

N. 02867/2014REG.PROV.COLL.

N. 07908/2006 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7908 del 2006, proposto da: Mazzacuva Domenico, rappresentato e difeso dall'avv. Natale Carbone, con domicilio eletto presso Natale Carbone in Roma, via Germanico 172; Sarica Paola;

contro

Azienda Ospedaliera "Bianchi-Melacrino-Morelli", rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Malara, con domicilio eletto presso Lorenzo Romeo in Roma, via Maria Adelaide, 12; Regione Calabria;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - SEZ. STACCATA DI REGGIO CALABRIA n. 00429/2006, resa tra le parti, concernente accertamento diritto per il risarcimento dei danni per tardiva assunzione

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera "Bianchi-Melacrino-Morelli";

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 marzo 2014 il Cons. Michele Corradino e uditi per le parti gli avvocati Carbone e Malara;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza n.429/2006 il T.A.R. Calabria, Sez. di Reggio Calabria, ha rigettato la domanda, proposta dagli odierni appellanti, volta all'accertamento del diritto al risarcimento dei danni derivanti dalla tardività con cui l'Azienda Ospedaliera "Bianchi-Melacrino -Morelli" di Reggio Calabria ha provveduto ad assumerli.

Gli appellanti narrano di essersi classificati tra il quinto ed il ventesimo posto nel concorso pubblico a quattro posti di Tecnico di laboratorio, indetto dall'USL 11 di Reggio Calabria con deliberazione n.1591/1987.

Con deliberazione 6 aprile 1993 n. 339, l'USL stessa revocava l'indizione del predetto concorso pubblico, congiuntamente a quello indetto con deliberazione n.2135/1990, e stabiliva di coprire i nove posti vacanti in pianta organica, previsti nei citati concorsi, più altri sette vacanti, utilizzando la graduatoria del concorso indetto con deliberazione n.1591/1987.

L'effettiva chiamata in servizio degli idonei veniva, tuttavia, subordinata alla "autorizzazione in deroga da richiedere al presidente della Giunta regionale tramite Assessorato alla sanità".

La predetta autorizzazione in deroga veniva richiesta dall'USL, con nota 27 aprile 1993 n. 3732, alla Regione, la quale rimaneva inerte.

Successivamente, all'atto di messa in mora, con cui gli odierni appellanti(ed altri idonei compresi nella graduatoria) diffidavano la Regione e l'USL a procedere, ciascuno per quanto di competenza, per l'esecuzione della delibera n. 339/1993,

l'USL opponeva (con nota n.3990/1994) l'impossibilità di provvedere per l'inerzia della Regione, che non aveva dato seguito alla richiesta di autorizzazione alla stessa inoltrata.

Detta nota veniva impugnata dagli odierni appellanti innanzi al Tar Calabria, che accoglieva la domanda cautelare limitatamente alla mancata pronuncia della Regione e imponeva alla stessa di pronunciarsi entro trenta giorni .

Il Tar adito, in seguito all'inerzia della Regione, nominava un commissario *ad acta*, il quale, adducendo la mancanza di posti vacanti in organico, rigettava la richiesta di autorizzazione in deroga con la determinazione commissariale n.8863/94, rimasta incontestata ad opera delle parti.

Successivamente, con la sentenza n. 592/96 il Tar, decidendo nel merito della questione, senza fare riferimento espresso ad un eventuale diritto dei candidati all'assunzione, sanciva l'obbligo dell'Amministrazione di dare esecuzione alla delibera n. 339/1993, per quanto possibile e previa integrazione della dotazione organica provvisoria.

Data la persistente inottemperanza dell'Amministrazione, i ricorrenti proponevano ricorso per l'esecuzione della predetta decisione innanzi al Tar, che, con sentenza n. 377/98, nel dichiarare inammissibile il ricorso per ottemperanza, confermava la non obbligatorietà per l'Amministrazione di procedere all'assunzione.

Successivamente, proposto appello avverso la sentenza n. 377/98, il Consiglio di Stato(sentenza n. 506/99), ordinava l'ottemperanza, affermando, tuttavia, esclusivamente l'obbligo per l'Azienda appellata di considerare la posizione dei ricorrenti, ai fini un'eventuale assunzione, avendo la Giunta regionale della Calabria istituito nuovi posti di Tecnico di laboratorio ed avendo l'Azienda ospedaliera indetto un nuovo concorso a 15 posti per tale profilo.

In esito a detta pronuncia, gli odierni appellanti diffidavano a procedere l'Amministrazione, che con deliberazione 1360/99 nominava in ruolo gli odierni appellanti.

In seguito all'assunzione, avvenuta in data 18 giugno 1999, gli odierni appellanti adivano nuovamente il Tar, per l'accertamento del diritto al risarcimento danni derivanti da ritardata assunzione, per il riconoscimento della maggiore anzianità, sotto il profilo giuridico e contributivo, nonché per la rivalutazione delle somme relative e gli interessi.

Con memoria, depositata in vista dell'udienza, si è costituita l'Amministrazione appellata per resistere in giudizio.

Alla camera di consiglio del 13/03/2014 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

Prima di procedere alla disamina dei motivi di ricorso occorre, in via preliminare, procedere all'inquadramento sistematico della fattispecie, posta all'attenzione di questo Collegio.

Il campo d'indagine è, in particolare, quello della responsabilità extracontrattuale della p.a., il cui fondamento è rinvenibile nell'art. 2043 c.c., per il quale: *"Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno"*.

L'iter evolutivo dell'istituto, che ha trovato una tappa importante nella sentenza n. 500/99, con la quale le Sezioni Unite, recidendo un nodo gordiano del diritto amministrativo, hanno per la prima volta accordato tutela risarcitoria agli interessi legittimi, ha condotto ad un sistema, quello attualmente vigente, nel quale è garantita piena tutela avverso l'agire della Pubblica Amministrazione.

Premesso ciò, occorre fornire il quadro di riferimento dei principi che governano tale forma di responsabilità.

In particolare, ha osservato unanimemente la giurisprudenza, al fine di accogliere la domanda risarcitoria il giudice deve, previamente, accertare che sussistano tutti gli elementi costitutivi dell'illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c.: danno, condotta illecita, nesso causale, dolo o colpa.

Pertanto, nel caso sottoposto all'attenzione dell'odierno Collegio, si impone un duplice ordine di accertamenti.

In primo luogo, si deve verificare se ricorre una lesione *contra ius*, violando la stessa un interesse ritenuto meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, *e non iure*, espressione con cui si vuole significare che l'evento lesivo sia stato cagionato dall'agente a fronte di una condotta non giustificata dall'ordinamento.

In secondo luogo, occorre acclarare, altresì, la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito civile ai sensi dell'art. 2043 c.c..

Orbene, nella vicenda di cui è causa, le decisioni del giudice amministrativo, intervenute a più riprese, pur non sancendo espressamente un diritto all'assunzione degli idonei e, specularmente, un obbligo per l'Amministrazione in tal senso, hanno sempre imposto all'appellata, con l'inciso "*per quanto possibile*", l'attuazione della delibera n. 339/1993.

Premesso ciò, si deve passare all'accertamento dei sopra citati elementi costitutivi dell'illecito. In proposito, è opportuno precisare come la trasposizione, nel diritto amministrativo, del sistema della responsabilità civile importi, quale conseguenza, che gli stessi assumano connotati diversi.

Ritenendo, per quel che in questa sede rileva, di poter prescindere dalla disamina dei singoli elementi costitutivi, questo Collegio ritiene opportuno soffermarsi esclusivamente sulla colpa, costituendo la stessa un elemento decisivo ai fini della risoluzione della controversia di cui è causa.

Sul punto si è registrato, in giurisprudenza, un lungo e tormentato percorso evolutivo.

L'impostazione tradizionale, considerava la *culpa in re ipsa*, in altri termini, considerava sussistente la colpa dell'amministrazione una volta che venisse accertata l'illegittimità del provvedimento amministrativo.

La tesi è parsa, tuttavia, incompatibile con i principi generali della natura personale della responsabilità civile e del carattere eccezionale di quella oggettiva, risolvendosi nell'ingiusta assegnazione all'amministrazione di un trattamento deteriore, rispetto a quello spettante agli altri soggetti dell'ordinamento, per il solo fatto che si ravvisasse l'illegittimità dell'atto amministrativo.

Tale orientamento è stato superato con la sentenza n. 500/99, che, invece, ha postulato la necessità di affidare al giudice il potere di svolgere una più penetrante indagine, estesa fino alla valutazione della colpa, che, in quanto elemento costitutivo della responsabilità, deve essere provata.

La suprema Corte, pertanto, ha ritenuto la necessità di provare la colpa della p.a., stabilendo che tale onere gravi sul privato, proprio sulla base del combinato disposto dell'art. 2697 c.c. e dell'art. 2043 c.c..

La, giurisprudenza, peraltro, ha chiarito sul punto che il privato può servirsi delle c.d. presunzioni semplici *ex artt. 2727 e 2729 c.c.*

Tali presunzioni, congiuntamente alle caratteristiche del processo amministrativo ed al principio dispositivo con onere acquisitivo, fanno sì che gravi una prova limitata sul privato, il quale deve esclusivamente introdurre nel processo elementi di prova.

L'onere del privato di provare la colpa dell'amministrazione, può, infatti, essere assolto anche mediante la semplice prova dell'illegittimità dell'atto amministrativo, a tal fine ritenuta sufficiente.

Il giudice amministrativo, sul punto, ha precisato che: “*non è comunque richiesto al privato, danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo, un particolare sforzo probatorio sotto il profilo dell'elemento soggettivo. Infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di un'espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni consequenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono, invece, operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie. Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà, di contro, all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile, ad esempio, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata*”.

(cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981; Consiglio di Stato, sentenza 10 gennaio 2012 n. 14).

La giurisprudenza amministrativa ha, così, ribadito che non è sufficiente che l'amministrazione emani un atto illegittimo perché possa ritenersi anche responsabile dei danni subiti dal privato destinatario dell'atto, dovendosi mantenere separate le regole di validità dell'atto dalle regole di responsabilità.

(Consiglio Stato, sez. VI 27 giugno 2013, n.3521).

Si può così affermare che costituisce oggetto dell'onere probatorio del privato l'illegittimità dell'atto amministrativo, la cui prova, tuttavia, non determina ancora colpa dell'amministrazione, ben potendo quest'ultima liberarsi da responsabilità mediante la dimostrazione di avere agito senza colpa.

Come chiarito, infatti, dalla giurisprudenza amministrativa: “*in sede di accertamento della responsabilità della P.A. per danno a privati, il G.A., in conformità ai principi enunciati nella materia anche dal Giudice comunitario, può affermare detta responsabilità quando la*

violazione risulti grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimenti normativi e giuridici tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato; può, invece, negarla quando l'indagine conduce al riconoscimento dell'errore scusabile (per la sussistenza di contrasti giudiziari, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto).

Pertanto, in sede di giudizio per il risarcimento del danno derivante da provvedimento amministrativo illegittimo, il privato danneggiato può limitarsi ad invocare l'illegittimità dell'atto quale indice presuntivo della colpa, restando a carico dell'Amministrazione l'onere di dimostrare che si è trattato di un errore scusabile (Consiglio Stato, sez. V 31 luglio 2012, n.4337).

Sul punto, peraltro, la giurisprudenza amministrativa ha contribuito a tipizzare alcune situazioni la cui ricorrenza può indurre a ritenere che l'emanazione dell'atto illegittimo sia stata determinata da un errore scusabile.

In particolare, si ritiene costantemente (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 6 maggio 2013, n. 2452; Cons. Stato, Sez. V, 17 febbraio 2013, n. 798; Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114) che integri gli estremi dell'esimente da responsabilità l'esistenza di:

- a) contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma; b) una formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore; c) una rilevante complessità del fatto; d) una illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.

Tutto ciò premesso, è, ora, possibile affrontare tutte le questioni enucleabili dai motivi di gravame, che, per la loro stretta connessione, possono essere esaminati congiuntamente.

Gli appellanti, in particolare, contestano le conclusioni cui è pervenuto il T.A.R., nella sentenza oggetto di ricorso, su molteplici profili.

In particolare, gli appellanti hanno dedotto il vizio di eccesso di potere per travisamento dei fatti, nella parte in cui si è esclusa la responsabilità della p.a., sul

duplice presupposto che i ricorrenti sono stati assunti con effetto *ex nunc* e a valere su posti nuovi e che non è mai stato riconosciuto il diritto all'assunzione degli odierni appellanti.

E' stato, poi, prospettato il difetto di congrua ed adeguata motivazione, essendosi l'erroneità dei presupposti riversata inevitabilmente sulle conclusioni della sentenza.

Ed, infine, l'illegittimità delle sentenza impugnata per contrarietà rispetto a precedenti giudicati già formatisi tra le parti, in ordine alla mancanza dei posti in pianta organica.

Le censure non meritano di essere accolte.

Ritiene, infatti, il Collegio di dover confermare le conclusione del giudice di prime cure in ordine all'esclusione del diritto al risarcimento danni, derivanti da tardata assunzione, non ravvisandosi, nel caso di specie, responsabilità dell'Amministrazione.

La condotta dell'appellata si caratterizza, infatti, per l'inesistenza dell'ineliminabile requisito della colpa, destituito, in questa vicenda, di ogni fondamento dal ricorrere di tutta una serie di circostanze qui, di seguito, riportate.

In particolare, come, già, correttamente osservato dal giudice di prime cure, in primo luogo, non è stata impugnata la delibera n.8863/94, con la quale il commissario *ad acta* ha rigettato la richiesta di autorizzazione in deroga, per la mancanza in organico di posti vacanti, ingenerando così un inevitabile legittimo affidamento nell'amministrazione circa la correttezza del proprio operato.

In secondo luogo, il giudice amministrativo, chiamato, più volte, a pronunciarsi sul caso di specie, si è sempre limitato a dichiarare l'obbligo dell'Amministrazione di dare esecuzione alla delibera "per quanto possibile", non affermando, mai, *espressi verbis*, il diritto degli appellati all'assunzione.

A conforto della predetta conclusione, inoltre, questo Collegio, non può non tener conto della circostanza che l'assunzione dei ricorrenti è avvenuta, subito dopo la sopra citata decisione con la quale questo giudice ha sancito l'obbligo per l'appellata di considerare la posizione dei ricorrenti, ai fini una eventuale assunzione, avendo la Giunta regionale della Calabria istituito nuovi posti di Tecnico di laboratorio ed avendo l'Azienda ospedaliera indetto un nuovo concorso a 15 posti per tale profilo.

In definitiva, quindi, ritiene questo collegio non sussistente la responsabilità dell'amministrazione, il cui contegno non risulta censurabile per la mancanza del requisito della colpa.

In considerazione della natura della questione sussistono giusti motivi per compensare integralmente le spese tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, rigetta l'appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Michele Corradino, Consigliere, Estensore

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/06/2014

IL SEGRETARIO

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