

N. 01079/2016REG.PROV.COLL.

N. 04161/2015 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4161 del 2015, proposto dal Consiglio Nazionale delle Ricerche, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, Via dei Portoghesi 12;

***contro***

Claudio Marini, Michele Marini, Giacomo Marini, rappresentati e difesi dall'avvocato Luciano Di Pasquale, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Roma, Via Adige, 43;

***nei confronti di***

Marco Ligi, Luisa Ottolini, Annalisa Griffa, Vincenzo Lapenna;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III n. 10535/2014, resa tra le parti, concernente l'approvazione della graduatoria e la nomina dei vincitori del concorso per titoli per 162 posti di dirigente di ricerca;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Claudio Marini, di Michele Marini e di Giacomo Marini;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2016 il Cons. Raffaele Prospero e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Raffaella Ferrando e l'avvocato Luciano Di Pasquale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

Nell'art.64, commi 1b, 3 del c.c.n.l. del 21 febbraio 2002 erano previste procedure concorsuali per i ricercatori del Consiglio Nazionale delle Ricerche, da ultimarsi entro il 31 dicembre 2002, per il passaggio, tra l'altro, al livello superiore di Dirigente tecnologo, con decorrenza giuridica ed economica dal 31 dicembre 2001; seguiva il bando di concorso del 9 giugno 2004, per titoli, per la copertura di n.162 posti di Dirigente di ricerca, I livello, di cui n.16 posti, poi elevati a 21, per "scienze della terra", con il requisito della permanenza in servizio per la nomina dei vincitori; il 15 novembre 2005 venivano formate dal CNR le commissioni di concorso; in data 22 giugno 2006, con successive rettifiche del 27 giugno 2006 e del 6 luglio 2006, erano quindi approvati gli atti della procedura, con la graduatoria finale di merito, ove la dott.ssa Florisa Melone, appunto ricercatore presso il CNR, era collocata al 28° posto, e la nomina dei vincitori.

Gli atti ora riportati venivano tuttavia impugnati con il ricorso sub RG9868/2006 davanti al TAR del Lazio il quale, con sentenza n.35804 del 2010 accoglieva l'impugnativa del ricorrente Aurisicchio, per difetto di motivazione, con annullamento degli atti impugnati e l'obbligo della commissione di rivalutarne la posizione. Con ulteriore sentenza n. 2392 del 2012, il Consiglio di Stato, premesso

L'interesse dell'appellante Aurisicchio, accoglieva il gravame, implicando il rinnovo dell'intera procedura, con fissazione di nuovi criteri di valutazione dei titoli; l'11 settembre 2012 il CNR nominava una nuova Commissione per la rinnovazione, ora per allora, del procedimento in esame; nel frattempo la Sig.ra Melone decedeva, in costanza di servizio, il 28 ottobre 2012; il 25 luglio 2013 l'Amministrazione suindicata approvava gli atti del procedimento, con la graduatoria finale di merito, ove l'interessata era collocata al 20° posto, e la nomina dei vincitori, ancora in servizio alla predetta data del 25 luglio 2013, con decorrenza 31 dicembre 2001.

I sigg. ri Claudio, Michele e Giacomo Marini, rispettivamente coniuge e figli della Sig.ra Melone, nella qualità di eredi, impugnavano la suaccennata determinazione, unitamente agli atti presupposti, tra cui il bando, in relazione al requisito della permanenza in servizio all'atto della promozione, censurandoli per violazione dell'art.64, comma 3 del CCNL del 2002, della Legge n.241 del 1990 ed in particolare dell'art.2 bis e ss., degli artt.97, 111 Cost. nonché per eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria e di motivazione, dello sviamento, della contraddittorietà, dell'affidamento, della parità di trattamento, dell'elusione del giudicato, dell'autovincolo.

I ricorrenti in particolare facevano presente che la loro congiunta era deceduta, in costanza di servizio nel 2012, che la procedura concorsuale era stata rinnovata per illegittimità in cui era incorso il CNR, secondo quanto accertato dal TAR e dal Consiglio di Stato e dallo stesso CNR, come da nota del 10 maggio 2006, all.5 al ricorso; che dunque il ritardo nella definizione del procedimento era interamente addebitabile all'Amministrazione che, se avesse correttamente operato, avrebbe concluso la procedura nel 2006, quando la sig.ra Melone era ancora in servizio; dunque andava fatta, ora per allora, la ricostruzione di carriera in adesione al giudicato formatosi a seguito della definizione del menzionato contenzioso; che in

ogni caso la clausola del bando che subordinava la promozione alla permanenza in servizio risultava irragionevole, prevedendosi una decorrenza della promozione dal 31 dicembre 2001, dunque retroattiva.

In subordine veniva richiesta la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni, sussistendo i presupposti di riconoscimento della pretesa risarcitoria (condotta pubblica illecita, danno, nesso di causalità, colpevolezza), con pregiudizio da rapportarsi, in sede di sua quantificazione, alle differenze retributive e di contributi previdenziali e per la buonuscita intercorrenti tra i livelli di ricercatore e dirigente, dal 31 dicembre 2001 al 28 ottobre 2012, con maggiorazione di interessi e rivalutazione.

Il CNR si costituiva in giudizio, deducendo nel merito l'infondatezza del ricorso e chiedendone la reiezione.

Con sentenza n. 10535 del 20 ottobre 2014 il TAR riteneva che non potesse essere disposta la ricostruzione di carriera della Sig.ra Melone, non ravvisando irragionevolezza nella clausola del bando che subordinava la promozione alla permanenza in servizio del dipendente.

Il giudice di primo grado riconosceva invece la fondatezza della subordinata pretesa risarcitoria.

Non poteva essere smentita la condotta illecita dell'Amministrazione, integrata dall'illegittimità degli atti posti in essere, carenti di motivazione in sede di attribuzione dei punteggi ai candidati e di fissazione dei presupposti criteri di valutazione dei titoli (cfr. nota CNR del 10 maggio 2006, all.6 al ricorso, TAR Lazio, III *ter* n.35804 del 2010 e Cons. Stato, VI, n.2392 del 2012, all.6, 7 atti CNR), il danno prodotto derivante dalla mancata promozione della Sig.ra Melone, il nesso di causalità tra condotta e pregiudizio perché, se l'Amministrazione avesse in origine proceduto correttamente, avrebbe concluso il procedimento in epoca (22 giugno 2006) in cui l'interessata era ancora in servizio, la colpa infine

dell'Istituto di ricerca, che aveva espletato la procedura concorsuale senza dar conto delle ragioni di attribuzione dei punteggi, in spregio ai più elementari principi che presiedono lo svolgimento di tutti i procedimenti amministrativi ed in particolare di quelli concorsuali.

I danni dovevano essere quantificati secondo le differenze retributive tra il livello di ricercatore e quello di dirigente, dal 31 dicembre 2001, decorrenza delle promozioni, al 28 ottobre 2012, data del decesso della Sig.ra Melone, con maggiorazione degli interessi al saggio legale e della rivalutazione monetaria secondo il relativo indice ISTAT, calcolati separatamente sull'importo nominale dei crediti, dalla scadenza dei singoli ratei all'effettivo soddisfo (cfr. Cons. Stato, VI, n.5196 del 2013); limitatamente al suddetto periodo (31 dicembre 2001 – 28 ottobre 2012) vanno anche computate le differenze dei contributi previdenziali e ai fini della buonuscita.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 17 aprile 2015 il Consiglio Nazionale delle Ricerche impugnava la sentenza in questione, sostenendo in primo luogo che l'individuazione del nesso di causalità tra condotta e pregiudizio era inesatta, poiché i ritardi concorsuali non potevano essere addebitabili all'appellante bensì agli aggravamenti procedurali connesse ad istanze di riesame avanzate in via di autotutela dai candidati; in secondo luogo la valutazione dell'elemento della colpevolezza non appariva completa, poiché l'appellata ha ommesso di attivare pertinenti strumenti di tutela amministrativa e giurisdizionale durante tutto l'arco temporale in cui il provvedimento lesivo ha dispiegato sugli effetti, non proponendo la dott.ssa Melone istanza di sospensione cautelare ed avvalendosi dell'illegittimità del concorso dichiarata in esito al ricorso di altro soggetto; in terzo luogo il danno non può essere liquidato mediante riconoscimento con effetto retroattivo di un rapporto di impiego con tutte le sue conseguenze economiche, poiché ciò riguarda soltanto i rapporti già costituiti ed illegittimamente sospesi o

interrotti ed in questi casi si può eventualmente fare ricorso a criteri equitativi, ma certamente non a quelli integrali riconosciuti dal giudice di primo grado; in quarto luogo non è corretta la data iniziale di riferimento per la determinazione al 31 dicembre 2001, poiché successivamente si è provveduto allo scorrimento della graduatoria in questione e dalla conseguente nomina dei candidati dal n. 17 al n. 21 della classifica con decorrenza dal 1 gennaio 2003 (n.17) e dal 1 gennaio 2006 (dal n. 18 al n. 21), caso questo ultimo riguardante la dott.ssa Melone.

Il Consiglio Nazionale delle Ricerche concludeva per l'accoglimento dell'appello con vittoria di spese.

Gli appellati si sono costituiti in giudizio, sostenendo l'infondatezza dell'appello e chiedendone il rigetto.

All'odierna udienza del 14 gennaio 2016 la causa stata trattenuta in decisione.

Con il primo motivo il Consiglio Nazionale delle Ricerche si duole in sintesi che il giudice di primo grado abbia a lui addebitato le "lungaggini concorsuali", in sintesi il lungo lasso di tempo intercorso tra la pubblicazione del bando, avvenuta il 9 giugno 2004 e l'adozione degli atti conclusivi della procedura, decisa il 25 luglio 2013, non riconducibile a condotte omissive obbligatorie poste in essere dall'Amministrazione e sanzionabili ai sensi della L. 241 del 1990, ma dovute in realtà ad una serie di aggravamenti procedurali collegati ad istanze di riesame avanzate in via di autotutela dai candidati.

Il motivo è infondato in primo luogo perché non è assistito da prove concrete e si limita solamente ad affermazioni generiche e sostanzialmente qualificabili come postulati; in secondo luogo le tesi dell'appellante dimostrano il contrario, vale a dire la responsabilità del Consiglio, vale a dire che la lunghissima procedura sembra dovuta proprio ad errori dell'Amministrazione, tanto è che la conclusione nel 2013 è stata infine causata da un ricorso definitivamente conclusosi con il riconoscimento delle ragioni del concorrente.

Con il secondo motivo l'appellante si duole che non sia stato preso in considerazione della sentenza di primo grado il comportamento inerte della dr.ssa Melone, la quale fondamentalmente si è giovata delle azioni di tutela altrui ed in particolare del ricorso attivato dal concorrente Aurisicchio, dunque il giudice di prime cure avrebbe disapplicato il principio di cui all'art. 1227 c.c., ossia avrebbe contemplato il dovere del danneggiato agire per evitare o almeno limitare il danno. Il motivo è infondato nei limiti che seguono.

Che il danneggiato sia tenuto ad attivarsi per limitare i danni non può essere smentito ed in ogni caso vale anche nel processo amministrativo l'analogo principio che il giudice tenuto a valutare tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti, escludendo il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, secondo il dettato dell'art. 30 comma 3 c.p.a.

Secondo la pronuncia dell'adunanza plenaria del 23 marzo 2011 n. 3 richiamata dall'appellante la scelta di una parte di avvalersi della tutela prevista dall'ordinamento processuale interrompe il nesso causale ed impedisce in tutto o in parte il risarcimento evitabile, sempre secondo il suddetto principio di cui all'art. 1227 co. 2 c.c.

Se in astratto le tesi del Consiglio Nazionale delle Ricerche non possono essere sottaciute, nel caso di specie comunque non può essere esclusa in radice una responsabilità per risarcimento dei danni della P.A., a causa della mancata attivazione ricorso da parte della stessa congiunta degli intimati.

Si deve rammentare infatti che la VI Sezione del Consiglio di Stato n. 2392 del 23 aprile 2012 ha comunque travolto l'intera procedura concorsuale, ivi compresa la fissazione dei criteri di valutazione dei titoli dei candidati, quindi il danno per la dr.ssa Melone vi è stato, è risarcibile per le gravi responsabilità della P.A. allora riscontrate e confermate dall'impugnata sentenza del TAR del Lazio, e dunque il

mancato attivarsi della dr.ssa Melone costituisce senza dubbio nel caso in esame una diminuzione delle responsabilità del Consiglio Nazionale delle Ricerche come di seguito si vedrà, ma non ne può certamente costituire una totale esimente.

Con il terzo motivo l'appellante si duole del fatto che nella determinazione dell'ammontare del risarcimento, il TAR abbia riconosciuto al coniuge ed ai figli della dr.ssa Melone l'intera quantificazione delle differenze retributive tra il livello di ricercatore e quello di dirigente con tutti gli accessori di legge, dal 31 dicembre 2001, decorrenza delle promozioni, al 28 ottobre 2012, data del decesso, mentre in questo tipo di fattispecie, per costante giurisprudenza, il danno non può essere liquidato mediante il riconoscimento con effetto retroattivo di un rapporto di impiego con tutte le sue conseguenze economiche, poiché ciò riguarda soltanto i rapporti già costituiti ed illegittimamente sospesi o interrotti ed al contrario in questi casi si può eventualmente fare ricorso a criteri equitativi, ma certamente non a quelli integrali.

La censura è fondata.

Oltre a richiamare quanto sostenuto e parzialmente ritenuto fondato relativamente al secondo motivo, si deve rilevare che pacifica giurisprudenza ammette l'integrale ricostruzione degli effetti economici della posizione del pubblico dipendente nei soli casi in cui vi sia stata un'illegittima interruzione o sospensione di un rapporto già costituito e non laddove vi sia stata una mancata o tardiva immissione in ruolo, ciò in dipendenza della natura sinallagmatica del rapporto di lavoro e dell'attività di servizio, il che impedisce il parallelismo tra interruzione del rapporto già in atto e che doveva altrimenti proseguire, rispetto ad un rapporto - o analogamente, come nel caso di specie, ad una promozione - non ancora costituito e mai svolto.

Quindi va seguito quell'orientamento consolidato, anche di questa Sezione, per cui il danno risarcibile può essere quantificato equitativamente per tutto il periodo che va dal giorno in cui doveva avvenire il collocamento in servizio o la promozione

fino a quando non è stata rimossa l'illegittimità, con la corresponsione del 50% della differenza tra la retribuzione corrisposta e quella che invece avrebbe dovuto essere versata, con l'esclusione delle voci variabili strettamente correlate al servizio effettivamente prestato (*ex multis* Cons. Stato, V, 26 agosto 2014 n. 4282); se il TAR del Lazio ha poi determinato in casi paralleli a quello in esame il risarcimento in misura pari al 60% della differenza prima richiamata, ritiene il Collegio che il 50% sia una giusta misura, visto quanto considerato relativamente alla precedente censura circa principi scaturenti dall'art. 1227 comma 2 c.c. e dall'art. 30 comma 3 c.p.a.

Appare altresì fondata la quarta censura, inerente l'erronea individuazione da parte del TAR nel 31 dicembre 2001 della data iniziale di riferimento per la determinazione delle differenze retributive da corrispondere: la dr.ssa Melone è stata infine collocata al 20° posto della nuova graduatoria scaturita in seguito alla ripetizione della procedura e poiché la nomina a dirigente di ricerca a far data dal 31 dicembre 2001 spettava ai concorrenti graduati nelle prime 16 posizioni dei posti messi a concorso, coloro che si trovavano tra la posizione 17<sup>a</sup> e 21<sup>a</sup> hanno conseguito la nomina solo in seguito, grazie alla procedura di scorrimento degli idonei e dell'interessata la nomina agli effetti giuridici è stata pronunciata a far data dal 1° gennaio 2006.

Quindi il diritto al risarcimento del danno per gli appellati, così come quantificato in motivazione – il 50% della parte fissa della retribuzione dirigenziale oltre agli accessori di legge - deve decorrere dal 1 gennaio 2006, giorno in cui sarebbe maturata la promozione a dirigente della dr.ssa Melone.

Per le suesposte considerazioni l'appello deve essere accolto in parte e la condanna al risarcimento dei danni nei confronti del Consiglio Nazionale delle Ricerche deve essere ridotta secondo quanto indicato in motivazione.

Dalla parziale soccombenza deriva la compensazione delle spese di giudizio per

entrambi i gradi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie parzialmente il ricorso di primo grado condannando il Consiglio Nazionale delle Ricerche al risarcimento del danno così come determinato in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Oreste Mario Caputo, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/03/2016

IL SEGRETARIO

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