

**Consiglio di Stato, sez. V,
sentenza del 17 gennaio 2014, n. 165**

Svolgimento del processo e motivi della decisione

La sig.ra M.G.M. aveva partecipato al concorso per n. 33 operatori informatici - Cat. B3 indetto dal Consiglio regionale della Calabria con bando del 7.12.2004 e ne era risultata vincitrice, giusta determinazione del Segretario generale n. 756 del 9.12.2009 di approvazione della graduatoria ed ulteriori atti di approvazione definitiva e di nomina in ruolo con sottoscrizione del conseguente contratto, avvenuta in data 1.6.2010.

A seguito di vari ricorsi tale graduatoria veniva però annullata dal Giudice amministrativo, che prescriveva all'Amministrazione di far ripetere la prova pratica della selezione.

In esecuzione del giudicato, la Regione con Provv. n. 254 del 3 maggio 2012 annullava le precedenti determinazioni di approvazione della graduatoria e nomina dei vincitori del concorso, e dichiarava la caducazione automatica del rapporto di lavoro dell'interessata a far data dal 7.5.2012, per essere venuto meno il presupposto in base al quale il rapporto era stato instaurato.

Successivamente, nei giorni 19 e 20 luglio 2012, veniva ripetuta la prova pratica del concorso, al cui esito la sig.ra Mordà risultava non idonea.

L'interessata agiva allora in giudizio dinanzi al locale T.A.R. impugnando sia la nuova graduatoria pubblicata il 23 luglio 2012 ed approvata con Det. 30 luglio 2012, in ordine alla propria posizione, sia la già citata Det. n. 254 del 2012 nella parte in cui aveva disposto la caducazione del suo rapporto di lavoro.

Domandava, inoltre, che la Regione venisse condannata a risarcire il danno ingiusto da essa ricorrente patito, riconducibile all'illegittimità dell'azione amministrativa dispiegata con l'espletamento del detto concorso pubblico e la ripetizione della prova pratica di cui alla graduatoria del luglio 2012. E a tale titolo chiedeva la reintegrazione in forma specifica, e, quindi, la propria riammissione in servizio nella posizione già occupata, oppure, in via subordinata, il

risarcimento del danno per equivalente, da calcolarsi sulla base del lucro cessante.

Resisteva al ricorso la Regione Calabria.

All'esito del giudizio il Tribunale adito, con la sentenza n. 179/2013 in epigrafe, per un verso dichiarava l'improcedibilità del ricorso, nella parte avversante la graduatoria approvata con Det. 30 luglio 2012, per la presenza di una nuova graduatoria; e per il residuo dichiarava il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo in favore del Giudice ordinario.

Tale decisione formava indi oggetto del presente appello ad opera dell'originaria ricorrente nella parte in cui era stata declinata la giurisdizione amministrativa.

Anche in questa sede la Regione Calabria si costituiva in giudizio in resistenza al ricorso avversario, del quale deduceva l'infondatezza alla luce delle ragioni che questa Sezione aveva poco prima svolto nel respingere un analogo appello, con la propria sentenza n. 4059 del 2013.

Alla Camera di consiglio del 13 dicembre 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

L'appello è infondato.

Come la difesa dell'Amministrazione ha ricordato, invero, la Sezione, con la sentenza n. 4059 del 2 agosto 2013, ha recentemente già disatteso un appello del tutto simile, proposto da soggetti versanti nella stessa posizione della sig.ra Mordà, sulla scorta di considerazioni che conviene, a questo punto, senz'altro riportare.

"Ritiene il Collegio che l'appello sia infondato, dovendosi condividere le approfondite argomentazioni prospettate nella sentenza gravata.

Infatti, sotto un primo profilo, per quanto riguarda in specifico la domanda di annullamento sulla determina di caducazione del Segretario Generale, si deve osservare che quest'ultimo atto assume in astratto una duplice valenza:

- di atto lato sensu esecutivo di un giudicato, conseguente al fatto che i ricorrenti, tutti vincitori del concorso per n. 33 Operatori Informatici - Cat. B3, indetto dal Consiglio Regionale della Calabria con bando del 7.12.2004, con nomina in ruolo e sottoscrizione del relativo contratto, avvenuta in data 1.6.2010, hanno visto la graduatoria, da cui risultavano vittoriosi, annullata in sede giurisdizionale dal TAR di Reggio di Calabria con sentenza n. 286-2011, confermata in appello con decisione del Consiglio di Stato n. 2325-2012; in forza del giudicato, infatti, è stato sancito l'obbligo per l'Amministrazione di ripetere la prova pratica del concorso di cui sopra, contestualmente disponendo l'annullamento della procedura concorsuale "a partire dalla prova pratica";

- di atto paritetico di gestione del rapporto di lavoro adottato nell'esercizio dei poteri privatistici di datore di lavoro.

Rispetto a tale plurivalenza dell'atto impugnato prevale senza dubbio la caratterizzazione da ultimo indicata, poiché l'atto non può in nessun modo qualificarsi come espressione di poteri autoritativi, in quanto risulta nella sostanza ricognitivo di un vizio radicale del contratto individuale di lavoro conseguente all'annullamento giurisdizionale della graduatoria concorsuale che ne forniva il titolo giuridico di legittimazione, a prescindere da qualsivoglia considerazione di ordine amministrativo e di tipo discrezionale, considerazioni che risultano del tutto irrilevanti sul piano giuridico.

Viene in questo modo anche reso irrilevante il valore dell'atto come esecutivo del giudicato, in quanto l'Amministrazione si è limitata nella sostanza a prendere atto della sopravvenuta inefficacia del contratto individuale di lavoro al fine di dare esecuzione alle sentenze del Giudice Amministrativo sopra richiamate (sentenza del TAR confermata da questo Consiglio).

In ogni caso, anche dubitandosi che l'atto possa qualificarsi come esecutivo del giudicato, esso può essere al limite attratto alla giurisdizione del Giudice Amministrativo originariamente adito soltanto con le forme e con i limiti del giudizio di ottemperanza, nell'ambito di una contestazione che investa l'esecuzione della predetta sentenza del TAR confermata dal Consiglio di Stato, contestazione che è inesistente nel caso di specie e che, dunque, non può attirare la presente controversia nell'ambito della giurisdizione di ottemperanza di questo giudice.

Peraltro, come ha chiarito la Suprema Corte, posto che l'oggetto del giudizio di ottemperanza consiste nella verifica dell'effettivo adempimento da parte dell'Amministrazione pubblica dell'obbligo di conformarsi al comando impartito dal giudice di cognizione, il giudice dell'esecuzione è chiamato non solo a enucleare e precisare il contenuto degli obblighi nascenti dalla sentenza passata in giudicato, ma anche quando emergano problemi interpretativi la cui soluzione costituisca l'indispensabile presupposto della verifica dell'esattezza dell'esecuzione ad adottare una statuizione analoga a quella che potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione, fermo restando che detto potere incontra il limite esterno della giurisdizione propria del giudice amministrativo, con la conseguenza che, quante volte la cognizione della questione controversa, la cui soluzione sia necessaria ai fini della verifica dell'esatto adempimento dell'amministrazione obbligata, risulti devoluta ad altro giudice, soltanto questi può provvedere al riguardo (cfr., Cass. Civ., Sez. Un., 19 dicembre 2011, n. 27277).

Enucleando tale principio, si deve dunque concludere che nel caso in esame, poiché la cognizione sul contratto individuale di lavoro appartiene al giudice ordinario, la relativa cognizione, anche in sede di ottemperanza, da parte del giudice amministrativo è parimenti esclusa.

Prevale, dunque, l'aspetto dell'atto in esame quale atto paritetico di gestione del rapporto di lavoro.

Come è noto, il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di pubblico impiego contrattualizzato è disciplinato dall'art. 63, D.Lgs. n. 165 del 2000 che attribuisce al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, "tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ... incluse quelle concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali ... ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi".

Il successivo comma 4 dispone invece che "restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materie di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle

pubbliche amministrazioni", e, in sede di giurisdizione esclusiva, quelle relative al rapporto di lavoro delle categorie non privatizzate.

La norma che disciplina la competenza del giudice ordinario, si è osservato, opera secondo una tecnica di attribuzione della giurisdizione simile a quella adottata nella previgente disciplina con riferimento alla giurisdizione del giudice amministrativo in materia di pubblico impiego, seguendo il criterio del riparto per blocchi di materie e prescindendo dall'ordinario criterio della natura della posizione giuridica fatta valere.

La giurisdizione residuale attribuita dal comma 4 al giudice amministrativo in tema di procedure concorsuali, pur definita con riferimento alla materia, è, tuttavia, unanimemente ricondotta alla giurisdizione generale di legittimità, in assenza di disposizioni che espressamente facciano riferimento alla ricorrenza di una ipotesi di giurisdizione esclusiva (cfr. Cass. civ., Sez. Un., 4 novembre 2009, n. 23327).

La giurisdizione amministrativa, di conseguenza, si radicherà con riferimento ad impugnative avverso atti che siano espressione di un'attività autoritativa - il che, come detto, è assente nel caso in esame - che, in ogni caso, si collochino all'interno della fase che precede l'assunzione. Anche tale secondo requisito è assente nel caso di specie; infatti, il momento che segna il termine della fase provvedimento è costituito dalla compilazione ed approvazione della graduatoria finale, dopo la quale si apre la fase esecutiva. Dopo l'approvazione, infatti, si configurano attività che attengono allo svolgimento privatistico del rapporto di lavoro (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 27 ottobre 2006, n. 23075).

Pertanto, alla luce di tali principi, è evidente che la dichiarazione di "caducazione automatica del rapporto di lavoro" dei ricorrenti, in uno a quello degli altri vincitori del concorso ad operatore informatico, appartenga al plesso giurisdizionale dell'A.G.O..

Con riferimento alle domande risarcitorie valgono le stesse argomentazioni di principio, cui si deve aggiungere la considerazione, ben espressa e motivata nella sentenza del TAR, secondo la quale, come emerge dalla più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite (Cass. civ., Sez. Un., 23 marzo 2011, nn. 6594 e 6595), in tema di risarcimento per lesione di affidamento generato

nel privato dalla legittimità di atti amministrativi di cui quest'ultimo sia beneficiario e che poi sono annullati, in sede giurisdizionale o anche in autotutela, tale domanda appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto tale giudizio si incentra sulla violazione del dovere del "neminem laedere", che prescinde dalla natura pubblica o privata dell'agente e della sua attività, e per questo non giustifica la concentrazione della tutela risarcitoria di fronte al giudice dell'annullamento.

Tale orientamento, benché discutibile in via generale, in quanto apparentemente in contrasto con quanto statuito dalla Corte Costituzionale con sentenza 5 febbraio 2010, n. 35 e con lo stesso art. 7 c.p.a., che afferma la sottoposizione al Giudice Amministrativo delle controversie in cui venga in rilievo anche mediatamente l'esercizio di poteri pubblicistici, non trova ostacoli ad applicarsi al caso di specie, ove come si è già detto, la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di impiego pubblico privatizzato è una giurisdizione di sola legittimità e non è materia di giurisdizione esclusiva ove, semmai, possono presentarsi i dubbi ermeneutici sopra sintetizzati.

Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto in quanto infondato" (sentenza n. 4059/2013 cit.).

Per tutte le motivazioni che precedono, che meritano di essere confermate anche ai fini dell'analoga, presente controversia, l'appello va dunque respinto.

Ai sensi dell'art. 11, comma 2, C.P.A., sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali delle domande attoree qualora il processo venga riassunto davanti al Giudice ordinario nel termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della decisione.

Si ravvisano ragioni tali da giustificare la compensazione tra le parti delle spese processuali del presente grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Sabato Malinconico, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore