertamento in ordine all'effettiva spettanza del bene della vita richiesto - l'accoglimento dell'impugnazione non può costituire il presupposto per l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno (T.A.R. Lombardia, sez. II Milano, 3/7/2015, n. 1541)...»* (TAR Sicilia – Catania, Sez. III, 25 marzo 2016, n. 891); *«...La giurisprudenza, anche di questo T.A.R., ha avuto modo di affermare più volte che l'annullamento di un atto dal quale consegue una riedizione del potere amministrativo, per vizi che non comportano un giudizio definitivo in ordine alla spettanza o meno del bene da conseguire, ha come conseguenza che la domanda di risarcimento del danno causato da detto illegittimo provvedimento non può essere accolta, ove, come nel caso in esame, persistano in capo alla P.A. significativi spazi di discrezionalità*

amministrativa, in sede di riesercizio del potere...» (TAR Sicilia – Catania, Sez. I, 19 settembre 2013, n. 2242).

Nel caso di specie, l'amministrazione dovrà procedere, sulla base dell'effetto conformativo della presente sentenza, ove ciò ritenga ancora necessario, e ricorrendone i presupposti, alla riedizione del potere, attraverso procedimenti che siano emendati dai vizi che hanno condotto all'accoglimento in questa sede della domanda annullatoria.

Né il Collegio ritiene di poter procedere prescindendo dalla riedizione del potere, non essendo certo in questa fase che il ricorrente sarebbe necessariamente stato assunto, potendo essere ricompresi nell'ambito degli elenchi di cui si tratta anche altri soggetti collocati in posizione peggiore del ricorrente.

Essendo risultate le Amministrazioni resistenti soccombenti per la parte assolutamente prevalente del giudizio, le spese di lite – ferma restando l'integrale rifusione del contributo unificato corrisposto da parte ricorrente – possono essere, per 2/3, liquidate in dispositivo secondo il normale criterio della soccombenza, mentre possono essere compensate per 1/3.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania (Sezione II), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto: a) accoglie la domanda annullatoria e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati; b) rigetta la domanda risarcitoria; c) condanna le Amministrazioni resistenti, in solido fra loro, al pagamento, nei confronti di parte ricorrente, dei 2/3 delle spese processuali del presente grado di giudizio, 2/3 che vengono liquidati, in via equitativa, in euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge, nonché alla integrale rifusione del contributo unificato corrisposto da parte ricorrente; compensa nel resto.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Brugaletta, Presidente

Diego Spampinato, Consigliere, Estensore

Salvatore Accolla, Referendario

L'ESTENSORE

Diego Spampinato

IL PRESIDENTE

Francesco Brugaletta

IL SEGRETARIO