

CT 46134/13 – Avv. A. Fedeli

**ECC.MO CONSIGLIO DI STATO**

IN SEDE GIURISDIZIONALE

***Ricorso in appello con istanza di sospensione***

per il **Consiglio Nazionale delle Ricerche** (C.F. 80054330586), in persona del Legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso in virtù di legge dall'Avvocatura Generale dello Stato (C.F. 80224030587, fax 06/96514000 PEC ags\_m2@mailcert.avvocaturastato.it), presso i cui uffici è legalmente domiciliato in Roma, alla via dei Portoghesi 12

- *appellante* -

*contro*

**CEVOLANI Giordano**, el.te domiciliato in Roma, via Adige 43, presso lo studio dell'Avv. Luciano Di Pasquale;

- *appellato* -

**PER L'ANNULLAMENTO**

della sentenza resa dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – sezione terza, depositata il 20 ottobre 2014, n. 10542/2014, non notificata.

Con ricorso al T.A.R. del Lazio il Dott. Giordano CEVOLANI ha chiesto l'annullamento, previa sospensione, "del provvedimento del Consiglio Nazionale delle Ricerche prot. n. 0045793/25.7.2013 (...) col quale, con riferimento al bando di concorso n. 364.7 del 15.06.2004 ex art. 64 del C.C.N.L. per gli enti di ricerca e sperimentazione sottoscritto il 21.2.2002, sono stati approvati tutti gli atti del procedimento concorsuale rinnovato e la graduatoria di merito formulata dalla nuova Commissione del concorso in cui il ricorrente è stato collocato al n. 3 e quindi dichiarato vincitore con l'attribuzione del profilo professionale di dirigente di ricerca primo livello, con decorrenza degli effetti giuridici ed economici dal 31.12.2001, purchè fosse in servizio alla data del provvedimento stesso e cioè il 25.7.2013, nella parte in cui per

l'appunto vengono esclusi coloro che non erano in servizio alla data del 25.7.2013, tra cui il ricorrente (...). E per il risarcimento di tutti i danni patiti e patendi per il ritardo”.

Il ricorrente esponeva che, all'epoca dipendente del C.N.R. con profilo di Ricercatore, partecipò alla selezione interna indetta dall'Ente con il bando n. 364.7, Prot. n. 1954094, del 9.6.2004) per n. 162 posti nel profilo professionale di Dirigente di Ricerca (I livello), di cui n. 16 posti destinati all'Area Disciplinare “Scienze della Terra” cui il predetto afferiva.

Espletato il concorso, la Commissione giudicatrice formulò la graduatoria finale di merito, nella quale il ricorrente non risultò collocato tra i vincitori.

La stessa graduatoria, peraltro divenuta oggetto di numerose impugnative, venne poi utilizzata per lo scorrimento degli idonei fino alla posizione n. 21 con provvedimento dirigenziale n. 56230, del 13.7.2007.

Al termine di un lungo e travagliato iter processuale, il Consiglio di Stato, con Sentenza n. 2392 del 23.4.2012 annullò gli atti impugnati, imponendo al C.N.R. “la rinnovazione dell'intera procedura valutativa, ad iniziare dalla fissazione dei criteri di valutazione dei titoli in possesso dei candidati (...)” .

All'esito delle rinnovate operazioni concorsuali, la commissione esaminatrice all'uopo ricostituita dall'Ente riformulò la graduatoria finale nella quale il ricorrente risultò collocato, tra i vincitori della selezione, alla posizione n. 3.

L'approvazione degli atti del concorso e la nomina alla posizione di Dirigente di Ricerca dei primi 21 candidati vincitori intervenne con l'impugnato provvedimento Dirigenziale n. 45793, del 25.7.2013, il cui art. 4, comma 2, così recita: “Ai predetti vincitori viene attribuito o confermato il profilo professionale di Dirigente di Ricerca – primo livello, con decorrenza degli effetti giuridici ed economici a far data dal 31

dicembre 2001 qualora in servizio alla data del presente provvedimento”.

Avverso tale atto, nonché quelli presupposti e consequenziali insorse il Dott. Cevolani chiedendone l’annullamento, previa sospensione cautelare ed instando, altresì, per risarcimento dei danni da ritardo procedimentale, articolando un unico motivo di ricorso con il quale si deduceva l’illegittimità, sotto vari profili, della disposizione recata dal bando di concorso e replicata nel provvedimento dirigenziale n. 45794/2013, che subordinava la nomina dei vincitori alla permanenza in servizio alla data di approvazione degli atti del procedimento.

Con la sentenza n. 10542 depositata il 20.10.2014, non notificata, il T.A.R. del Lazio ha respinto la richiesta di ricostruzione della carriera della Dott. Cevolani, riconoscendo la legittimità e ragionevolezza della clausola del bando che subordinava la promozione al livello superiore alla permanenza in servizio del candidato all’atto della nomina.

Al contempo, l’Organo giudicante ha ritenuto sussistenti i presupposti per l’accoglimento della domanda risarcitoria, disponendo la condanna dell’Ente alla corresponsione di tutte “le differenze retributive tra il livello di Ricercatore e quello di Dirigente, dal 31 dicembre 2001, decorrenza delle promozioni, al 29 novembre 2010, data di collocamento a riposo del ricorrente, 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 – 29 novembre 2010) vanno anche computate le differenze dei contributi previdenziali e ai fini della buonuscita”.

Detta sentenza si appalesa gravemente erronea e sommamente ingiusta e va pertanto riformata alla stregua dei seguenti

#### **MOTIVI**

**Violazione di legge (onere delle prova art. 2697 c.c. sussistenza dei presupposti di cui all'art. 2043 c.c.)**

**Vizio di motivazione**

1) La materia del risarcimento del danno, riguardando questioni attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e, infatti, regolata dal principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 del codice civile, in base al quale chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

In base alla regola generale racchiusa nell'art. 2697 c.c. (operante, in questa parte, anche nel processo amministrativo), il ricorrente avrebbe avuto l'onere di provare tutti gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento (danno, nesso di causalità, colpa) per illecito della p.a. (Consiglio Stato, sez. V, 06 agosto 2001, ti. 4239; Consiglio Stato, sez. V, 25 gennaio 2002, n. 416 e Consiglio Stato, sezione VI, 16 aprile 2003, n. 1990, per cui, in base al generale principio dell' onere della prova, che trova piena applicazione in relazione ai diritti soggettivi, chi deduce di aver subito un danno deve fornire la prova dello stesso, sia in ordine all'"an" sia in ordine al "quantum" dello stesso).

La domanda di risarcimento del danno, non sostenuta dalle allegazioni necessarie all'accertamento della responsabilità dell'amministrazione e risultando proposta in modo generico, deve essere respinta.

Infatti, il giudizio risarcitorio a seguito di lesione di interessi legittimi postula il superamento dei principi processuali classici del processo amministrativo modellati sullo schema del giudizio di impugnazione di un atto amministrativo. Ne deriva che al privato non basta la deduzione, in base al principio dispositivo con metodo acquisitivo, dell'illegittimità dell'atto, essendo necessaria, in base al principio dispositivo, la dimostrazione, ex art. 2697 c.c. e 115, comma 1, C.P.C., degli elementi che consentano di concludere in senso a lui favorevole il giudizio sulla spettanza del risarcimento, e, cioè, occorre la prova del danno, nella sua esistenza e nel suo ammontare (secondo le regole di cui agli art. 1223, 1226 e 1227, richiamati dall'art. 2056 c.c.).

Il principio dell'onere della prova, pur essendo principio processual-civilistico, è destinato a trovare applicazione in un giudizio; quale quello risarcitorio, che esorbita da confini di quello impugnatorio, sicchè la domanda di risarcimento del danno deve essere fondata su una puntuale quantificazione e una congrua dimostrazione del danno conseguente all'illegittimità dell'atto annullato in sede giurisdizionale (TAR Campania Salerno, sez. I, 05 aprile 2006, n. 355).

In particolare, dunque, il ricorrente non doveva limitarsi ad addurre l'illegittimità degli atti o dei comportamenti della Amministrazione, valendosi, ai fini della sua quantificazione, del principio dispositivo con metodo acquisitivo e, quindi, della sufficienza dell'allegazione di un principio di prova, ma avrebbe dovuto compiere l'ulteriore sforzo probatorio di documentare il pregiudizio patrimoniale del quale chiede il ristoro nel suo esatto ammontare.

Come è noto, il pregiudizio risarcibile si compone, secondo la definizione offerta dall'art. 1223 c.c., del danno emergente e del lucro cessante: e cioè, della diminuzione reale del patrimonio del privato, per effetto di esborsi connessi alla inutile partecipazione al procedimento, e della perdita di un'occasione di guadagno o, comunque, di un'utilità economica connessa all'adozione o all'esecuzione del provvedimento illegittimo.

Per la componente del c.d lucro cessante, di più difficile e complessa determinazione, la giurisprudenza ha individuato alcuni parametri presuntivi di determinazione del quantum, certamente invocabili dal privato in presenza della lesione di aspettative di ampliamento della sua sfera giuridica e patrimoniale.

In particolare, la giurisprudenza ha individuato (per la determinazione del pregiudizio connesso alla perdita di un'occasione di successo in una procedura di gara) un criterio presuntivo in base all'applicazione dell'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248; Allegato F, laddove quantifica nel 10% del valore dell'appalto l'importo da corrispondere all'appaltatore in caso di recesso facoltativo dell'amministrazione, nella

determinazione forfettaria ed automatica del margine di guadagno presunto nell'esecuzione di appalti di lavori pubblici (cfr. ex multis Cons. St., sez. V, 8 luglio 2002, n.3796).

Perché sia ritualmente assolto l'onere della prova, è, tuttavia, necessario che, anche in tale ipotesi di determinazione forfettaria, il ricorrente danneggiato allegghi almeno gli elementi di fatto e gli indizi sulla cui base possono individuarsi i parametri presuntivi di determinazione del lucro cessante.

La domanda giudiziale di risarcimento del danno è, così, del tutto priva di fondamento probatorio, nel senso della assoluta genericità della domanda concernente i presunti danni per la perdita di chances. Né si sopperire alle carenti deduzioni di parte attraverso la liquidazione equitativa, la quale, per insegnamento costante, concerne la mera quantificazione del danno.

In sintesi, la colpa deve essere accertata in senso oggettivo, tenendo conto dei vizi che hanno determinato l'illegittimità del provvedimento, della gravità delle violazioni commesse in relazione all'ampiezza del potere discrezionale esercitato, dei precedenti giurisprudenziali, dell'univocità o meno del dato normativo, delle condizioni concrete e dell'eventuale apporto dei privati.

Ne discende che, ove si accerti che l'errore in cui sia incorsa l'Amministrazione e dal quale è scaturita l'illegittimità provvedimentoale e comportamentale, sia scusabile, ovvero indotto da equivocità del dato normativo, da contrasti giurisprudenziali, da interpretazioni divergenti fornite da altri organi amministrativi, dalle risultanze di istruttorie procedimentali ovvero dalla particolare complessità e difficoltà dell'azione amministrativa, deve essere esclusa la colpa (cfr. ex multis, C.d.S., sez. VI, 4 novembre 2002, n.6000; C.d.S., sez. V, 18 novembre 2002 n 6393).

Traslando tali principi alla presente controversia e tenendo conto delle specifiche risultanze documentali e degli accertamenti istruttori che hanno preceduto l'adozione degli atti amministrativi, a differenza di

quanto genericamente affermato dal TAR Lazio, si impone la conclusione dell'assenza dell'elemento soggettivo della colpa dell'Amministrazione, la quale, nella specie, avrebbe tutt'al più agito in virtù di errore scusabile nell'accezione suindicata.

A tale riguardo, occorre evidenziare che, nel caso di specie il lungo lasso di tempo intercorso tra la pubblicazione del bando di concorso (9.6.2004) e l'adozione degli atti conclusivi della procedura (25.7.2013) non può essere addebitato a condotte omissive o dilatorie poste in essere dall'Amministrazione, quanto piuttosto, agli aggravamenti procedurali connessi alle istanze di riesame avanzate in via di autotutela dai candidati nonché dall'attesa della formazione del giudicato amministrativo.

Inoltre, si reputa doveroso sottoporre ad esame critico la condotta processuale del ricorrente, il quale ha omesso di attivare i pertinenti strumenti di tutela amministrativa e giurisdizionale lungo tutto l'arco temporale in cui il provvedimento lesivo (id est, la preesistente graduatoria di merito) ha dispiegato i suoi effetti.

Tale comportamento di totale inattività e, dunque, di sostanziale acquiescenza alla graduatoria prioritariamente formulata dall'Ente, costituisce elemento valutabile ai sensi dell'art. 30, comma 3, Cod. Proc. Amm., il quale prevede che in sede di determinazione del risarcimento "il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti".

Tale assunto è confortato da una recente pronuncia del Consiglio di Stato, che richiamandosi ai principi già espressi dall'Adunanza Plenaria (Sent. 23 marzo 2011, n. 3), ha affermato che "la scelta della parte di non avvalersi della forma di tutela specifica e non (comparativamente) complessa che, anche grazie alle misure cautelari previste dall'ordinamento processuale, avrebbe plausibilmente (ossia più probabilmente che non) evitato, in tutto o in parte il danno, integra

violazione dell'obbligo di cooperazione, che spezza il nesso causale e, per l'effetto, impedisce – in tutto o in parte – il risarcimento evitabile. Detta omissione, apprezzata congiuntamente alla successiva domanda tesa al risarcimento di un danno che la tempestiva azione di annullamento avrebbe scongiurato, rende configurabile un comportamento complessivo di tipo opportunistico che viola il canone di buona fede e, quindi, in forza del principio di auto-responsabilità cristallizzato dall'art. 1227, comma 2 c.c., implica la non risarcibilità del danno evitabile” (Cons. Stato, Sez. VI, 28 agosto 2013, n. 4310).

Seguendo il dettato del G.A., si trae che la fondatezza dell'azione risarcitoria è strettamente legata alla diligenza mostrata dal soggetto leso nell'impedire la consumazione del danno.

Ne consegue, sotto il profilo del rapporto di causalità, la rilevanza sostanziale dell'omessa impugnazione come fatto che preclude la risarcibilità di danni che sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di rituale utilizzazione dello strumento di tutela specifica predisposto dall'ordinamento, a protezione delle posizioni di interesse legittimo, onde evitare la consolidazione di effetti dannosi.

Si può dunque affermare, sulla base dell'insegnamento dell'Adunanza Plenaria, la non ristorabilità (quantomeno in termini di restituito in integrum), del danno patito dal ricorrente, il quale non ha attivato diligentemente e tempestivamente i rimedi di giustizia posti a sua disposizione dall'ordinamento.

**2)** In disparte ogni rilievo in ordine all'insussistenza, nel caso che ci occupa, dei presupposti integranti la fattispecie del “danno ingiusto”, va fermamente contrastato il capo di sentenza che afferma il diritto del ricorrente ad un risarcimento commisurato all'intero ammontare del divario retributivo tra la qualifica rivestita in costanza di servizio e quella attribuita ai vincitori del concorso, nonché l'obbligo in capo all'Ente di reintegro delle spettanze previdenziali e di quiescenza.



E' del tutto evidente che tale statuizione ha realizzato una sostanziale ed inammissibile restitutio in integrum del lavoratore, trascurando del tutto l'operatività del principio del sinallagma contrattuale, in virtù del quale il diritto alla retribuzione è condizionato all'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa.

Sul punto è stato più volte affermato che "l'integrale ricostruzione degli effetti giuridici ed economici della posizione di impiego del pubblico dipendente opera nei soli casi in cui il provvedimento dichiarato illegittimo in sede giurisdizionale abbia interrotto un rapporto già costituito e in atto e non anche nel caso di illegittimo diniego di chiamata ed immissione in ruolo" (T.A.R. Lazio, Sez. III, 29.4.2013 n. 4286; ex multis, Cons. Stato, A.P. 12.12.91, n. 10; Cons. Stato, Sez. VI, 5.6.2006, n. 3338).

Si richiama, inoltre, la recente pronuncia del Consiglio di Stato, a mente della quale "(...) deve osservarsi che, in base a un consolidato e qui condiviso orientamento giurisprudenziale, l'appellante non può sic et simpliciter invocare una decorrenza ai fini economici della propria (tardiva) assunzione diversa da quella riconosciuta dall'amministrazione in ragione dell'effettiva presa di servizio (avvenuta solo nel marzo del 2001). È stato infatti stabilito al riguardo che, nel caso di tardata costituzione di un rapporto di impiego conseguente all'illegittima esclusione dalla procedura di assunzione, spetta all'interessato il riconoscimento della medesima decorrenza ai fini giuridici attribuita a quanti siano stati nella medesima procedura nominati tempestivamente, mentre non può riconoscersi (ai fini economici) il diritto alla corresponsione delle retribuzioni relative al periodo di ritardo nell'assunzione. Ciò in quanto detto diritto, in ragione della sua natura sinallagmatica, presuppone necessariamente l'avvenuto svolgimento dell'attività di servizio. Pertanto, l'invocato diritto alle spettanze economiche nella presente sede non può essere riconosciuto facendo leva sull'invocato, necessario parallelismo fra la decorrenza ai fini

giuridici dell'assunzione e la decorrenza ai fini economici" (Cons. Stato, Sez. VI, 28.8.2013, n. 4310).

Nondimeno, la stessa Sezione del T.A.R. Lazio, chiamata a pronunciarsi sulle impugnative proposte avverso il medesimo provvedimento dirigenziale n. 45794 del 25.7.2013 da altri ex dipendenti, anch'essi esclusi dalla nomina in quanto cessati dal servizio al momento dell'approvazione della rinnovata graduatoria di merito, ha mostrato piena adesione alle tesi giurisprudenziali sopra enunciate, ed ha dunque affermato il diritto dei ricorrenti al ristoro del danno da ritardo provvedimentale, determinando il risarcimento in misura pari al 60% della differenza tra la retribuzione percepita e quella correlata alla qualifica dirigenziale attribuita ai vincitori del concorso; ha inoltre respinto, facendo leva sulla natura risarcitoria delle somme riconosciute, la domanda di reintegro del trattamento previdenziale e di quiescenza.

Secondo quanto riportato nelle suddette pronunce, peraltro rese pochi mesi prima di quella oggetto del presente gravame, l'Organo giudicante "Rilevata la sussistenza del diritto di parte ricorrente al risarcimento dei danni, ne va ora accertata la misura, che non può essere pari a quella che sarebbe spettata alla stessa in caso di restitutio in integrum: l'integrale reintegrazione economica non spetta infatti per il periodo in cui concretamente l'interessato non ha impiegato le proprie energie lavorative a favore dell'Amministrazione nella nuova posizione dirigenziale, risultando per tabulas che le stesse sono state espletate per funzioni di rango inferiore (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25.7.2006, n. 4645; 2.10.2002, n. 5174) (...). Il danno subito - in considerazione della mancata esplicazione di prestazioni lavorative coerenti con l'incarico dirigenziale e quindi connesse all'obbligazione del lavoratore - può essere equitativamente quantificato nel 60% della differenza tra la retribuzione percepita e retribuzione inerente alla detta qualifica dirigenziale, attribuita ai vincitori del concorso conclusosi con il provvedimento di approvazione impugnato n. 45793 del 25.7.2013 (...).

La natura risarcitoria delle somme liquidate esclude che la somma stessa debba essere considerata, come pure richiesto, ai fini della riconsiderazione del trattamento previdenziale e di quiescenza. Così come esclude che debba procedersi alla liquidazione della differenza dal 31.12.2001 tra trattamento economico in godimento e quello corrispondente alla fascia e livello dirigenziale che sarebbe stata maturata dal ricorrente stesso, qualora si fosse proceduto tempestivamente al corretto inquadramento dirigenziale, poiché la determinazione equitativa del danno subito ricomprende ogni profilo ulteriore di danno". (Tar Lazio, Sez. III, 23.7.2014, n. 8106; 18.7.2014, n.7739; 16.7.2014, n. 7633; 18.7.2014, n. 7736; 7.7.2014, n. 7228).

#### **ISTANZA DI SOSPENSIONE**

Quanto al *fumus* si rinvia al motivo di impugnazione formulato. Con riguardo al *periculum*, si rappresenta che, tenuto conto dell'entità del risarcimento cui è stato condannato il CNR, qualora l'Amministrazione, nelle more del procedimento d'appello, fosse costretta a provvedere al pagamento di quanto liquidato dal giudice di prime cure, potrebbe, nell'ipotesi di esito vittorioso del giudizio di secondo grado, vedere notevolmente compromessa la possibilità di ottenere la restituzione del versato o di esperire con successo l'azione diretta al suo recupero.

Da una stima preliminare sugli oneri di sentenza a carico dell'Ente, le somme da corrispondere al ricorrente ammonterebbero ad una cifra variabile da **140.000 a 160.000** Euro lordi (di cui: 95.000 per differenze retributive, 22.000 per contributi previdenziali e 40.000 a titolo di maggiorazione del T.F.R.).

Si tratta, all'evidenza, di una somma considerevole la cui ripetizione, all'esito dell'auspicata riforma della sentenza di primo grado, potrebbe rivelarsi di estrema difficoltà considerato che il Dott. Cevolani è in posizione di quiescenza da vari anni.

\*\*\*\*\*

Alla luce di quanto sopra si rassegnano le seguenti

**CONCLUSIONI**

***“voglia codesto Ill.mo Giudice adito, in accoglimento dei motivi d'appello, previa sospensione della sentenza appellata, annullare la sentenza impugnata e rigettare la richiesta di risarcimento del danno proposta da parte appellata;  
con vittoria di spese di lite ed onorari”***

Documenti come da indice

Il valore della causa è indeterminabile.

ROMA, 14 aprile 2015

AVVOCATO DELLO STATO, Andrea Fedeli

**RELATA DI NOTIFICA EX ART. 4 LEGGE 21.01.1994, N. 53,  
ED ART. 55 LEGGE 19 GIUGNO 2009, N. 69**

L'Avvocatura Generale dello Stato, con sede in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, ai sensi dell'art. 4 della legge 21 gennaio 1994, n. 53, e dell'art. 55 della legge 19 giugno 2009, n. 69, nell'interesse del **Consiglio Nazionale delle Ricerche** in persona del Legale Rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso ex lege, ha notificato il su scritto appello all'**Avv. Luciano Di Pasquale**, procuratore domiciliatario di **CEVOLANI Giordano**, presso il suo studio in Roma, via Adige 43, ivi spedendone copia conforme all'originale a mezzo di Poste Italiane spa, Centro di Meccanizzazione Postale di Roma Fiumicino (CMP FCO) - Sportello Avanzato per il Servizio Integrato Notifiche (SIN) presso l'Avvocatura Generale dello Stato (AGS), con raccomandata a.r. n.

78134650001-7

in

Roma

il 15 APR. 2015;

CRON. N. 2536

Andrea Fedeli

Avvocato dello Stato



**LORENZO CORDI**  
PROCURATORE DELLO STATO