

**REPUBBLICA ITALIANA**

**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 1074 del 2009, proposto da:

Perra Omar e Spiga Alba, rappresentati e difesi dall'avv.to Piero Franceschi ed elettivamente domiciliati presso lo studio dello stesso, in Roma, via Nomentana, 316,

***contro***

l'ASL n° 5 di Oristano, in persona del Direttore Generale p.t., costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv.to Francesco Angelo Arca ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Domenico Bonaiuti, in Roma, via R. Grazioli Lante, 16,

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA - CAGLIARI: SEZIONE II n. 00079/2008, resa tra le parti, concernente ASSUNZIONE A TITOLO PRECARIO ANZICHE' A TITOLO DEFINITIVO

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda appellata;

Vista la memoria prodotta dagli appellanti a sostegno delle loro domande;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 16 dicembre 2011, la relazione del Consigliere Salvatore Cacace;

Uditi, alla stessa udienza, l'avv. Piero Franceschi per gli appellanti e l'avv. Francesco Angelo Arca per l'appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

**FATTO e DIRITTO**

1. – Con deliberazione n. 244 in data 12 febbraio 1991, integrata da successiva deliberazione n. 464 in data 16 aprile 1992, il Comitato di Gestione della U.S.L. n. 14 di Ales bandiva un concorso, per titoli ed esami, ai sensi dell'art. 9 della legge n. 207/1987, per n. 2 posti di Assistente Amministrativo, riservando, ai sensi dell'art. 1 del D.M. n. 458/1991, n. 3 posti di detto concorso al personale in servizio presso l'U.S.L. in possesso dei requisiti, di cui al D.M. n. 458/1991 cit.; ne

risultava, in sostanza, un concorso a 5 posti di Assistente Amministrativo, di cui 3 riservati al personale in servizio.

2. – Con deliberazione n. 143 in data 9 febbraio 1995, il Commissario straordinario della U.S.L. n. 14 approvava i verbali e la graduatoria generale di merito del concorso, nella quale la prima classificata risultava una candidata interna avente diritto alla riserva e gli odierni appellanti, candidati esterni, risultavano rispettivamente secondo e terzo classificato e dunque vincitori dei due posti, per i quali concorrevano gli esterni .

Con deliberazione n. 2457, in data 20 giugno 1996, il Commissario Straordinario della Azienda U.S.L. n. 5 di Oristano (nella quale erano nel frattempo confluite le sopresse UU.SS.LL. nn. 12, 13 e 14), richiamata la predetta deliberazione C.S. della cessata U.S.L. n. 14 di Ales n. 143 in data 9 febbraio 1995 e ravvisata la necessità ed urgenza di «garantire il disbrigo delle pratiche presso gli uffici amministrativi della Sede Legale dell'Azienda U.S.L. n. 5 di Oristano mediante l'utilizzazione della graduatoria del Pubblico Concorso di cui trattasi», disponeva la chiamata in servizio dei suddetti candidati vincitori (ivi definiti «idonei») «a titolo precario e per un periodo di mesi tre eventualmente rinnovabile».

3. – Contro tale ultimo provvedimento, nonché contro gli atti ad esso inerenti e conseguenti, gli interessati hanno proposto ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, contestando la scelta di procedere alla loro assunzione solo a titolo precario, senza che sia dato dalla deliberazione stessa di comprendere le ragioni per le quali essi, nella loro qualità di vincitori del concorso anzidetto, siano stati "inspiegabilmente definiti come semplici idonei" e non siano stati invece assunti ed inquadrati in ruolo definitivamente; chiedevano, conseguentemente, la declaratoria del loro diritto all'assunzione.

4. – Il T.A.R., con la sentenza indicata in epigrafe, ha respinto il ricorso, sul rilievo, desunto dalle difese dispiagate in giudizio dall'Amministrazione, che "la neo istituita Azienda Usl n. 5 non potesse procedere all'assunzione in via definitiva dei ricorrenti, quali vincitori del concorso pubblico indetto nel 1991 dalla disciolta Usl n. 14 di Ales, a ciò ostando - in particolare - le disposizioni di cui agli artt. 19 e 22 della legge regionale n. 5/1995 istitutiva delle Aziende Unità Sanitarie Locali" (pag. 5 sent.).

5. – Hanno proposto appello gli originari ricorrenti, lamentando l'omessa pronuncia del Giudice di primo grado in ordine al dedotto difetto assoluto di motivazione dell'atto impugnato riguardo alla loro mancata assunzione a titolo definitivo ed alla denunciata errata applicazione alla fattispecie dei termini di vigenza delle graduatorie degli idonei dei concorsi pubblici, nonché l'erronea applicazione dal Giudice stesso fatta della normativa regionale sopravvenuta, di cui agli artt. 19-22 della L.R. n. 5/1995.

Si è costituita in giudizio, per resistere, l'Azienda appellata, insistendo sulla tesi della legittimità degli atti impugnati e della mancata assunzione a tempo indeterminato dei ricorrenti.

Questi, con memoria in data 21 novembre 2011, hanno replicato all'avversa memoria.

La causa è stata chiamata e trattenuta in decisione alla udienza pubblica del 16 dicembre 2011.

6. - Va, preliminarmente, dichiarata l'inammissibilità della memoria degli appellanti in data 21 novembre 2011, per violazione del termine perentorio (trenta giorni prima dell'udienza) fissato per la presentazione di memorie, di cui all'art. 73 c.p.a., cui, ex art. 54 c.p.a., è possibile derogare, da parte del Collegio, solo su richiesta di parte, nella fattispecie nemmeno intervenuta.

Né la memoria stessa è qualificabile, come gli appellanti sembrano voler ritenere con la sua intestazione, come "di replica" (si da rendere la stessa assoggettabile al minor termine di venti giorni per tali memorie previsto dallo stesso art. 73), giacché tale qualificazione presuppone il

deposito di una memoria difensiva di parte avversa in tempo non utile a consentire un'efficace replica nel periodo (fino a trenta giorni liberi prima dell'udienza), in cui ciascuna parte può presentare memorie; il che non è dato di ravvisare nella fattispecie all'esame, in cui la "replica" è riferita all'atto di costituzione di controparte, risalente ad oltre due anni e mezzo prima.

7. – Venendo al mérito del proposto appello, esso è da accogliere nei sensi e nei limiti di cui appresso.

7.1 - Va anzitutto precisato che la controversia all'esame attiene a fattispecie temporalmente anteriore allo slittamento della giurisdizione sul pubblico impiego dal G.A. all'A.G.O., conseguente all'entrata in vigore dell'art. 63 del D.Lgs. n. 165 del 2001 (e, prima d'esso, dell'art. 45, comma 17, del D. Lgs. n. 80/1998), rientrante pertanto nell'ambito di giurisdizione esclusiva amministrativa, di cui all'art. 29, n. 1, t.u. C.S.

Trattasi di fattispecie, nella quale è certamente assegnata al dominio del diritto pubblico ed all'ambito delle attività autoritative anche la fase c.d. dispositiva delle procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti nelle pubbliche amministrazioni (nella quale rientrano la formazione della graduatoria e la nomina dei vincitori), sì che, in assenza di una fonte contrattuale del rapporto di lavoro, non risulta configurabile alcun diritto soggettivo all'assunzione, fondato sull'atto terminale della procedura concorsuale.

Nel sistema del lavoro pubblico antecedente alla contrattualizzazione l'approvazione della graduatoria si configura invero come mero provvedimento terminale del procedimento concorsuale e non come atto negoziale del futuro contraente, sì che è da escludersi che da essa discenda, com'è stato affermato con riferimento al regime successivo, il diritto all'assunzione del partecipante collocato in posizione utile della graduatoria, cui corrisponde l'obbligo di adempimento dell'amministrazione assoggettato al regime di cui all'art 1218 c.c. (vedi Cass., S.U. 16 aprile 2007, n. 8951 e, da ultimo, Cass. civ., sez. lav., 20 gennaio 2009, n. 1399).

7.2 – L'applicazione alla fattispecie dell'enunciato principio di diritto rende inammissibile il ricorso di primo grado, laddove volto ad ottenere la declaratoria del diritto dei ricorrenti ad essere assunti in ruolo dall'Azienda U.S.L. n. 5 quali vincitori del concorso di cui s'è detto; ed invero, siffatta azione di accertamento, tipica del diritto soggettivo perfetto, è incompatibile con la mera posizione di interesse legittimo all'assunzione che, pacificamente, nel sistema anzidetto, il vincitore di un concorso nel pubblico impiego può vantare.

L'assunzione è infatti rimessa a puntuali atti formali degli organi competenti ed è espressione della potestà organizzatoria della pubblica amministrazione datrice di lavoro (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19 marzo 2001, n. 1632), di talché, qualora nelle more del completamento del procedimento amministrativo concorsuale (nel quale, come s'è visto, deve intendersi ricompreso anche l'atto di nomina) sopravvengano circostanze preclusive di natura normativa (per esempio, un blocco generalizzato delle assunzioni), organizzativa (per esempio, riordino delle dotazioni organiche) o anche solo finanziaria (per esempio, per difetto di copertura), la Pubblica amministrazione può paralizzare o, se del caso, anche annullare la procedura stessa, salvo l'ovvio controllo giurisdizionale sulla congruità e la correttezza delle scelte in concreto operate (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2003, n. 8337).

Se il ricorso di primo grado è per tal verso inammissibile, lo stesso, laddove lamenta (se pure, in assenza di altre determinazioni dell'Amministrazione, con riferimento specifico all'atto di assunzione a titolo precario dei ricorrenti) l'omessa precisazione delle ragioni per le quali essi (della cui qualità di "vincitori" del concorso anzidetto non v'è da dubitarsi alla stregua della relativa graduatoria generale di mérito approvata con atto del 9 febbraio 1995) non sono stati inquadrati definitivamente in uno dei posti per i quali era stato bandito il concorso, deve piuttosto qualificarsi (operazione di qualificazione della domanda giudiziale pacificamente attribuita al Giudice) come ricorso avverso il silenzio-inadempimento dell'Amministrazione (nella fattispecie la neonata Azienda U.S.L. n. 5, che, ai sensi dell'art. 25, comma 4, della L.R. n. 5/1995, "assume tutti i diritti e

tutti gli obblighi delle Unità sanitarie locali già istituite ai sensi della legge regionale n. 13 del 1981 in essa confluite") rispetto al suo obbligo (discendente dal disposto dell'art. 2 della legge n. 241/1990) di concludere il procedimento concorsuale mediante l'emanazione dei correlati provvedimenti di nomina, ovvero di atti che diano debitamente conto (fermo il divieto di integrazione motivazionale in giudizio, "dovendo la motivazione precedere e non seguire ogni provvedimento amministrativo", a tutela del buon andamento amministrativo e dell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario: Consiglio Stato, sez. VI, 12 novembre 2009, n. 6997; cfr., ex multis, anche Consiglio Stato, sez. VI, 03 marzo 2010, n. 1241) delle circostanze ostative alla nomina medesima.

Ed invero, quell'obbligo non può certo considerarsi nella fattispecie venuto meno:

- in assenza di qualsivoglia esercizio di poteri di autotutela, con eliminazione della procedura concorsuale o dei suoi effetti;

- per effetto delle sopravvenute disposizioni, richiamate dall'Amministrazione nelle sue difese di primo grado e valorizzate dal T.A.R. ai fini della disposta reiezione del ricorso, degli artt. 19 e 22 della L.R. n. 5/1995, che, pur applicabili alla fattispecie in esame (in quanto la possibilità, da dette norme prevista, di portare a compimento i concorsi in fase di svolgimento concernenti la copertura di posti vacanti "purché riferiti alle piante organiche ridefinite" ai sensi della stessa norma, riguarda non i concorsi in sé, ma le nomine, nel concorso in questione non ancora intervenute alla data di entrata in vigore della legge, con conseguente assoggettamento della possibilità di effettuazione delle stesse alla preliminare procedura ivi prescritta), non comportano un impedimento assoluto e definitivo alle assunzioni dei vincitori dei concorsi in itinere, ma prevedono solo la possibilità di copertura, con le assunzioni stesse, di quei posti (e solo di quelli), che risultino vacanti nelle piante organiche ridefinite ai sensi dell'art. 19, comma 3, secondo la precisa scansione temporale delineata dal combinato disposto dei primi tre commi di detto art. 19; il che fa sì che il blocco delle assunzioni, che ne deriva, risulti solo temporaneo per quei posti che figurino disponibili e vacanti nella pianta organica ridefinita;

- per effetto delle regole concernenti la validità temporale delle graduatorie: e ciò sia in ragione di quanto da tempo sottolineato da una nota e consolidata giurisprudenza, secondo cui, in ipotesi di *factum principis*, il decorso del tempo non può ridondare a danno del privato; sia perché i termini di efficacia delle graduatorie concorsuali sono riferibili al solo l'istituto del c.d. scorrimento della graduatoria (che consente ai candidati semplicemente idonei di divenire vincitori effettivi, precludendo l'apertura di nuovi concorsi) e non anche ai candidati vincitori (cfr. Cass. civ., sez. un., 16 aprile 2007, n. 8951), nei confronti dei quali l'Amministrazione è tenuta alla conclusione del procedimento concorsuale mediante l'adozione di formale atto di nomina, salvo che essa dia conto, con altrettanto formale provvedimento, che alla sua adozione ostano sopravvenute determinazioni in autotutela riferite alla procedura medesima, ovvero, con specifico riferimento alla situazione creatasi nelle Aziende sanitarie della Regione Sardegna a seguito dell'entrata in vigore della L.R. n. 5/1995, la sopravvenuta soppressione dei posti per i quali era stato bandito il concorso, all'ésito della ridefinizione della pianta organica, nelle mòre del procedimento concorsuale imposta dal legislatore.

8. – Nei sensi di cui sopra l'appello va pertanto accolto, con conseguente accoglimento, negli stessi limiti ed in riforma dell'impugnata sentenza, del ricorso di primo grado.

Le spese del doppio grado di giudizio, liquidate nella misura indicata in dispositivo, séguono, come di regola, la soccombenza.

**P.Q.M.**

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie, nei limiti di cui in motivazione, il ricorso di primo grado.

Condanna l'Azienda U.S.L. n. 5 di Oristano alla rifusione di spese ed onorari del doppio grado in favore dei ricorrenti, liquidandoli in Euro 10.000,00=, oltre I.V.A. e C.P.A.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 16 dicembre 2011, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Terza – riunito in Camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Pier Luigi Lodi, Presidente

Lanfranco Balucani, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere, Estensore

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 30/01/2012